



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO A LA LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS LABORALES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República

Profesora Guía
Dra. Katerine Muñoz Subia

Autor
Galo Omar Cappeló Guzmán

Año
2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUIA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Katerine Muñoz Subia

Doctora en Jurisprudencia, Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República.

C.C. 1713023297

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Galo Omar Cappello Guzmán
C.C. 171739795-2

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, a su amor incondicional, sus enseñanzas, sus valores y principios inculcados, a su pensamiento de sentir a la vida, de corresponderla y ser la persona que orgullosamente puedo decir que hoy y siempre seré, gracias a ellos.

A mis hermanos, mis íconos de vida, mi esperanza, mi orgullo y satisfacción, les agradezco por su ejemplo que permanecerá marcado indudablemente en mi mente y conciencia eterna.

A mi familia externa, por los pocos pero invaluable momentos junto a ellos, especialmente a mis primos paternos por la consideración y respeto mutuo.

A mis amigos, por su constante apoyo, por su comprensión, por llegar a ser parte de mi familia y por ende “hermanos” allegados.

A mis profesores que me han sabido implantar el conocimiento académico obtenido, a mi tutora de tesis Dra. Katerine Muñoz por la ayuda, por la guía brindada y a mí profesor corrector Dr. Guillermo Ortega por recordarme o darme a entender “silenciosamente” de que siempre se puede obtener algo mejor, de que se puede ser el mejor.

DEDICATORIA

A mí porvenir, a mis sueños, a mí futuro profesional, a mí incesante búsqueda de justicia, de ayuda a la sociedad, de desarrollo humanitario, de igualdad proporcional al esfuerzo comprobado del ser humano, al respeto de las leyes y su adecuada evolución en pos de una sociedad civilizada.

Al ser eterno, Dios, la energía cósmica, la posibilidad de lo imposible, de la gratitud a la vida, del fin y causa de nuestra existencia.

RESUMEN

Dentro de un ordenamiento jurídico de aplicación democrática, encabezado por una norma jurídica suprema, enfocado a proteger derechos y demandar obligaciones en beneficio al bien común de la sociedad y bajo la tutela de un Estado garantista, hemos sustanciado la necesidad de experimentar las causas que llevan a la formación de una ley y sus consecuencias en un plano estrictamente legal, por lo que en este caso es imperativo el análisis crítico – jurídico de una ley que acarrea una cierta cantidad de normas jurídicas involucradas directamente a los principios universales, derechos fundamentales, y garantías establecidas tanto en nuestra Constitución como en sus normas secundarias, respaldadas por normas internacionales de derechos humanos. En consideración de lo expuesto, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales se encuentra en una etapa adecuada para exponer sus motivos (con anterioridad a la aprobación y por lo tanto vigencia del nuevo Código Orgánico de Relaciones Laborales), sus alcances y consecuencias legales, en beneficio o detrimento de nuestra sociedad, de esta manera, pondremos a prueba el sistema jurídico y su procedimiento para garantizar o, en caso contrario, vulnerar la llamada democracia constitucional.

ABSTRACT

Within a legal system of democratic implementation, headed by a legal supreme norm, focused on protecting rights and demand obligations for the benefit of the common good of society and a ward of the guarantor state, we have substantiated the need to experience the causes that lead to the formation of a law and its consequences in a strictly legal level, so in this case it is imperative to analyze in a critical - legal form of a law that carries a certain amount of legal rules involved directly to universal principles, fundamental rights and guarantees established in our Constitution, their high standards, and supported international human rights standards. In consideration of the foregoing, the Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales is in a suitable stage to expose the reasons, scopes and legal consequences, in a benefit or detriment of our society, in this way, we will test the system and legal procedure to guarantee or, otherwise, violate the so-called constitutional democracy.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	4
1.1.El Estado.....	4
1.1.1. Elementos Fundamentales del Estado.....	6
1.1.2.Formas de Estado	7
1.1.2.1.Forma de Estado Monárquico	7
1.1.2.2.Forma de Estado Republicano	8
1.1.3.SEGún La Doctrina Jur idica las características del Estado Constitucional de Derechos son:.....	11
1.1.4.Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador	15
1.2.La Sociedad.....	19
1.2.1.Elementos Fundamentales de una Sociedad	20
1.2.2.Estructura Humana de la Sociedad.....	20
1.2.2.1.La Familia.....	20
1.2.2.2.La Asociación	25
1.2.2.3.La Sociedad Empresarial	25
1.2.2.4.La Comunidad	25
1.2.2.5.La Nación	26
1.2.3.La Sociedad Ecuatoriana	26
1.2.3.1.Formación Histórica de la República del Ecuador....	26
1.2.3.2.Aspectos Importantes	40
1.3.Sistema Jurídico	42
1.3.1.La norma, la Ley y la Constitución.....	43
1.3.1.1.La Norma	43
1.3.1.1.1.La Norma Jurídica	44
1.3.1.1.2.Los Tratados y Convenios Internacionales.....	49
1.3.1.1.3.Los Decretos.....	49

3. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE SU ARTICULADO.....	89
3.1. Estudio Constitucional de forma.....	89
3.1.1. En cuanto a los requisitos de calificación del proyecto de ley	89
3.1.2. En cuanto al carácter de urgencia en materia económica.....	92
3.2. Estudio del Articulado, fondo o fundamentación de la Ley.....	93
3.2.1. Jurisdicción coactiva ampliada.....	93
3.2.2. Medidas precautelares en Acción Coactiva.....	97
3.2.3. Ineficacia de la tercería excluyente en lo tributario.....	98
3.2.4. Determinación de utilidades en relación al impuesto a la Renta	99
3.2.5. Extensión del periodo de Lactancia	101
3.2.6. Beneficio a favor de los trabajadores domésticos.....	102
3.2.7. Abuso del Derecho (Código Civil) - Definición.....	103
3.2.8. Afiliación Extemporánea al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).....	105
4. CONCLUSIONES.....	107
4.1. Estudio Constitucional.....	107
4.1.1. En cuanto a los requisitos de calificación del proyecto de ley	107
4.1.2. En cuanto al carácter de urgencia en materia Económica.....	108
4.2. Estudio del articulado, fondo o fundamentación de la Ley.....	109
4.2.1. Jurisdicción Coactiva ampliada.....	109
4.2.2. Medidas Precautelares en Acción Coactiva.....	112
4.2.3. Ineficacia de la Tercería Excluyente en lo Tributario.....	112

4.2.4.Determinación de utilidades en relación al Impuesto a la Renta	114
4.2.5.Extensión del Periodo de Lactancia	115
4.2.6.Beneficio a favor de los Trabajadores Domésticos.....	117
4.2.7.Abuso del Derecho (Código Civil) - Definición	118
4.2.8.Afiliación Extemporánea al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)	119
5. RECOMENDACIONES.....	121
REFERENCIAS.....	127
ANEXOS.....	130

INTRODUCCIÓN

El 02 de julio de 2012 el Presidente Constitucional de la República, por la potestad que le otorga la Constitución en su artículo 134 numeral 2, presentó a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley denominado: “Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales”; y, por tratarse de una ley presentada con el carácter de urgencia en materia económica, se la sometió a dos debates que se realizaron dentro del plazo máximo de treinta días, como lo establecen los artículos 137 y 140 de la Constitución.

La discusión en primer debate se realizó el 20 de julio de 2012, y el 31 del mismo mes y año se aprobó en segundo debate. Posteriormente, el Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales fue enviado al Presidente de la República para que lo sancione u objete en forma fundamentada, el mismo que fue vetado parcialmente el 24 de agosto de 2012. En este sentido, al tratarse de una objeción de tipo parcial, conforme al cuarto inciso del artículo 138 de la Constitución, la Asamblea Nacional tuvo un plazo de treinta días para que en único debate decida si se allana o ratifica dicho proyecto.

Mediante Oficio No. SAN- 2012- 1162, de 25 de septiembre de 2012, la Asamblea Nacional informa a la Secretaría Nacional Jurídica de la República que, en sesión de 20 de septiembre de 2012 conoció y debatió la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales sin que el Pleno de la Asamblea Nacional se haya pronunciado sobre el allanamiento o ratificación del texto del Proyecto de Ley.

En virtud de lo expuesto, el 25 de septiembre de 2012, mediante Oficio No. T.6465-SNJ-12-1121 dirigido al Director del Registro Oficial, el Secretario Nacional Jurídico, de conformidad con el inciso quinto del artículo 138 de la Constitución de la República, dio a conocer que, por no existir pronunciamiento del Pleno de la Asamblea Nacional en cuanto al allanamiento o ratificación, se

solicita la publicación del Proyecto Ley como Ley de la República en el Registro Oficial, lo cual fue acogido por la Asamblea Nacional, y fue publicada en el Registro Oficial No. 797 del 26 de septiembre de 2012.

Esta Ley versa sobre diversas materias y está compuesta por siete artículos que modifican, derogan o crean nuevas leyes, que se sustentan en la Constitución de la República, Código del Trabajo, Código Tributario, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley de Compañías, Ley de Seguridad Social y Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Proyecto de Ley se dio a raíz del Decreto Ejecutivo 873, emitido por el Presidente de la República Eco. Rafael Correa el 09 de septiembre de 2011, en el cual se prohibió el funcionamiento de todos aquellos establecimientos dedicados a los juegos de azar, tal como lo establece su artículo primero en su primer inciso “A partir de la vigencia del presente Decreto Ejecutivo, todos aquellos establecimientos dedicados al juego de azar, tales como casinos, casas de apuestas, salas de juegos, entre otros, cesarán sus actividades; salvo aquellos que se encuentren en hoteles de lujo y primera categoría y además cuenten con registro vigente del Ministerio de Turismo” (Decreto Ejecutivo 873, 2011), los casinos ubicados dentro de hoteles de lujo y primera categoría tuvieron el plazo máximo de seis meses contados desde la publicación de este decreto. Todo esto motivado con anterioridad por Consulta Popular del 07 de mayo de 2011 y, por lo tanto, se procedió al cierre de los establecimientos con la consecuencia del despido de aproximadamente 6200 trabajadores del sector.

El Ejecutivo presentó a la Asamblea Nacional el Proyecto de esta Ley, actualmente aprobada, preocupado por la situación legal y laboral de las personas que laboraban en los Casinos, al margen de la ley y por la indiferencia total por parte de la administración de estos casinos ilegales que operaban en el país, buscando con este proyecto de ley que los trabajadores

puedan cobrar las liquidaciones e indemnizaciones laborales que les correspondían, además de su regularización de las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que no habían sido realizadas por sus empleadores. Igualmente, se buscó la forma de que estos establecimientos cumplan con las obligaciones tributarias no declaradas.

Esta Ley merece un estudio jurídico-crítico, pues involucra aspectos constitucionales y reforma de leyes de aplicación general, ya que fue dictada para tratar de solucionar la situación de los trabajadores de los casinos legales e ilegales, mejorar los beneficios especiales de lactancia y garantizar la equidad de derechos en cuanto a empleados y trabajadores domésticos. Por tal razón, es necesario también realizar un análisis histórico-comparativo para determinar si la proposición de este tipo de leyes es adecuada y no afecta a la sociedad, para lograr una armonía legal y no contraproducente en la normativa ecuatoriana.

CAPÍTULO 1

ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Para un adecuado estudio a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales es necesario analizar la teoría de este capítulo, para comprender el dónde, el cómo y el por qué surge comenzando por su denominación para pasar al objetivo de su creación y terminando en la consecuencia como aplicación dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. Para eso debemos consolidar su base jurídica y así intervenirlo con un análisis crítico.

Un Ordenamiento Jurídico se basa en el tipo de Estado y Sociedad en el que se aplica, para así obtener un resultado que sea racional y adecuado a la cultura e historia de un pueblo. Ahora consideraremos estos dos puntos, el tipo de Estado y la Sociedad Ecuatoriana.

1.1. EL ESTADO

El Estado, proveniente del latín *status* que quiere decir la situación o posición de una persona o cosa bajo un escenario dado.

Aparece el Estado como una organización jurídica y política cuando se disuelve la comunidad primitiva compuesta por vínculos de parentesco, logrando una comunidad civilizada, con protección, estabilidad y obviamente con una mayor cantidad de personas ya no solo con vinculo de parentesco. Algunas formas de organización anteriores al Estado eran las Hordas, Clanes, Tribus, Confederaciones de Tribus que eran sustentadas por la fuerza o ideas religiosas.

Adam Ferguson dice que el nacimiento del Estado “representa el paso de la época primitiva, dividida en salvaje y bárbara, a la época civil, donde civil significa al mismo tiempo ciudadano y civilizado” (Bobbio, 1990, pág. 98).

Anteriormente se denominaba Estado a las Polis en Grecia y a las Civitas en Roma, lo cual en realidad eran ciudades con ciertas características de un Estado moderno, quien impuso por primera vez el concepto moderno de Estado fue Maquiavelo en su libro *El Príncipe* (en el año 1515) con la expresión *Stato* para dar paso al status político, al decir que “Todos los Estados, todas las soberanías que tienen o que han tenido autoridad sobre los hombres, han sido y son, o repúblicas, o principados” (Maquiavelo, 2004, pág. 15), pues nos indica un Estado pragmático, exponiéndonos la realidad, por lo tanto llamado el Galileo de la política, en contraste o diferencia en que Maquiavelo se apega a la historia, la acción de los hombres perpetuada en el tiempo, más que a un uso de la razón como lo hace Galileo y también en que no fue sentenciado por la iglesia pero si por la sociedad, otorgándole el título de un hombre sin ética por exponer la crudeza de la realidad dando a relucir lo que los hombres hacen y no lo que deberían hacer, y analizando la política como una ciencia aparte de cualquier otro ámbito social, de allí proviene el sinónimo de diabólico a maquiavélico.

Por lo expuesto, a palabras del Dr. Herman Jaramillo “El Estado nació como una entidad encargada de defender, proteger y conservar los intereses económicos de las clases sociales dominantes” (Jaramillo, 2003, pág. 52).

Guillermo Cabanellas define al Estado como una “Sociedad jurídica organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares exteriores. Conjunto de poderes públicos; acepción en que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto éste constituye la encarnación personal de aquél, su órgano ejecutivo” (Cabanellas, 1962, pág. 114).

El Autor Germán Bidart Campos señala que:

“El Estado es un orden jurídico de convivencia en un territorio determinado, es forma de asociación, pues supone el monopolio y exclusividad del poder coactivo.

En el verdadero sentido de Estado se distinguen:

El orden o sistema normativo, contiene en una norma la aspiración social.

El orden la realidad existencial, actos o hechos humanos al margen de la ley.

El orden axiológico de la justicia, para juzgar a través de los juicios de valores” (Bidart, 2009, pág. 11).

Una definición adecuada de Estado es la que nos proporciona Colón Bustamante Fuentes definiendo al Estado “como una comunidad u organización jurídico-política desarrollada con soberanía radicada en el pueblo (población), que se asienta en un territorio delimitado (espacio geográfico) y tiene poder público (gobierno) que ejerce el poder representando una soberanía nacional; es decir, el Estado es una institución pública que tiene personalidad jurídica” (Bustamante, 2013, pág. 15).

1.1.1. Elementos Fundamentales del Estado

La Doctrina existente afirma cuatro elementos fundamentales, divididos en formales y materiales:

- Los elementos formales vendrían a ser los órganos de poder público (gobierno) y la facultad de auto-obligarse y determinarse (soberanía).

- Los elementos materiales son el espacio público (territorio) y el pueblo (población).

1.1.2. Formas de Estado

El Estado ha pasado por una serie de evoluciones según la época y adaptabilidad a la cultura, Freddy Flores Ponce según la historia los divide en “Estado Teocrático, luego el Estado Absolutista, al Estado Liberal Burgués, al Estado Democrático, al Estado de Derecho y últimamente al Estado Social de Derecho. Cada uno de ellos con sus particularidades, en algunos casos, profunda y claramente marcadas, mientras que en otros, apenas con sutiles diferencias” (Ponce, 2000, pág. 84). A esta clasificación deberíamos aumentar el Estado Constitucional el cual el autor ha omitido, quizá, por la época de publicación de su libro.

La clasificación que vamos a utilizar para nuestro estudio es la de Colón Bustamante Fuentes que es la mejor adaptada a nuestra situación o mejor llamada evolución histórica de la organización política jurídica del Ecuador, quién divide en dos formas de Estado, la primera la Monárquica (autocrática) y la segunda la Republicana (democrática).

1.1.2.1. Forma de Estado Monárquico

- a) Estado Monárquico Absolutista, nace en Europa, este tipo de Estado consagra el poder supremo al Rey, quién determina las normas y la forma de ejecutarlas. Por lo tanto se puede decir que el Estado era el Rey al no existir división de poderes. Este tipo de Monarquía aún existe como ejemplos se tiene a Brunéi, Omán, Arabia Saudita, el Reino de Swazilandia, y por qué no tomar como ejemplo también al Vaticano que es considerado como país con su propia legislación, la del Papa, quien tiene la última decisión, llamado por otros doctrinarios un Estado Sacerdotal-Monárquico.

- b) Estado Monárquico Constitucional, se transmite por herencia el poder al Jefe de Estado, aunque existen casos en que se elige al Monarca por un período determinado pero entre los jefes del Estado y por ellos mismos como es el caso de Malasia. Aquí el Monarca sustenta el cargo de Jefe de Estado, pero siempre en concordancia de la Constitución o Carta Magna, es decir, su poder no tiene supremacía a lo establecido en la Constitución ya que ésta regula los deberes y derechos del Monarca dando un poder de moderador o árbitro frente a problemas políticos. Por lo tanto, se distinguen dos cabezas, una la de Jefe de Estado que es el Monarca y la otra el Jefe de Gobierno que es el Primer Ministro representando al gabinete ministerial. Japón y Qatar son ejemplos de Monarquías Constitucionales.

- c) Estado Monárquico Parlamentario, aquí el Monarca es más una figura simbólica ya que toda la soberanía recae sobre el pueblo. Es el caso de España y Gran Bretaña.

1.1.2.2. Forma de Estado Republicano

- a) Estado Legislativo de Derecho, es una organización de transición intermedia, da por terminada la forma monárquica y abre el paso al Estado de Derecho, es la concepción absoluta de la Ley para convertirse en instrumento de gobierno aunque los ciudadanos aún no gozaban de garantías o derechos reconocidos, los jueces no tenían una sana crítica, repetían textualmente lo establecido en la ley, se da como resultado de revoluciones sociales como la Independencia de Estados Unidos de Norteamérica en 1783 o la Revolución Francesa de 1789, épocas de un desarrollo industrial y una sociedad capitalista.

b) Estado de Derecho, este tipo de organización se basa en un poder político establecido por los ciudadanos pero todo vinculado a la Ley y la Constitución, las leyes deben ser dictadas por la Asamblea o Parlamento en el cual sus funcionarios igualmente son elegidos por el pueblo, los miembros de gobiernos son responsables por sus actos u omisiones y el sistema jurídico es independiente para garantizar el debido proceso y en sí la democracia. Tomando como referencia a Julio César Trujillo nos dice que “El Estado de Derecho se caracteriza, a diferencia del Estado Absoluto y de la Dictadura, por el reconocimiento de que los gobernados tienen derechos anteriores al Estado y que este se limita a reconocerlos y garantizarlos con medios mecánicos que los gobernados pueden usar cada vez que necesiten defender esos derechos cuando fueren conculcados o corran el peligro de ser violados; se caracteriza también por la existencia de instituciones políticas u órganos del Estado instituidos por el Derecho, a los que, asimismo, el derecho los inviste de facultades que no pueden ejercer sino en las materias y dentro de los límites o competencias y de acuerdo con las facultades y los procedimientos prescritos en el propio derecho, según el principio de división de poderes” (Trujillo, 2006, pág. 97).

Las características del Estado de Derecho dados por la Doctrina son:

- Todo es controlado por las Leyes y la Constitución, regulando a cada órgano de gobierno así como a sus funcionarios, existe un sistema de jerarquización de normas.
- Declarar y reconocer derechos tanto como libertades individuales, de grupos vulnerables, derechos colectivos, y sociales.
- Se habla de un Estado de desarrollo para el bienestar común pero estos son dictados por el Parlamento o Asamblea.
- Imperio de la Ley.

- Legalidad de los actos realizados por los poderes públicos y la división de poderes.
- c) Estado Constitucional de Derecho, aparece debido a la evolución de la sociedad dada por procesos revolucionarios, desigualdades sociales y la necesidad de precautelar los derechos humanos, esto último a partir de la Primera y Segunda Guerras Mundiales. Algunos autores la comparan con el Estado Legislativo de Derecho poniéndola a grado de acepción, a nuestro parecer y en concordancia a la mayoría de autores la clasificamos al primero como un Estado de transición sin muchas libertades y con meras desigualdades tipificadas a favor de las clases sociales burgueses con ningún sentido del bien común, pero tan necesaria que dio paso a un ordenamiento jurídico más pulido y en goce de derechos humanos económicos, culturales y sociales marcados. Nace el Principio de Constitucionalidad dando paso a la supremacía de la constitución, se eleva a la Constitución como norma suprema, jerarquizándola sobre la Ley y garantizando su protección. Se crea una jurisdicción especializada como son los Tribunales o Cortes Constitucionales. Se afirman los principios y valores constitucionales y la total separación de las funciones en el ejercicio del poder. La Constitución se vuelve el punto de unión de los poderes públicos y privados, creando una cultura de respeto a la Ley.

Siguiendo a la doctrina el Estado Constitucional de Derecho tiene las siguientes características:

- División de poderes: Al igual que en el Estado de Derecho pero con una división más específica como detallábamos la creación de

las Cortes Constitucionales. Existen los tres poderes básicos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

- Principio de Supremacía Constitucional: Convirtiéndose en norma jurídica vinculante.
 - Ámbito de competencia de los poderes públicos limitados por la Constitución.
 - Jurisdicción Constitucional: Deciden la constitucionalidad o no de los actos particulares y públicos. Control de Constitucionalidad.
- d) Estado Constitucional de Derechos, se basa en garantizar los derechos y obligaciones establecidas en la Constitución. En el Estado Constitucional de Derecho se sabe que todo debe estar vinculado a la Constitución pero en el Estado Constitucional de Derechos se garantizan cada uno de ellos, es decir, se toma en cuenta las normas específicas establecidas en ella, se accionan las garantías legislativas, ejecutivas y judiciales. El poder referente en el Estado Constitucional de Derecho es el Estado Constituyente, en el Constitucional de Derechos son las personas, los pueblos y comunidades como tal, aquí no es la norma suprema la que somete al Estado (Constitución) sino los derechos contenidos en ella.

1.1.3. Según la doctrina jurídica las características del Estado Constitucional de Derechos son:

- Fuerza Vinculante (*in toto*) de la Constitución: Pone límites al poder político, así como responsabilidades al poder público y privado por lo tanto la Constitución es una Norma Jurídica con supremacía en el ordenamiento jurídico.

Citando a Luis Castillo Córdova nos dice que “Toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad intrínseca a toda Constitución no podría ser posible si el texto constitucional no es considerado como un texto normativo, es decir, si es considerado como una simple declaración, si genera una necesaria y efectiva vinculación a sus destinatarios, particularmente al mismo poder político en sus distintas manifestaciones, ejecutiva, legislativa y judicial” (Castillo, 2007, pág. 184).

Al ser la Constitución garantista y rígida las normas se vuelven vinculantes para todos, siguiendo el principio de eficacia normativa.

- **Supremacía de la Constitución:** Al ser la Constitución la norma más importante dentro del ordenamiento jurídico también es en jerarquía dentro del sistema de fuentes del Derecho, otorgando la validez a demás normas y leyes.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 nos habla sobre la Supremacía de la Constitución en el Ordenamiento Jurídico, al decir, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 122).

- **Eficacia y aplicación directa e inmediata de la Constitución:** Citando a Ignacio De Otto nos dice que “La Eficacia directa de la Constitución implica que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma

constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualquier norma para comprobar si son o no conformes a la Constitución; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución” (De Otto, 1999, pág. 70).

Ramiro Ávila Santamaría nos dice algo parecido en referencia a las normas y leyes “Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada” (Ávila, 2008, págs. 53-54).

Dentro de los Principios de Aplicación de los Derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11 numeral 3 nos dice que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 4).

El artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice en su primer y segundo inciso que “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 123).

Lo que nos da de conclusión que en el Constitucionalismo Contemporáneo o Neo-constitucionalismo, todas las normas y garantías son aplicables de manera directa e inmediata.

- Garantía Jurisdiccional de la Constitución: Es un mecanismo de protección a la Constitución materializado por el Control que ejerce el Poder Constitucional y el Tribunal o Corte Constitucional, es decir, es el obligatorio cumplimiento de la Constitución en el contenido de los derechos, valores, principios y garantías constitucionales.

Colón Bustamante Fuentes nos dice que “La garantía jurisdiccional es la exigibilidad jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución; a través de la actividad pública de los Tribunales o juzgados ordinarios según su competencia, hacen la defensa de las normas rígidas de la Constitución, que se produce por la vulneración mediante los actos de los poderes públicos o privados, a fin de hacer el control de constitucionalidad de los mismos: control concreto, los que ejecutan los jueces ordinarios en un trámite de un proceso que se encuentran normas o leyes que violan la Constitución de la República del Ecuador (Art. 428) y la Corte Constitucional resolverá al respecto. El Control Abstracto lo hace la Corte de acuerdo con el Art. 436, numeral 2 de la Constitución” (Bustamante, 2013, págs. 42-43).

- **Extenso Contenido Normativo de la Constitución:** Nos vamos a referir a Luigi Ferrajoli cuando dice que la constitución debe ser “un conjunto de normas sustanciales que condicionan la validez sustancial de las leyes, ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales” (Ferrajoli, Positivismo Crítico, Derechos y Democracia, 2002, pág. 10).

El contenido de la Constitución debe ser amplio, para que los poderes públicos se sometan a las condiciones sustanciales de validez, imponiendo límites y afirmando sus principios, valores, derechos, garantías y directrices, protegiendo así los derechos y garantías de los ciudadanos.

- **Rigidez Constitucional:** Una Constitución es rígida cuando tiene un debido procedimiento para modificar su contenido, que sea complejo y no como leyes comunes que se dan en un procedimiento legislativo ordinario.

Podemos mencionar parte de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, en la causa N° 0014-2002-AL/TC, que opina: “Es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte de la Constitución” (Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, 2002, pág. 4).

1.1.4. Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el Ecuador

Nuestra Constitución se suma a muchas otras que se rigen bajo este Estado Constitucional de Derechos proclamando la protección de los derechos y libertades.

Así lo expresa la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 1 “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 1).

En un Estado Constitucional de Derechos se establecen los actos públicos y privados, las autoridades o poderes como son el Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Justicia Indígena, Transparencia y Control Social, y el poder Electoral; su denominación, competencias y la ley, todas ellas sometidas a la Constitución.

Por la Supremacía de la Constitución se tipifica dentro de las garantías normativas que el asambleísta tiene la prohibición de crear leyes que vayan en contra de la Constitución como lo analiza el artículo 84 de la misma que dice “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos de poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 31).

La Constitución del 2008 tiene una mayor extensión evidente en su contenido en comparación a la de 1998, declara más derechos y garantías, se crean otros poderes para tener un control más específico junto a una democracia participativa y un régimen de desarrollo, tanto así que es la Constitución que proclama más derechos sociales dentro de todo el constitucionalismo comparado.

Como hemos venido afirmando, todo poder público o privado está controlado por su normativa suprema que es la Constitución y dentro de este Estado

Constitucional de Derechos, valga redundar, todo poder es sometido por los derechos en concordancia con los siguientes artículos constitucionales:

- Dentro de los deberes del Estado el artículo 3 numeral 1 dice “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 2).
- El artículo 11 numeral 9 nos indica la responsabilidad del Estado al decir “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 5).
- El artículo 84 ya mencionado, en el cual la Asamblea tiene la obligación de que toda ley y norma jurídica sea adecuada a los derechos previstos en la Constitución.
- Dentro de las políticas, servicios públicos y participación ciudadana el artículo 85 en su primer inciso nos explica que “La formulación, ejecución, evaluación y control de políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 31) se basarán por principios regulados en la misma.
- El artículo 95 nos dice que dentro de los principios de participación ciudadana se encuentra el derecho de participar en todos los asuntos de interés público.
- La Función Judicial al igual que las demás está sometida al Estado Constitucional de Derechos, así lo expresa el artículo 172 “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 56).

- El artículo 204 en su segundo inciso nos dice “La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 65).
- “La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 69).
- Dentro de la Administración Pública, el Sector Público como es obvio también está sometido a los derechos constitucionales al expresar el artículo 226 “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus afines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 71-72).
- En los Principios del Régimen de Desarrollo también especifica el artículo 275 en su segundo inciso que “El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 83).
- El artículo 426 en su primer inciso nos dice que “todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a las

Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 123).

Es así como para reformar la Constitución se necesita de un complejo procedimiento como habíamos visto antes en la característica de rigidez y no flexibilidad de la Constitución.

La Corte Constitucional del Ecuador en algunas jurisprudencias sobre el Estado Constitucional de Derechos y Justicia nos habla que la justicia sirve para compaginar la ley según principios y valores constitucionales. Es más una forma de dirigir estos derechos a un Estado armonizado en beneficio común, de bienestar y desarrollo del buen vivir.

Podemos mencionar sobre el Estado Constitucional de Derechos y justicia lo que nos dice Luiji Ferrajoli “cambia, sobre todo, la naturaleza misma de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esa titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular” (Ferrajoli, La Democracia Constitucional, 2001, pág. 262).

1.2. LA SOCIEDAD

El ser humano es un ser social por naturaleza, necesita de la convivencia, de la relación simbiótica de seres, por lo que podemos concluir que no existe sociedad sin este elemento esencial que es el ser humano.

La Sociedad aparece con la existencia del ser humano, Luis García González define a la sociedad como “el conjunto de seres humanos unidos entre sí por vínculos materiales, morales, espirituales y culturales, para satisfacer comunes necesidades, recíprocos beneficios, aspiraciones idénticas y fines iguales” (García, 1998, pág. 280), a lo cual podemos agregar que si hablamos de una sociedad específica es indispensable que este conjunto de seres humanos se

encuentren radicados en un territorio con fines culturales, científicos o económicos.

Para el concepto *sociedad* existen algunas acepciones como por ejemplo la sociedad civil, sociedad conyugal, la sociedad estructurada en una empresa, una sociedad política, entre otras, en nuestro caso, a la sociedad la vamos a tomar en su sentido más general, la sociedad de personas que conforman un determinado país.

1.2.1. Elementos Fundamentales de una Sociedad

Para su adecuado estudio vamos a señalar los elementos de una sociedad:

- Los elementos materiales vendrían a ser las personas y el espacio en donde habitan, es decir la población y el territorio.
- El elemento formal está conformado por los intereses en común de determinada sociedad, sus aspiraciones y necesidades.
- El elemento legal es el conjunto de las normas, leyes, reglas, principios morales y jurídicos que rigen la convivencia entre sus integrantes.

1.2.2. Estructura Humana de la Sociedad

Dentro de una sociedad existen varias formas generales de estructuración humana que a través del tiempo y su complejidad se han ido perfeccionando, vamos a denominar las siguientes:

1.2.2.1. La Familia

La palabra familia se deriva del latín *famulus* que significa sirviente y del sánscrito *famel* que significa habitación, por lo que originariamente solo se atribuía al conjunto de sirvientes en una habitación de la casa del amo. La

definición de familia evolucionó históricamente, siendo la forma de organización más antigua, tanto así, que dio origen a las ya comunes como hordas, tribus, clanes, naciones, sociedades, Estados, y demás.

Según definición de Guillermo Cabanellas, la familia es “Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Por combinación de convivencia, parentesco, y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la “gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella”. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros.” (Cabanellas, 1962, pág. 172).

Por lo visto, la familia tiene una connotación histórica y social-biológica, también tiene una parte normativa, es decir jurídica, como lo establece:

- La Constitución de la República en su artículo 67, en su primer inciso, al decir que “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 24).
- En la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su inciso 3 del artículo 16 dice que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).
- La misma Declaración en su artículo 23 numeral 3 dice que “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia

conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

- El artículo 25 inciso primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos dice que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).
- Al existir algunas relaciones paterno-filiales creemos que debería existir un Código Integral de Familia y no en representadas divisiones como son el Código de la Niñez y Adolescencia, y la Ley contra la Violencia a la Mujer y Familia, es de suma importancia redactar un buen proyecto para ser promulgado ya que no se tomó en cuenta su primer proyecto realizado en el año de 1999.

La familia reúne algunas características, se rige por normas internas (a más de las legales) en sus aspectos económicos, morales, religiosos, inculcando sus propios valores y principios, para así poder convivir en un ambiente considerado apto entre sus miembros, se guardan fidelidad, se auxilian mutuamente, es donde nace la sociedad reflejándose a sí misma, donde el ser humano se vuelve útil y establece su buen nombre.

Su origen viene dado por un hecho biológico, como es la reproducción, la procreación de otro ser humano, para lo cual se necesitaban reglas básicas y por lo tanto la concepción de un núcleo que irá creciendo conforme al apareamiento de más seres humanos. La persona que expedía esas normas podía ser un hombre (familia patriarcal) o una mujer (familia matriarcal), eso dependía del tipo de cultura, dotes y jerarquía que tenían dichas personas. El Ecuador tiene una doctrina patriarcal si nos ponemos a revisar su legislación, el hombre es quién legalmente tiene más decisiones frente a sus descendientes (como la patria potestad), y en consecuencia de su ausencia será la mujer

quién reciba todos esos derechos y obligaciones. Si hablamos de un aspecto moral o inclusive de liderazgo familiar moderno-actual, la mujer en nuestra sociedad en ocasiones cumple con más aspectos decisorios dentro de la familia que el mismo hombre (que como habíamos dicho dentro del aspecto legal tiene más poder de decisión), esto sucede debido al desarrollo que la sociedad permitió para que los derechos que perciben los hombres se cuantifiquen al igual que de los de las mujeres (lo cual todavía queda mucho por establecer legalmente).

La base actual de la familia es el matrimonio y la unión de hecho monogámica (exceptuando a las familias monoparentales), refiriéndonos a la Constitución, su artículo 67 inciso segundo nos dice que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 24); y en su artículo 68 su primer inciso nos dice que la unión de hecho es “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismo derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas por el matrimonio” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 24). Obviamente que esta base de familia ha incurrido en una evolución histórica que vamos a detallar en los siguientes puntos:

- La endogamia, para la doctrina matriarcal la primera fase comienza con la reproducción o procreación de seres humanos que se la realizaba dentro del mismo grupo, sin distinciones de padres, madres e hijos, todos pertenecían a todos. Por lo tanto a esta etapa podemos llamarla como pre-familiar ya que no existía aún los conceptos básicos de una familia.
- Familia consanguínea, en esta etapa la unión se da por medio de vínculos de sangre, solo entre colaterales (no descendientes ni

ascendientes), ya se establece una forma de unión más reglada y jerarquizando a los ascendientes.

- La exogamia, en esta etapa existe la unión de distintos sexos con el fin de procrear pero a partir del cuarto grado de consanguinidad colateral (primos).
- Familia patriarcal, en esta fase ya no existe la unión sexual de parentesco, la mujer se incorpora al grupo del hombre (cónyuge), los hombres podía tener las mujeres que decidan y el adulterio femenino era penado.
- Familia monogámica, es la familia actual, como habíamos visto antes el matrimonio o la unión de hecho son la base de esta familia, e inclusive sin la existencia de los anteriores se da una evolución más que sería la familia monoparental (uno solo de los padres y sus descendientes).

Nuestra legislación habla sobre “tipos de familia”, los cuales la Constitución reconoce, vamos a referirnos a sus posibles variaciones:

- Familia nuclear, compuesta por un triángulo consanguíneo, padre, madre e hijos.
- Familia extensa, la cual estaría conformada por la familia nuclear más sus consanguíneos descendientes, ascendientes y colaterales.
- Familia monoparental, que estaría dispuesta por uno de los progenitores (madre/padre) y su hijo o hija, debido a la falta de reconocimiento de paternidad (en caso de la madre), divorcio, viudez o abandono.
- Familia ensamblada, que vendría a ser en el caso del divorcio, uno de los progenitores crea una nueva familia con una tercera persona (cónyuge actual) a la cual añade a sus hijos y los hijos de ésta si existieren.

- Familia homoparental, en el caso de la unión de hecho, dos personas del mismo sexo crean una familia con hijos/as adoptados o naturales de solo una de ellas realizado por inseminación artificial (en cuestión de una pareja femenina).

1.2.2.2. La Asociación

La sociedad en este otro tipo de estructura se basa en una persona ficticia, creada jurídicamente para garantizar los derechos de un grupo de personas que se reúnen sin fines de lucro, por motivos culturales y de desarrollo en común. Ésta organización debe tener un domicilio establecido. Todas sus actividades se deben realizar pacífica y lícitamente, un ejemplo de gran magnitud es el Estado y uno básico una asociación gremial.

1.2.2.3. La Sociedad Empresarial

En éste tipo de organización la persona jurídica es establecida con un fin económico siguiendo los mismo términos de una asociación. Ésta persona jurídica aglomera a varias personas naturales que en vista de necesidades comunes participa de manera legal para beneficiarse de las utilidades alcanzadas por dicha empresa y su consecuente desarrollo.

1.2.2.4. La Comunidad

Es una organización social, con características comunes, entre ellas la religión, la cultura, la ideología, tratando de mantener la paz y protección en su convivencia (generando reglas internas), un progreso económico. Una macro comunidad sería la nación y un pequeño ejemplo la aldea.

1.2.2.5. La Nación

La nación como habíamos visto es la máxima expresión de la comunidad, es la unión de varias personas bajo una misma cultura, lengua, raza y con una historia en común. A diferencia de la Sociedad, la nación crea un lazo de unidad natural, no en base a leyes, la nación se reconoce como tal por la expresión de la población, por sus características únicas. Por eso la nación puede ser una parte de la Sociedad o si podríamos especificarla sería una sociedad como tal (lo cual sería muy utópico y que generalmente se comete ese error, no existe una sola cultura, una sola raza y una sola lengua, por lo que la nación vendría a ser la parte espiritual de un determinado territorio). Por lo que en la Constitución vigente del Ecuador, se habla de una Sociedad más no de una Nación.

1.2.3. La Sociedad Ecuatoriana

Para poder hablar de la sociedad ecuatoriana debemos remontarnos a la historia, la sociedad ecuatoriana nace como tal cuando la delimita un territorio, cuando surge la República de Ecuador con una identidad marcada, y mal llamada en su época, nación (no corresponde por un sinfín de culturas, lenguas y razas que ocupaban y ocupan el territorio ecuatoriano).

Vamos a repasar brevemente la conformación histórica de la República de Ecuador, lo cual nos va a servir para determinar y comprender el tipo de sociedad ecuatoriana.

1.2.3.1. Formación Histórica de la República del Ecuador

Teniendo en cuenta la historia del territorio que conforma al Ecuador analizaremos brevemente sus tres primeras etapas hasta llegar a la República ya que en ésta se forma una cultura establecida que ha tenido cambios con el

tiempo, como en toda sociedad, pero siempre marcando su verdadera esencia, estas etapas las vamos a dividir en:

- Etapa Prehistórica, esta etapa empieza con la formación de la Cultura Valdivia que por algunos historiadores es reconocida como la primera en el territorio ecuatoriano (junto a la cultura Las Vegas) y en América refiriéndose a un conjunto de personas ya establecidas, ya que antes de concebir esta unión de individuos, la mayoría eran nómadas hasta llegar a la asociación de tribus para formar culturas establecidas en un territorio dado.
- Su primera fase es el Período Pre-cerámico (10000 a 6000 a.C.) en donde la población se dedicaba a la caza y recolección, sus instrumentos eran fabricados con materiales de madera y grandes caracolas marinas. Su población no es muy organizada y efectiva, todos realizan el mismo trabajo, solo se diferencia el trabajo por género de sexo.
- La segunda fase es la llamada Formativa (6000 a 500 a.C.), en esta fase se han encontrado vestigios de cosechas de maíz por lo que se asume que empieza la actividad de cultivo, avanzando en una forma distinta de unión humana, más estable y sedentaria. La población se organiza de mejor manera, dando puestos de trabajo individualizado según las características de las personas aunque de una manera demasiado básica. Se empiezan a hacer artesanías en arcilla, y materiales a su alcance como huesos de pescado, bambú, conchas, entre otros. Es un período de desarrollo intelectual, se utiliza el telar para tejer, como instrumentos musicales el churo (quipa o caracol), botellas de cerámica, flautas de pan (sikuri o zampoña), además de vasijas rituales que dan paso a los primeros centros ceremoniales. En la cultura Machalilla existió una característica única de deformación de cráneos, de forma fronto-vértico-occipital, la cual se realizaba a las personas de

mayor posición social, por lo que entramos a la perpetua existencia de clases sociales.

- La tercera fase es el Período de Desarrollo Regional (500 a.C. a 500 d.C.), es un período enfocado en la división de culturas por regiones, se desarrolla el contacto o necesidad de intercambio entre ellas, la convivencia social entre núcleos regionales. La organización política o territorial y social es muy importante, se crean nexos y por lo tanto se absorben conocimientos de otras culturas (artes). Se especializa el trabajo a las personas, se perfecciona la ocupación encontrando una mayor eficiencia y por lo tanto un desarrollo cultural.
- La cuarta fase es el llamado Período de Integración (500 d.C. a 1500 d.C.), se caracteriza por la agrupación de culturas, creación de centros administrativos, estas grandes culturas muchas veces tenían un sistema diárquico, con dos capitales a la vez. Este período es la evolución en ciudades-estado que nace de la unión de varias culturas ancestrales, creando funciones políticas, administrativas y religiosas. Se afianza el intercambio de productos (trueque) y se cree en la existencia de algún tipo incipiente de moneda.
- La última fase es la Conquista Inca que se da a mediados de siglo XV, se denomina Inca al Patriarca, al único gobernante, que según creencias era designado por el Dios Sol y con poderes conferidos por el mismo, como el de la lluvia. Los Incas es una cultura muy organizada, se dice que dentro de su estructura no existía un ladrón, violador o persona que vaya en contra de los derechos de otra persona. Su cultura nace en los que hoy es el Cuzco alrededor de los años 1438 a 1463 d.C. y su expansión hasta lo que hoy es Quito data de los años 1463 a 1471 d.C. Huayna Cápac nacido en Tomebamba (Cuenca) fue el doceavo Inca, quien al morir en Quito por la enfermedad de viruela debía decidir cuál de sus hijos ocuparía el trono, pero murió sin poder hacerlo, su primera opción

era Ninan Cuyochi y luego Huáscar para lo que antes de morir mando a emisarios a que consulten al augur con los debidos sacrificios y poder tomar una correcta decisión. Atahualpa también hijo de Huayna Cápac no entró en sus opciones, era considerado un gran guerrero pero por orden de descendencia el de más alto rango era Ninan Cuyochi y después Huáscar que era un excelente administrador. Huayna Cápac al sentirse muy enfermo envía a que notifiquen a Ninan Cuyochi como el nuevo Inca pero murió antes de saber que Ninan Cuyochi había fallecido para lo cual el augur también daba noticias de que el mejor gobernante sería Huáscar. Huáscar se encontraba en el Cuzco, y Atahualpa en Quito, se atreve a desafiar a su hermano Huáscar por el título de gobernante a manera de traición y gana la contienda la cual se verá frustrada por la conquista española quedando sus planes de expansión truncados y, como dicen algunos historiadores, vendiéndose a los españoles.

- La Conquista Española, es la segunda etapa de la formación del Ecuador, la cual empieza desde el descubrimiento de América en 1492 pero que se intensificó desde un hecho muy claro cuando Atahualpa estaba bajando al Cuzco para reclamar su imperio, después de dar muerte a Huáscar, Francisco Pizarro emboscó a Atahualpa y lo retuvo prisionero, lo asesinaron a pesar de pagar una alta cantidad de oro y plata. Los españoles traían a más españoles con una cultura distinta, otras normas y obviamente un estilo de vida muy diferente. Sebastián de Benalcázar había dominado la mayor parte de Ecuador, para lo cual en 1534 fundaba San Francisco de Quito, pero con anterioridad en el mismo año Diego de Almagro fundó la ciudad de San Pedro de Riobamba, la primera ciudad en el Ecuador. En el año de 1563 se fundó la Real Audiencia de Quito bajo el Virreinato de Perú para después en 1740 pase a estar bajo el Virreinato de Nueva Granada, en este período se implantan los impuestos en general y

específicamente al comercio (alcabalas) existiendo inconformismo por parte de la sociedad, en nuestro punto de pensar se empieza una era de abusos que pronto llegará a su fin.

- La tercera etapa antes de llegar a la República es la aclamada Independencia, la cual empieza con la rebelión de los criollos en 1809, el 10 de agosto de esta fecha se reúne una junta de gobierno provisional comandada por Juan Pío Montufar y Francisco Eugenio de Santa Cruz y Espejo para pedir el cambio de autoridades que reconocían fidelidad a Francia, ellos habían redactado un acta sosteniendo fidelidad al rey de España para aprovechar de esta circunstancia y obtener su independencia, lo cual no se llevó formalmente a cabo ya que las tropas del Virreinato de Perú y Nueva Granada se lo impidieron. Otro intento de independencia fue el 11 de octubre de 1811, el Estado de Quito, que no duró mucho tras caer en la Batalla de Ibarra en 1812. El 9 de octubre de 1820 se produce un nuevo intento de independencia al mando del José Joaquín de Olmedo creando la nación denominada Provincia Libre de Guayaquil. Se crea una junta revolucionaria para pedir ayuda a Simón Bolívar, en representación de este envió a Antonio José de Sucre, quién avanzó hasta la Sierra, llegando a Pichincha y ganando la batalla que se produjo en las faldas del volcán con su mismo nombre, logrando así su independencia el 24 de Mayo de 1822. A mando de Simón Bolívar se crea la Gran Colombia a la cual se adhiere la antigua Real Audiencia de Quito pero al ver que no se desarrolla de la manera esperada los planes de Simón Bolívar se separa y a la vez uniéndose con la Provincia Libre de Guayaquil para formar a la nueva República del Ecuador el 13 de mayo de 1830 al mando de Juan José Flores creando así meses más tarde su primera constitución.
- La República, en esta época el Ecuador toma el carácter de Estado, se crea el primer congreso constituyente, el mismo que se

reunió en la ciudad de Riobamba el 14 de agosto con la asistencia de 20 diputados y así creando la primera Constitución del Ecuador.

Para su adecuado estudio vamos a dividir a la República en siete períodos:

- Período Floreano

Su primer presidente fue Juan José Flores (1830 a 1834), pero se tomó muchas atribuciones a favor de los militares y especialmente para los extranjeros, sus políticas económicas y coartación a la libertad pública no agradó a los ciudadanos, el principal diario "El Quiteño Libre" también reaccionó y criticó su forma de gobierno. Desde ese momento la sociedad ecuatoriana ya experimentaba su libre opinión y se creó la oposición liderada por Vicente Rocafuerte.

La división de departamentos y las diferentes actividades económicas-sociales llegaron a la creación de un regionalismo marcado, más no a la idea que tenían sus primeros libertadores, era un Estado inestable y caracterizado por la separación de la población en la denominada clase dominante y el "pueblo".

En el año de 1835 Vicente Rocafuerte fue instaurado como Presidente del Ecuador, quien gobernó hasta 1839, nace la segunda Constitución, en su gobierno hubieron dos sublevaciones, la primera controlada fácilmente dando muerte a sus caudillos y la segunda con el motivo de transformar al Ecuador como departamento de la República de Colombia, sus líderes fueron igualmente fusilados en público.

Juan José Flores vuelve al gobierno en el año de 1839, cambió su forma de gobierno en un principio para poder reformar la Constitución, en 1843 nace la tercera Constitución de la República.

- Período Marxista

En 1845 con el nacimiento de la Revolución Marxista se destituye a Juan José Flores en su segundo periodo de reelección y se realiza la cuarta Constitución. En este período es elegido a Vicente Ramón Roca como el nuevo Presidente de la República hasta 1849.

El siguiente Presidente debía ser elegido entre Diego Noboa y Antonio Elizalde pero no hubo un acuerdo en el Congreso por lo que fue elegido Manuel de Ascáubi (1849 a 1850) que duraría un año en el poder ya que el General José María Urbina desconoció su nombramiento y lo derrocó, poniendo al mando a Diego Noboa quien daría pauta a la quinta Constitución de 1851 con ideas revolucionarias pero en vano ya que su poder duró un año quien fue sustituido por el propio General Urbina instaurando la sexta constitución muy parecida a la de 1845. En su período creó alianzas con la oligarquía comercial de Guayaquil y liberó de cierta forma a la esclavitud otorgándoles ciertos derechos, a más de llegar a acuerdos con los campesinos en la Sierra.

En 1856 Francisco Robles toma el Poder Ejecutivo hasta el año de 1859. Era partidario de Urbina y siguió con su ideología política pero el país se desmoronó tanto así que las naciones adjuntas querían tomar parte territorial de la recién creada República del Ecuador.

- Período Garciano

Gabriel García Moreno tomó la Presidencia del Ecuador después de tan fatal período de inestabilidad política-social del Ecuador, con él se crea la séptima Constitución (1861) como medida extrema de regular a un Estado utilizado al interés de sus gobernantes, trata de regirla por la religión Católica.

La economía del país empieza a crecer con la exportación del cacao, se logró modernizar y armonizar la renta pública, por lo tanto hubo un desarrollo bancario, se dio paso a una mejor era de educación, se hicieron obras públicas y el Ecuador empezó a sentirse como un verdadero Estado.

En 1865 fue elegido Jerónimo Carrión como el nuevo Presidente del Ecuador y en 1868 a 1869 fue elegido Javier Espinosa quienes no tuvieron mucha incidencia política ya que por poco se les obligó a dejar la presidencia por no seguir en el proyecto de cambio de gobierno o ideología política que tenía Gabriel García Moreno.

Juan Montalvo nace políticamente en el año de 1865 y es el opositor de Gabriel García Moreno, quien fue de ideología liberal y practicaba el anticlericalismo, no creía en las dictaduras y hasta llegó al punto de no creer en la democracia si las leyes no funcionaban a pesar de ser dictadas por el legislador y presidente elegido democráticamente.

En 1869 fue reelegido Gabriel García Moreno hasta 1875 fecha en que ganó nuevamente las elecciones pero fue asesinado por sus opositores. En el año de su reelección se crea la octava Constitución de la República denominada la Carta Negra. Se inicia la construcción de vías ferroviarias, se da un ímpetu a la educación, la ciencia, el desarrollo de la industria, y la consolidación de la Iglesia Católica dentro del Estado Ecuatoriano.

- Período Postgarciano

Antonio Borrero fue presidente entre 1875 a 1876 cuando Ignacio de Veintimilla ejerció su dictadura hasta el año de 1883 y estableció la novena Constitución en 1878 hasta que la llamada “Campaña de la Restauración” conformada por

conservadores, liberales y progresistas (guerra civil) que reclamaron el Poder Ejecutivo, otorgándolo a José Plácido Caamaño.

- Período Progresista

En el gobierno de José Plácido Caamaño (1883 a 1888) se instituye la décima Constitución en 1884.

Después llegó al poder Antonio Flores Jijón (1888 a 1892), seguido de Luis Cordero Crespo (1892 a 1895) quien no terminó su período presidencial por la acusación que surgió de la supuesta venta de la bandera nacional a un navío extranjero.

En este período se avanzó en obra vial, la cultura y renta interna, pero no tuvo mayor alcance, el pueblo comenzó a desconfiar con el problema que se le fue injustamente adjudicado a Luis Cordero Crespo y se desvaneció el movimiento progresista.

- Período Liberal

Este período comienza con la revuelta liberal a mando de Eloy Alfaro y las ansias de cambio de la población ecuatoriana.

Eloy Alfaro tomó el poder a la fuerza, su dictadura se realizó entre los años 1895 a 1901 instaurando en el año de 1897 la décima primera Constitución de la República, fue una época que enriqueció la educación por la aprobación de la Ley de Instrucción Pública otorgando su gratuidad, también empezó la ideología del laicismo en el Ecuador.

En el año de 1901 sube al poder ejecutivo Leónidas Plaza Gutiérrez quien crea alianzas con la burguesía comercial guayaquileña a diferencia de Alfaro que a

pesar de seguir la misma ideología liberal su apoyo o enfoque era hacia el pueblo. Terminó su período presidencial en el año de 1905.

Lizardo García (1905 a 1906) fue quien lo suplantó y existen algunos doctrinarios que aseveran la inconstitucionalidad de su cargo (que para nuestro pensar fue constitucional al no aceptar postularse Ignacio Robles y Santisteban los votos fueron dirigidos por los ciudadanos al siguiente candidato) y por eso la reacción de Eloy Alfaro de volver al poder mediante otra dictadura.

Eloy Alfaro toma el poder mediante su segunda dictadura en el año de 1906 hasta el 1911. En 1906 dicta la décimo segunda Constitución de la República. En este período terminó la construcción del ferrocarril Guayaquil-Quito, comunicando a ciertos sectores con mayor rapidez y acrecentando la producción. Creó las Juntas de Beneficencia (Ley de Beneficencia) y desligó totalmente a la Iglesia Católica del Estado Ecuatoriano. Al terminar su período tomó el poder Emilio Estrada (quien fallece a los pocos meses, Alfaro quiso retomar el poder para cuatro años más pero se desató una guerra civil en donde fue tomado prisionero por la oposición, ejecutado e incinerado.

En 1912 Leónidas Plaza es instaurado como presidente en su segunda ocasión presidencial, se abre una etapa denominada liberalismo económico en donde se dio paso al apoderamiento casi total de los bancos en la economía.

Ya en 1916 sube al poder Alfredo Baquerizo Moreno seguido en 1920 por José Luis Tamayo, se vive la crisis del cacao y se originan huelgas en contra de estos gobiernos.

Participando por la Banca Comercial y Agrícola gana la presidencia Gonzalo Córdova (1924) quién se mantendría un año en su cargo ya que es denunciado por fraude electoral por Jacinto Jijón y Caamaño siendo destituido por un grupo joven de militares y dando paso a Isidro Ayora en la siguiente época Republicana.

- Período Contemporáneo

Después del golpe de estado se proponen reformas sustanciales junto al nuevo presidente Isidro Ayora (1925 a 1931), creando la décimo tercera Constitución de 1929. El Banco Central era el único que podía emitir moneda y se crean políticas de economía y de control, limitando a los Bancos y así poder restaurar la economía en el país.

Juan de Dios Martínez toma el poder en el año de 1932, ejerciendo su cargo durante un año para entregar el poder a José María Velasco Ibarra (Presidente de la Cámara de Diputados) que también estaría un año en ese cargo siendo derrocado por una sucesión de dictaduras para tomar el poder ejecutivo y constitucional Aurelio Mosquera Narváez durante el lapso de un año por su repentina muerte. Aquí se crea una nueva Constitución (1938) pero que nunca tuvo validez legal puesto a que no se alcanzó a publicar.

Carlos Alberto Arroyo del Río sería el siguiente presidente que gobernaría hasta 1944 derrocado por Velasco Ibarra por un movimiento llamado la Gloriosa. En el año de 1945 nace la décima cuarta Constitución (sin contar con la de 1938), muy adelantada para su época y una de las mejores que ha tenido (analizaremos este tema en la sección correspondiente a la Evolución Histórica Constitucional). A un año de la publicación de la Constitución se crea la décimo quinta, de 1946, que se presenta más conservadora y desarrolla aspectos institucionales. Velasco Ibarra sería removido obligadamente de su puesto en el año de 1947 por su Ministro de Defensa Carlos Mancheno para posesionar a Carlos Julio Arosemena Tola durante un año más.

La Revolución Juliana trajo algunos beneficios a la sociedad ecuatoriana, como la creación de instituciones públicas y cambios a nivel social-político.

En el año de 1948 se eligió como presidente a Galo Plaza Lasso, quien gobernaría hasta 1952, nace la "Era del Banano", su auge y exportación

primordial abriendo así las puertas a su industrialización. Se desarrolló un mercado interno para lo cual se construyeron carreteras principales y de unión a las grandes ciudades.

José María Velasco Ibarra retomaría el poder en 1952 consolidando así la ideología conservadora de la sociedad ecuatoriana, se crearon nuevas escuelas y retornó el orden democrático. Fue el único período que terminó en sus cuatro años.

Después se posesionó un presidente con un toque liberal, Camilo Ponce Enríquez, soporto la crisis de la caída de exportación del banano, algunas revueltas, su período terminó en 1960.

La cuarta estancia en el poder de José María Velasco Ibarra solo duro un año, de 1960 a 1961, no pudo afrontar la crisis económica por la caída del banano y la pobreza en general de la sociedad, militares lo derrocaron y dieron su puesto a Carlos Julio Arosemena Monroy quien estaría de 1961 a 1963 en el gobierno. Se dio un desarrollo al Capitalismo (cruzadas en contra del comunismo), una alianza con Estados Unidos de América. Después de su gobierno se afianza una junta militar en donde se crea la Ley de Reforma Agraria.

Otto Arosemena Gómez fue nombrado presidente en 1966, un año después nace la décimo sexta Constitución, y en 1968 vuelve al poder Velasco Ibarra para luego con la ayuda de las Fuerzas Armadas tomar el poder a manera de dictadura en el año de 1970 a 1972.

Después de un golpe militar asume la presidencia Guillermo Rodríguez Lara hasta 1976 como Gobierno Nacionalista y Revolucionario de las Fuerzas Armadas, tenía un nuevo plan petrolero y de desarrollo.

El Triunvirato de 1976 a 1979 conservo algunos criterios de desarrollo y la centralización del petróleo, pero eliminó la noción de Gobierno Nacionalista y Revolucionario, dando paso a la inversión extranjera.

El Consejo Supremo en 1978 saca a referéndum la nueva Constitución de nuestra República, la décimo séptima, con la base de reformar todo procedimiento y volver al Estado de Legalidad, de seguridad jurídica. En 1979 por votos democráticos gana las elecciones presidenciales Jaime Roldós Aguilera retornando a la paz jurídica.

Jaime Roldós Aguilera tenía un plan de desarrollo para exteriorizar el cambio interno de la sociedad pero se complicó por los problemas limítrofes con Perú en 1981 y por la oposición. Muere en un accidente aéreo dejando así el poder en posesión de Osvaldo Hurtado, su Vicepresidente.

Osvaldo Hurtado termina el gobierno correspondiente a Roldós en 1984 con una crisis petrolera y un aumento en el gasto público, para ser sucedido por León Febres Cordero.

León Febres Cordero (1984 a 1988) desarrollo ideologías neoliberales otorgando a los banqueros y comerciantes una libertad en la exportación y su poder económico (que a pesar de levantar la economía en el país fue acusado de algunos delitos de corrupción). Vivió un secuestro y varios golpes de estado que no se lograron concretar y fue observado por Organizaciones de Derechos Humanos por el trato a un grupo llamado Alfaro Vive Carajo.

El siguiente presidente en la lista fue Rodrigo Borja Cevallos, su período cubrió los años 1988 a 1992. Tenía un plan de restauración de la democracia y aumento de la economía. La Izquierda Democrática controlaba todos los poderes del gobierno. Al final de su gobierno, el costo de vida subió y la deuda externa aumento.

En 1992 Sixto Durán Ballén es elegido como presidente de la República e implanta un modelo empresarial, privatizando el sector público y promoviendo a una modernización del Estado. En 1995 se produce la Guerra del Cenepa para la cual se llega a un acuerdo y se firman dos declaraciones de paz, una en Brasilia y otra en Montevideo.

En 1996 llega al poder Abdalá Bucaram, su forma de gobierno y falta de planificación tanto a nivel económico, social y político, llevó a la sociedad a una huelga general con protestas masivas, el Congreso resolvió destituirlo por incapacidad mental en el año de 1997. Rosalía Arteaga asumió la presidencia (en calidad de vicepresidente) por 4 días para que después bajo presiones cediera el poder al presidente del Congreso Fabián Alarcón que estaría en el cargo hasta 1998.

La penúltima Constitución se dio en el año de 1998, la décima octava, con la cual vendría a regir al nuevo Presidente de la República, Jamil Mahuad, quien estuvo dos años en su cargo, en 1999 se decretó un feriado bancario, la mitad de la Banca colapso y muchos banco habientes perdieron su dinero. La ciudadanía para contrarrestar las perdidas buscó trabajo en el exterior pero la inflación iba en aumento. En enero del 2000 Ecuador renunciaba a su política monetaria adoptando el dólar como moneda oficial para intentar corregir los desfases económicos pero aun así fue destituido por la inconformidad de la ciudadanía mediante un triunvirato respaldado por Lucio Gutiérrez que no duró mucho y se colocó como presidente a Gustavo Noboa en el año 2000 hasta el 2002.

Lucio Gutiérrez ganaría las elecciones democráticamente en el año 2002, para luego por la vía militar y con el apoyo básico del Congreso poder destituir la Corte Nacional y posesionar los jueces a su agrado, consiguiendo así el Pacto llamado de la Guayaberas en el cual se permitía el reingreso al país del ex presidente Abdalá Bucaram, a más de otras inconstitucionalidades como colocar a familiares y amigos dentro de cargos públicos ocasionando un nivel

de desconformidad en la población y por lo tanto generando un movimiento civil en el año 2005 denominado “La Rebelión de los Forajidos” con lo cual fue destituido de su cargo nombrando al Vicepresidente Alfredo Palacio como el nuevo Presidente de la República del Ecuador hasta el año 2007.

En el año 2007 se posesionó como Presidente a Rafael Correa Delgado. El 15 de abril del 2007 convocó a una Consulta Popular para generar una Asamblea Constituyente de Plenos Poderes y por lo tanto crear una nueva Constitución, la cual fue aprobada con más del 81% de la población. El 28 de septiembre se desarrolló el referéndum para la aprobación de la nueva Constitución en el cual ganó el sí con más del 63 % por lo que el 20 de octubre del 2008 fue publicada la actual Constitución de la República del Ecuador, décima novena, caracterizando a un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; definiendo así a la nueva sociedad ecuatoriana.

1.2.3.2. Aspectos Importantes

La Sociedad ecuatoriana desde sus inicios, ha sido caracterizada por gente luchadora, personas que desde la etapa prehistórica pasaron de ser nómadas a crear culturas, gente innovadora que utilizaba lo que tenía al alcance de sus manos para crear un instrumentos a su beneficio, personas que vieron en la tierra su porvenir al labrarla, cultivarla y cosecharla.

La religión siempre estuvo en nuestra sociedad, ya sea a manera de Dioses de la naturaleza como el Sol, la Luna o pasando a la Religión Católica como oficial del Estado, ahora nuestro país es laico, inmerso de varias religiones, hemos sabido respetar la ideología cultural de nuestros ciudadanos a pesar del marcado regionalismo que tenemos desde eras muy antiguas, el racismo que lo obtuvimos de los colonizadores y la desigualdad de derechos en cuanto a esclavos y el sexo femenino, que lo hemos venido superando en distintas

Constituciones y por el esfuerzo de la sociedad al verse plagada de abusos en sus gobiernos.

La Sociedad ecuatoriana fue clasista y conserva su tipología, así se divide actualmente en clase alta, media y baja, siempre existirá la clase gobernante (tanto política, económica o social-histórica) y la clase gobernada. Ahora hablamos de una “Revolución Ciudadana” otorgando supuestamente el poder al pueblo, pero a nuestra opinión solo se han marcado más las clases sociales, tratando de eliminar la clase media.

En cuanto a la economía de la sociedad, el ecuatoriano siempre ha sido ambicioso, quizá influenciado por los colonizadores, aunque recordemos a Atahualpa, sus ansias de poder, la traición a Huáscar. Ha tenido épocas de equilibrio monetario así como inestabilidades que han llegado hasta el famoso “Feriado Bancario”, lo cual es natural en todo país y algunos de sus malos gobernantes, pero ante todo la sociedad ha sabido reaccionar, la sociedad ecuatoriana en el transcurso de toda su historia nunca ha dejado que sus derechos sean minimizados al igual que los abusos de parte de sus gobernantes no han sido permitidos reaccionando de manera pacífica hasta llegar a muchas guerras civiles o incluso a dictaduras. Dentro de sus altos y bajos ha tenido personas emprendedoras que de la nada han creado imperios, famosos comerciantes y talentosos intelectuales que han sabido regular la sociedad y obviamente han existido personas mediocres, conformistas e inclusive declaradas incapaces mentales.

La Sociedad ecuatoriana ha sabido unirse, han sabido formar una nación (o por lo menos en sus bases preceptuales) libre de culturas, de religión e incluso libres de orientación política cuando se ha ameritado la situación como es una destitución o derrocamiento de un gobierno tirano, abusivo o injusto y así buscar el bien común. Recordemos a la famosa “Campaña de la Restauración” (política), o a la “Rebelión de los Forajidos”, o vamos aún más allá y hablando de un simple hecho, de un deporte que ha conseguido la unidad nacional, el

fútbol. La sociedad se siente identificada con su territorio, son personas amables, de buenos sentimientos, en toda su diversidad étnica; pero si son agredidos son los primeros en reaccionar en defensa de su integridad, de su ideología formada a través de los siglos y estableciendo su libre participación en la forma de gobierno.

1.3. SISTEMA JURÍDICO.

Para definir al Sistema Jurídico vamos a referirnos al Dr. Herman Jaramillo Ordoñez al decir que “Es un conjunto de instituciones, normas, reglas y principios organizados que integran el ordenamiento jurídico y que se relacionan con factores filosóficos, políticos, económicos, sociológicos, históricos, geográficos, psicológicos, éticos, religiosos e ideológicos de diferentes contenidos” (Jaramillo, 2003, pág. 172).

Existen varios Sistemas Jurídicos primordiales los cuales se encuentran agrupados en Familias Jurídicas de la siguiente forma:

- Familia Romanista o Romano-germánica: Sistemas Jurídicos Francés, Germano y Escandinavo.
- Sistema Jurídico Anglosajón.
- Familia Socialista: Con sus Sistemas Jurídicos Soviético, Yugoslavo, Albanés y Chino.
- Sistema Jurídico Islámico.

Cada Sistema Jurídico se identifica por tener un orden establecido jerárquicamente por sus normas, dividiéndolas en primarias y secundarias, de las primarias se desprenden las derivadas o secundarias y que por su grado de importancia están más bajas dentro de una pirámide o línea vertical a las fundamentales. En la mayoría de Sistemas Jurídicos la norma de más

trascendencia es la Constitución Política, lo cual se aplica a nuestro Ordenamiento Jurídico, basándonos en el modelo de Hans Kelsen.

En una explicación de la Pirámide de Kelsen dada por Abelardo Torr  nos dice que “las normas se escalonan desde el v rtice hasta la base, disminuyendo en el mismo sentido su generalidad: es por ello que mientras en el plano más alto se encuentran las normas constitucionales –en sentido positivo– en la base de la pirámide se hallan las normas individuales... Debajo de las normas individuales, encontramos ya los actos de ejecución material de las mismas.” (Torr , 2001, págs. 266-267).

En el Ecuador el Orden Jerárquico, tal como lo describe el artículo 425 de la Constitución de la República, está conformado de la siguiente manera:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 122-123).

1.3.1. LA NORMA, LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN

1.3.1.1. La Norma

A la Norma la podemos conceptualizar como una conducta, y definir como algún precepto social o religioso que nos lleva a actuar de una manera establecida,

sin estar necesariamente escrita pero que se sigue porque en generaciones se lo ha hecho y se cree que por moral o ideología tanto personal como social se lo debe hacer pero en sí su acción u omisión no es obligatoria.

Definiendo a la Norma vamos a tomar las palabras de Guillermo Cabanellas en que dice que es una “regla de conducta” (Cabanellas, 1962, pág. 36).

1.3.1.1.1. La Norma Jurídica

La Norma Jurídica es una norma con aplicación obligatoria, que puede no establecer una sanción más sí una acción u omisión coercitiva, imponiendo deberes y otorgando derechos. Debe tener características de validez material, espacial, temporal y personal. La validez material conlleva a la norma en sí, es decir a la materia que trata, a la rama del derecho contenida en ella. De validez espacial quiere decir que puede ser territorial o extraterritorial, según el espacio en donde se produzcan sus efectos. En el aspecto temporal se refiere a la vigencia de la norma. La validez personal es aquella que trata del sujeto, a quien va dedicada la norma, que tiene que ver mucho con la materia.

Para Luis Villoro la norma jurídica “es la formulación técnica de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema histórico concreto” (Villoro, 1966, pág. 313).

Refiriéndonos a Guillermo Cabanellas dice que una norma jurídica es una “regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal” (Cabanellas, 1962, pág. 36).

El fin de la norma jurídica es el de regular la conducta humana como método de precaver una sanción a la sociedad, por lo que dentro de este ámbito pueden existir normas fundamentales o supremas (Constitución), de las cuales nacen las normas secundarias; normas sustantivas (código civil) que regulan los actos del ser humano en la sociedad; normas adjetivas (códigos de

procedimiento) que contienen la forma de proceder en la solución de los problemas humanos; normas que rigen a las diferentes instituciones públicas y privadas (como son las leyes orgánicas); normas que se desarrollan en las distintas ramas del derecho (como son las leyes, códigos) inclusive dentro del ámbito judicial que vendrían a ser las sentencias como normas con carácter particular; y las normas seccionales (ordenanza), nacionales (ley de contratación pública) y extranjeras (convenios y tratados internacionales).

- Efectos Esenciales

La Norma jurídica siempre va a tener efectos generales por lo que refiriéndonos a Marco Monroy Cabra (Monroy Cabra, 2006, págs. 96-97) podemos decir que son cuatro a) Deber de obediencia, b) Exclusión voluntaria a la ley, c) Actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, y, d) El fraude a la ley.

Empecemos con el deber de obediencia, quiere decir que la norma debe ser cumplida por todos a quienes se afecte con ella, dependiendo de la amplitud de su alcance jurídico, como dice el principio de derecho "*ignorantia legis neminem excusat*" que se interpreta como la ignorancia de ley no exime de su cumplimiento, y que podemos encontrarlo en el artículo 13 de nuestro Código Civil al decir que "La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna" (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 5).

Exclusión voluntaria de la ley, existen derechos a los cuales se pueden renunciar, pero siempre y cuando solo afecten a su persona, como dice el artículo 11 de nuestro Código Civil "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia" (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 5).

Ahora analicemos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas como un efecto normativo, por lo podemos decir que todo acto que vaya en contra de una norma tiene consecuencias y causa una sanción ya sea de ejecución forzosa; resarcimiento, reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados; una penalidad que puede ser en área penal, civil, administrativa o disciplinaria; y la nulidad de los actos jurídicos. En lo referente a la nulidad, el artículo 9 de nuestro Código Civil nos dice “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 5), y el artículo 10 dice “En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 5).

Y por último el fraude a la ley, esto es, que a pesar de eludir u opacar una norma se busca poder tener un resultado positivo mediante la aplicación de otra norma que ampare un acto jurídico. Para que exista fraude a la ley Rafael Díaz Roca reúne algunos requisitos, que son: “1. La violación de una norma o de su finalidad práctica mediante el amparo de otra ley; 2. La ley de cobertura no ha de acaparar por completo el acto fraudulento ya que, en este caso, existe un problema de colisión normativa, no frente al fraude a la ley; y 3. No es necesaria la intención fraudulenta o la voluntad específica de burlar la ley y por ello no se requiere prueba de ello. En términos generales, la consecuencia del fraude a la ley es la nulidad del acto” (Díaz Roca, 1997, pág. 103).

- Clasificación

A nuestro parecer, aunque anteriormente hayamos topado someramente este tema, la más completa clasificación sería la de García Máynez detallada en la siguiente distribución (Atienza, 1998, pág. 95):

- Desde el punto de vista del sistema a que pertenece: dependiendo del ordenamiento jurídico del cual nacen pueden ser nacionales, extranjeras o de derecho uniforme (mediante tratado algunos Estados adoptan normas en común).
- Desde el punto de vista de su fuente: depende de la forma en que una norma se vuelve positiva, es decir mediante la potestad legislativa, consuetudinaria (repetición constante que mediante la conciencia se vuelven obligatorias), y jurisprudenciales (tribunales de justicia).
- Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez: como habíamos visto el ámbito de validez se considera desde cuatro puntos, espacial, temporal, material y personal, por lo que en esta clasificación estarían las normas generales (de los Estados) y las normas locales (de los municipios) por el espacio en el que se aplica.
- Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez: existen dos, la primera permanente o indeterminada, sin plazo determinado o hasta que se deroguen, las normas de vigencia determinada con un plazo fijo.
- Desde el punto de vista de su ámbito material de validez: Existen dos grandes ramas, la del derecho público (actos entre las personas y órganos públicos) y las del derecho privado (relaciones entre particulares). Dentro del Derecho público se encuentran las normas Constitucionales, Administrativas, Penales, Procesales, Internacionales, Industriales y Agrarias. En el Derecho privado se encuentran las normas Civiles y Mercantiles.
- Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez: constituido por las normas generales e individuales, dependiendo si son aplicables a un número indeterminado de personas o individualmente.
- Desde el punto de vista de su jerarquía: este punto ya lo hemos analizado con anterioridad por lo que de mayor a menor

tendríamos La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

- Desde el punto de vista de sus sanciones: se lo clasifica en cuatro puntos el primero de las leyes perfectas en las que la sanción es la nulidad de los actos que realizaron la vulneración; las leyes más que perfectas en las que se realizó un daño irreparable y por lo tanto existe un castigo y una reparación pecuniaria; las leyes menos perfectas las que no impiden que continúe el efecto jurídico pero que aun así son sancionadas con un castigo; y las imperfectas que carecen de sanción que están dentro del derecho internacional o por no existir una jurisdicción que las ampare.
- Desde el punto de vista de su cualidad: estas pueden ser permisivas o positivas cuando aprueban un acto determinado, o son negativas o prohibitivas cuando censuran determinado acto.
- Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación: aquí se encuentran las normas primarias y secundarias. Cuando una norma complementa a otra se crea una primaria y las secundarias son justamente esos complementos. Las secundarias son normas de iniciación de la vigencia (cuando entra en vigencia una disposición), de duración de la vigencia, de extinción de la vigencia (derogan leyes), declarativas o explicativas, permisivas, interpretativas, y sancionadoras.
- Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad: Taxativas, que son las que no se derogan por la voluntad de las partes, son concretas y tiene única interpretación. Y las dispositivas, impuesta por las partes, reglamentan de manera libre sus relaciones.

1.3.1.1.2. Los Tratados y Convenios Internacionales

Son Tratados, los acuerdos que se realizan en el ámbito del derecho internacional público, coercitivos, celebrado entre dos o más Estados, o inclusive entre personas jurídicas que quieran regirse bajo esas normas. Para la existencia de un tratado se necesita de la voluntad de sus sujetos internacionales o miembros más la aprobación del poder legislativo de cada país, ésta norma internacional entrará en vigencia después de su promulgación en el registro oficial. La Constitución de la República en su artículo 417 nos dice acerca del tema que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 120).

Los Convenios por otra parte, como lo define Herman Jaramillo Ordóñez “son pactos con fuerza obligatoria que celebran dos o más personas jurídicas de derecho internacional y que tiene por objeto reglar de mutuo acuerdo actividades administrativas de interés general como las correspondientes a socorro, trabajo y telecomunicaciones.” (Jaramillo, 2003, pág. 147).

1.3.1.1.3. Los Decretos

Son instrumentos legales expedidos por el Presidente de la República en donde manifiesta su voluntad mediante su mandato soberano y en beneficio a los ciudadanos, poniendo en vigencia normas relacionadas a la economía, educación, salud, vivienda, trabajo, seguridad interna y externa o también puede reconocer alguna ley para la administración del país de una forma eficiente y eficaz. La diferencia con la ley es su manera de creación ya que ésta como dijimos emana del poder legislativo, pero igualmente tiene fuerza de ley.

Existen dos tipos de decretos, los primeros los decretos leyes que son los propiamente dichos decretos, de los que hablábamos con anterioridad, que sirven para el desenvolvimiento económico, industrial, comercial, agrícola, educacional, militar y social de un país. El segundo tipo de decreto son los decretos con fuerza de ley, que son aquellos que igualmente se publican en el registro oficial pero declarando el estado de emergencia nacional que pueden ser causada por agresión externa, guerra internacional, grave conmoción o catástrofe interna, que deberán ser notificados a la Asamblea Nacional o a la Corte Constitucional para su validez, se derogan con un posterior decreto.

1.3.1.1.4. Los Estatutos y Reglamentos

Son las normas que regulan a las instituciones tanto públicas como privadas en su ámbito interno, que obviamente deben estar en concordancia con la Constitución y demás ordenamiento jurídico. Aquí se detalla su organización y funcionamiento, sus fines, competencias, derechos y deberes, así como a sus administradores, miembros, patrimonio, y demás elementos fundamentales para su organización.

Son de cumplimiento obligatorio y abstracto, se los llama reglamentos cuando son enfocados al sector público, por la propia facultad que estos tienen, siendo así la fuente más importante de la administración pública. La facultad reglamentaria la tiene el Presidente de la República y por excepción los demás organismos del sector público.

Estos reglamentos pueden ser derogados mediante ley o reglamento posterior, están subordinados a la ley y los más importantes son:

- Reglamentos de Ejecución, son instrumentos jurídicos que sirven como guía de aplicación de leyes con los cuales la administración pública sabrán utilizar las leyes sin modificarlas en letra ni en espíritu.

- Reglamentos Orgánicos Funcionales, regulan la organización de los distintos órganos e instituciones del sector público, así como las funciones de sus administradores para obtener un eficiente y efectivo manejo de las mismas.
- Reglamentos Autónomos, estos reglamentos son dictados por las autoridades de la administración pública para reforzar los ya creados bajo la potestad del Presidente de la República.

1.3.1.1.5. Las Ordenanzas

Son instrumentos legales que versan sobre temas como servicios básicos, mejoras y tributos pero su jurisdicción solo es cantonal o provincial, estas ordenanzas son expedidas por los Municipios y Consejos Provinciales. Su proceso de aprobación tiene cuatro etapas: la iniciativa, discusión, sanción y promulgación.

1.3.1.2. La Ley

La Ley como lo define nuestro Código Civil en su artículo 1 “es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (Código Civil Ecuatoriano, 2005). Lo que consideramos una definición no muy exacta del término Ley ya que al decir que “es una declaración de la voluntad soberana” se estaría atando inmediatamente a los ciudadanos ya que la soberanía radica en el pueblo y la Ley surge del cuerpo legislativo (en este caso los asambleístas) el cual trata de adaptarla a las necesidades de una determinada sociedad, por lo que, no se adecuaría a la voluntad soberana directa.

Guillermo Cabanellas la define como “regla de conducta obligatoria dictada por el Poder Legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones” (Cabanellas, 1962, pág. 531).

Se puede decir que la ley es una norma jurídica positivada, procedente (aprobada) de la función legislativa y que goza de una presunción de legitimidad constitucional.

La palabra *Ley* siempre estuvo asociada con el campo jurídico, sus primeros registros datan de la Ley de las XII Tablas en el año 304 a.C. y es donde aparece como fuente del derecho, estas leyes de igualdad romana regulaban la convivencia del pueblo, el cual se reunía en comicios para votar a favor o en contra de las propuestas del senado. Lo que regía antes al pueblo romano eran las llamadas *mores maiorum*, que eran costumbres de los antepasados o ancestros.

Según algunos doctrinarios el término *lex* quiere decir vincular (ligare), por lo que se puede decir que las leyes vinculan a los seres humanos con su actividad; existen otros autores que colocan al mismo término con leer (lego-legere), que estaría traducida a la forma escrita de la ley; o simplemente legare, que se diera a entender como el escoger por parte del legislador las reglas de conducta que más se adapten al bienestar de la sociedad.

Para que la Ley exista como tal deben existir algunas características o condiciones:

- Una ley siempre va a tener el carácter de obligatoria, teniendo por una parte alguien que la exija, y por otra, alguien que la cumpla como puede ser el Estado y la persona natural.
- La ley para tener su validez siempre va a provenir del Estado por ser la máxima organización de la sociedad con la facultad de expedir leyes y exactamente la asamblea o poder legislativo.
- La ley es para todos, es general.
- La ley solo deja sin vigencia sus efectos cuando es derogada, de allí será permanente, estable, firme y fija.

- La ley por ser general nunca podrá ser personal, está establecida para todos los habitantes del territorio ecuatoriano por lo que se la denomina abstracta o impersonal.
- Es tal la imperatividad de la ley, que en caso de omitirla, la fuerza pública tendrá la facultad de hacerla cumplir.
- Como habíamos explicado con anterioridad dentro de los efectos esenciales de la norma jurídica, existe la llamada “*ignorantia legis neminem excusat*” encontrada en el artículo 13 de nuestro Código Civil, en la que se no se excusa a persona alguna de su ignorancia por lo que la ley se reputa conocida.

1.3.1.2.1. Evolución del Concepto y sentido de la Ley

La expresión ley tiene varios sentidos por definición de algunos doctrinarios, que puede ser en sentido de leyes físicas, leyes morales, y en sentido jurídico; ahora para nuestro parecer no podemos hablar de leyes fuera del sentido jurídico (como algunos doctrinarios lo hacen) puesto que las “leyes” físicas y morales caben dentro de la clasificación de la norma, como hemos explicado anteriormente, si involucramos el criterio de que una ley puede ser moral nos estaríamos enfrentando a una inestabilidad jurídica, al declarar la formación y el sentido en que gira esa ley; ahora si podemos hablar de que una ley provenga de normas físicas y morales, ya sea un ejemplo la distancia de retiro en un predio de un edificio a otro que se basa en normas físicas y se vuelven ley, o así mismo, la costumbre como una fuente innegable para nuestro ordenamiento jurídico.

Los varios conceptos de ley han sufrido los mayores cambios mediante un proceso de diferenciaciones, teniendo como ejemplo (y creemos que es el mayor de todos) la evolución conceptual entre Constitución y Ley.

En el sistema Monarca-Parlamentario, la ley prevalecía a la Constitución ya que esta última era un acuerdo entre ambos poderes. Cuando el liberalismo se

torna democrático (1945 esencialmente a nivel mundial), se da la necesidad de diferenciar entre Constitución y Leyes.

Entorno a esta corriente liberal se establece, por el pueblo ya soberano y con ansias de una organización estatal, el pacto social de normas con lo que surge el Poder Constituyente en su máxima expresión: La Constitución; generándose una norma superior, el legislador ordinario ya no puede cambiar la Ley por arbitrariedad ahora se la modificaría de acuerdo a lo establecido dentro de la propia Constitución.

El Derecho Internacional le da otro lugar en la creación de los Tratados y Convenios Internacionales, por lo que la ley da un salto menor en el escalón de jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, formándose así una legislación internacional bajo tutela de varios organismos internacionales como la ONU, OEA, OUA, a los cuales los Estados miembros deberían someterse.

Las consecuencias de la Ley al someterse a la Constitución vendrían a ser:

- La creación de la Corte y Tribunales Constitucionales.
- La Corte Constitucional será quién interprete la Constitución y no la Ley como tal.
- La creación de leyes se basarán mediante competencia y procedimientos constitucionales, por lo que goza de presunción de legitimidad y será derogada al momento de oponerse a la Constitución por declaración de la Corte Constitucional.
- Por lo que hemos visto en su evolución, la ley está por debajo de la Constitución y de las normas de Derecho Internacional.
- Se genera el principio de Reserva de Ley, así delimitando al legislador sus facultades en cuanto a su competencia de las distintas materias, y excluyendo a los demás poderes del estado.

1.3.1.2.2. Clasificación de la Ley

Vamos a analizar dos clasificaciones de la Ley, la una doctrinaria que nos dice que la ley puede ser imperativa, prohibitiva, permisiva, declarativa y dispositiva; y la segunda que es la establecida por la Constitución de la República del Ecuador que vendría a dividir las en orgánicas y ordinarias.

A la primera clasificación la podríamos sustanciar, en parte, por el artículo 1 del Código Civil Ecuatoriano pero en esta ocasión vamos a complementarla con la doctrina para clasificarla en:

- **Leyes imperativas:** son aquellas que tienen carácter de orden público y que por lo tanto su deber es mantener un equilibrio social, moral y una armonía económica. Estas leyes también están destinadas para proteger ciertas condiciones en personas ya sea por su edad, incapacidad o alguna otra razón que amenace su defensa y los prive de ejercer sus derechos. No se puede dejar de cumplir estas leyes solo por el acuerdo entre particulares, un ejemplo de estas son el pago de impuestos o tributos.
- **Leyes prohibitivas:** En su simplicidad son aquellas que restringen a las personas para realizar ciertos actos jurídicos. Y si alguna vez se los cometiera no tendrían validez ante la ley, como por ejemplo la renuncia de los derechos un trabajador.
- **Leyes permisivas y dispositivas:** Las permisivas se encuentran en el punto intermedio de las imperativas y prohibitivas, ya que no ordenan ni prohíben hacer algo, dan la facultad a la persona que bajo su sana crítica se lleve a cabo algún acto siempre y cuando no se afecten los derechos de terceros, como por ejemplo el derecho de asociación. Las leyes dispositivas entrarían en la misma categoría, que vendrían a ser pactos entre personas dentro de sus relaciones jurídicas pero siempre apegándose a lo permitido por la normativa ecuatoriana.

- Leyes declarativas: es en cuanto a la estipulación de leyes, todas las leyes que necesiten de una aclaración o una ampliación en su medida tendrán una ley supletoria o declarativa, como ejemplo todo lo que no esté estipulado en el Contrato de Constitución de una Sociedad Anónima se tomará como ley supletoria a la Ley de Compañías.

La otra clasificación viene dada por la Constitución, como habíamos dicho con anterioridad, pero nos gustaría sumar una más que serían las Leyes Especiales, así tendríamos:

- Leyes Orgánicas: en manera general, son aquellos conjuntos de normas jurídicas que ayudan a la organización y funcionamiento de las organizaciones del sector público, mejorando la estructura tanto formal como material del Estado.

Ahora vamos a lo que nos dice la Constitución de la República en su artículo 133:

“Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.

4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, págs. 45-46).

De esta forma, las leyes orgánicas vendrían a ser todas las leyes que cumplan una función estatal, dirigidas a su buen manejo y con relación a la ciudadanía. Un ejemplo de estas leyes sería, la Ley Orgánica de la Función Judicial.

- Leyes Ordinarias: Estas leyes abarcan el derecho público y privado, rigen a manera universal y vendrían a ser todas las reglas, normas y principios jurídicos que rigen sobre personas naturales a manera general y por igual. Un ejemplo de estas son las contenidas en el Código Tributario.

Ahora, a la generalidad de las normas se contraponen las particulares, como son las de fuero especial, las leyes orgánicas y especiales; pero las generales nunca pueden oponerse a las orgánicas y a las especiales.

- Leyes Especiales: Estas leyes rigen sobre una materia en específico, dentro de su estructura contienen preceptos jurídicos tanto de derecho sustantivo como adjetivo; son creadas para resolver un hecho en particular y aplicables a grupos de personas pertinentes a ese detallado hecho. Un ejemplo de estas leyes es la Ley de Recursos Hídricos, o la Ley Especial de Telecomunicaciones.

1.3.1.3. La Constitución

La Constitución de la República del Ecuador ha sufrido muchos cambios, reformas, adaptaciones a la sociedad y lamentablemente otros en beneficio de políticos para hacer uso prepotente de la misma.

Vamos a revisar primeramente que es una Constitución, según la doctrina, dependiendo de su forma de Estado y Gobierno la Constitución es catalogada como la norma suprema que, innegablemente sería la Norma Jurídica Suprema y por lo tanto la principal fuente formal y material de todo ordenamiento jurídico.

El jurista ecuatoriano, Rafael Oyarte Martínez, nos dice que:

“La Constitución es un texto solemne a través del cual es organizado el poder del Estado mediante sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías a los derechos fundamentales. Estos dos aspectos se encuentran regulados en la parte orgánica y dogmática del Código Político, incluyéndose en la parte Dogmática los principios básicos de la Institucionalidad del Estado” (Oyarte Martínez, 2007, pág. 8).

En esta definición no concordamos con el autor en catalogar como Código Político a la Constitución, ya que volveríamos al tema de poner al mismo nivel a Ley y no como Norma Jurídica Suprema; en lo demás creemos que está muy acertado.

Otra definición muy adecuada que hemos encontrado es la de Enrique Linde Paniagua, “La Constitución es una norma y, en particular, una norma abierta. Pero, sobre todo, la Constitución es un gran pacto en que el pueblo soberano, con el objeto de alcanzar el bienestar, consagra unos derechos y libertades

públicas, y organiza los poderes y el Estado mismo con el objeto principal de garantizar la libertad de las personas singulares” (Linde Paniagua, 2002, pág. 20).

Esta norma jurídica suprema (llamada hoy en día) surge del pacto social, a mediados del siglo XVII e inicios de XVIII, sus mayores propugnadores fueron Grocio, Hobbes, Locke y Rousseau (mayor expositor de este contrato social).

Nuestra definición al respecto después de retomar algunos criterios de doctrinarios sería: La Constitución es el conjunto de normas jurídicas rígidas, vinculantes, que nacieron de un poder constituyente, para dar tanto legitimidad y limitación al poder estatal, garantizar los derechos fundamentales incluidos en ella, así como atribuir obligaciones a todos sus titulares, individuales o colectivos, y organizar la forma de creación de leyes y demás instrumentos políticos necesarios en el ordenamiento jurídico de un país en democracia.

1.3.1.3.1. Estructura de la Constitución

Según la Doctrina del Derecho Constitucional se divide en:

- **Preámbulo:** esta parte contiene una introducción solemne en donde se explica y justifica el porqué de la nueva Constitución, su legitimidad frente al anterior texto constitucional y los distintos objetivos del nuevo orden constitucional a ser alcanzados con su uso.
- **Dogmática:** es en donde se encuentran todas las normas supremas, relativas a personas individuales y colectivas, que son los principios, valores, derechos, libertades y garantías estudiadas en la Constitución.

- Orgánica: en esta parte se trata sobre la organización del Estado, como es:
- Participación y organización del Poder en sus distintas Funciones.
- La organización territorial del Estado.
- El régimen de desarrollo.
- El régimen del Buen Vivir.
- Relaciones Internacionales
- Fórmula de revisión: son los métodos que se ocuparán para la reforma o actualización de la Constitución.
- Apéndice: vendrían a ser las disposiciones transitorias y/o finales, pueden haber normas complementarias, interpretativas; y la fechas pertinentes en su desarrollo a más de la cual entró en vigencia.

1.3.1.3.2. Etapas y Constituciones en el Ecuador

Desde el año de 1830 el Ecuador cuenta con una Constitución, y ha atravesado algunas etapas que fueron formando lo que es la Constitución vigente del año 2008, por lo que pudo organizarse como Estado de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, de gobierno republicano y presidencial, con división de poderes, y reconocimiento de los derechos humanos. Durante estos 184 años se han dictado 20 Constituciones, incluyendo la de 1938 que fue vetada por el Presidente de la República Aurelio Mosquera.

Ahora, dividamos a estas Constituciones en sus respectivas etapas y principales características:

- Etapa Preconstitucional: en el año de 1812 se reúne la primera Asamblea Constituyente para crear así la Constitución Quiteña, y con eso el primer intento de crear un Estado soberano e independiente.

En el año de 1822 Ecuador pasa a formar parte de la Gran Colombia, después de la Batalla de Pichincha del 24 de mayo del mismo año, con lo cual se adhiere a la Constitución de Cúcuta de 1821, sin embargo también existió otra Constitución de 1830, la de Bogotá, pero que nunca entro en una real vigencia ya que en ese año se disolvió la República de la Grancolombia.

- Etapa Constitucional: después de la separación de la Grancolombia, el Ecuador se forma como república, abarcando tres periodos importantes que serán divididos por el Constitucionalismo Clásico, el Constitucionalismo Social, y el Constitucionalismo Garantista.
- Constitucionalismo Clásico: este periodo está conformado desde la Constitución de 1830 hasta la de 1906, se lo denomina clásico porque tiene características propias como son: la consagración de los derechos civiles y políticos, separación de poderes, soberanía popular, gobierno representativo basado en el sufragio restringido (aunque la Constitución de 1861 haya eliminado el requisito económico para ser ciudadano, el llamado sufragio censitario), sistema republicano y presidencial, Estado centralizado e unitario, con un ordenamiento jurídico basado en legalidad y constitucionalidad.
- Constitución de 1830, la primera Constitución o Carta Magna del Ecuador se aprobó el 11 de septiembre de 1830 y fue publicada el 23 de septiembre del mismo año, compuesta por 75 artículos, su Congreso Constituyente se dio en Riobamba bajo el gobierno de Juan José Flores, con tendencia conservadora y vigencia de 5 años, pone las bases de un Estado unitario conformado por tres departamentos (Azuay, Guayas y Quito) con un gobierno popular, representativo, alternativo y responsable como está estipulado en su artículo 7, se da el sufragio censitario (mayores de 22 años o casados, con un capital inmueble de 300 pesos, que sean varones, y, que sepan leer y escribir. Existía la figura de

electores, los cuales eran elegidos por estos ciudadanos y eran quienes elegían a los diputados y estos últimos elegían al presidente y vicepresidente de la República, por la duración de 4 años en el poder y que podían ser reelectos después de dos periodos. Existía un Consejo de Estado para ayudar al ejecutivo en temas de administración y sustituir al Congreso en recesos. Los jueces de la Corte de Justicia eran elegidos por el Presidente de la República con aprobación del Congreso. Esta Constitución ubica a la República como una confederación con la República de Colombia, se permite la ciudadanía a militares extranjeros que al momento de convertirse en Estado estuvieron a su favor formando parte del ejército, el Estado divide sus poderes en tres denominándolos Poder Legislativo, Ejecutivo, y Judicial. Se eligió por parte del Congreso Constituyente por primera vez a su mandatario y administradores. Su artículo 8 daba a entender que la religión establecida y oficial era la Católica, Apostólica, Romana. El Ecuador era un estado muy clasista y racista, tanto así que en su Constitución el artículo 68 tipificaba que los venerables curas párrocos eran los tutores y padres naturales de los indígenas considerados como una clase inocente, abyecta y miserable. Igualmente la exclusión política al sexo femenino.

- Constitución de 1835, corrige y complementa las deficiencias de la anterior, en esta Constitución para poder sufragar se debe contar con un capital de 200 pesos, la edad igual baja a 18 años o estar casado. Se quitan los rezagos que contenía la anterior Constitución acerca de la Grancolombia y de la república de Colombia. El Congreso se vuelve bicameral, por lo que se incluye un senado. Se empieza a hablar de provincias para dejar la idea de departamentos pero solo queda en planificación. La reelección para el Presidente y Vicepresidente se la baja a un periodo de espera. La Corte Suprema de Justicia era integrada por magistrados electos de una lista enviada por el ejecutivo a los

diputados y al senado. El Consejo de Estado llega a formar parte del Ejecutivo y se subleva a este con el nombre de Consejo de Gobierno. Esta Constitución dura ocho años, se dicta en el gobierno de Vicente Rocafuerte en la Convención de Ambato y es de carácter liberal.

- Constitución de 1843, se da en la Convención Nacional de Quito, tiene una duración de 2 años, de gobierno conservador, es la denominada Carta de la Esclavitud en donde el general Flores trato de mantenerse en el poder modificando la Constitución, al ampliar el periodo presidencial a ocho años (pero que en este caso podrían ser doce por ya encontrarse en el poder) y ser reelecto después de un periodo presidencial (ya contenida en la anterior Constitución), el mismo tiempo para diputados y doce años para senadores, este senado estaba integrado por cinco miembros designados por el mismo presidente los cuales tendrían la tarea de legislar y vigilar al presidente cada cuatro años mientras el congreso se reunía durante la elección del nuevo presidente, es decir en el mismo periodo, cada cuatro años. Muchas atribuciones del poder legislativo pasaban al ejecutivo. Se crea una Comisión Permanente, integrada por cinco senadores, los senadores se elegían mediante sufragio directo. Los Jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales de justicia se vuelven vitalicios y duran el tiempo establecido por su buena conducta. En pocas palabras, se impuso una dictadura con tintes constitucionales. Se vuelve a favorecer a los militares y extranjeros, otorgándoles la ciudadanía si se casaban con una mujer ecuatoriana y tenían un valor mayor de treinta mil pesos en propiedades (como era el caso de Juan José Flores). Se instaura una aceptación limitada de otras religiones aparte de la católica. La sociedad se ve otra vez reprimida, pero ahora legalmente porque todo estaba establecido en la Constitución, y así, haciendo honor a la ya descrita Carta de la Esclavitud.

- Constitución de 1845, se vuelve a un orden jurídico asemejado al de 1835, para ser ciudadano se retoma la edad de 21 años, el Congreso se reúne cada año y designa a los jueces de la Corte Suprema para un periodo de seis años, sin ternas dadas por el Ejecutivo. Se da en la Convención de Cuenca, en el gobierno liberal de Vicente Ramón Roca y tiene una duración de cinco años.
- Constitución de 1851, se da en la Convención Nacional de Quito, bajo el gobierno conservador de Diego Noboa, con una duración de cinco meses, se separa al Consejo de Estado del Poder Ejecutivo dándole las funciones de vigilar el uso correcto de la Constitución y las leyes, se abole la pena de muerte por delitos políticos, se elimina la vicepresidencia, el Congreso vuelve a ser unicameral y se reunía cada dos años.
- Constitución de 1852, bajo el gobierno liberal de José María Urbina, se da en la Convención Nacional de Guayaquil teniendo una duración de nueve años, vuelve a la ideología de la Constitución de 1845, el Presidente y Vicepresidente eran elegidos por las Asambleas Provinciales, integradas por electores, la duración de los jueces de la Corte suprema es de cuatro años.
- Constitución de 1861, se da en la Convención Nacional de Quito, bajo el gobierno conservador de Gabriel García Moreno, tiene una duración de ocho años, esta Constitución es la más representativa después de la de 1835, se basa en la de 1852 y tiene tres aspectos importantes: se elimina el requisito censitario para sufragar (pero se mantiene la capacidad económica para los cargos de Diputado, Senador, Presidente o Vicepresidente y Ministro de Estado), al eliminarse el requisito censitario también se elimina el sufragio por medio de electores por lo que ahora es directo para elegir a sus mandatarios (Congreso, Presidente y Vicepresidente, y Autoridades Seccionales), el número de

Diputados era proporcional al número de cada provincia en su representación y por lo que también se divide en provincias a los departamentos (por lo que se crea Municipalidades provinciales, cantonales y parroquiales).

- Constitución de 1869, se realiza en la Convención Nacional de Quito, en el gobierno de Gabriel García Moreno, tiene una duración de 9 años, llamada la Carta Negra, se impone un orden de desarrollo material (al igual que la obligación de ser católico para ser ciudadano), el mandato presidencial es de seis años con la posibilidad de una inmediata reelección, se suprime la Vicepresidencia por la del Ministro de lo Interior, los senadores ejercían sus funciones por nueve años, y el Congreso se reunía cada dos años. El Presidente tenía amplias atribuciones por el denominado estado de sitio, intervenía en casi todos los nombramientos de la Función Judicial (sus miembros tenían una duración de seis años), las garantías y derechos fundamentales tuvieron muchas restricciones.
- Constitución de 1878, se da en la Convención de Ambato, bajo el gobierno liberal de Ignacio de Veintimilla con una duración de cinco años en la cual se vuelve a la Constitución de 1861 con la variantes de ampliación de los derechos y garantías fundamentales, la Función Judicial reemplazaba al Congreso durante su receso pero éste elegía a sus magistrados con una duración de cuatro años, el Consejo de Estado igualmente es elegido por el Congreso.
- Constitución de 1884, se realiza bajo el gobierno de José Plácido Caamaño con tendencia conservadora, en la Convención Nacional de Quito, y con una duración de casi catorce años, se toma la anterior Constitución de 1878 como base, se elimina la capacidad económica del candidato para ser elegido para las funciones públicas, se dispone que los senadores durarán en su cargo dos años y el cargo de los diputados será por cuatro años,

se instituye nuevamente la vicepresidencia, la reelección de Presidente y Vicepresidente se podrá realizar después de dos periodos (cada uno de cuatro años), la duración de los magistrados de la Corte suprema será de seis años en su cargo.

- Constitución de 1897, algunas normas de esta Constitución encaminaron para la conversión del Estado católico a laico y a la libertad de cultos, se abole la pena de muerte. El Congreso se reúne cada año, y se incluye por primera vez la supremacía de la Constitución dentro del texto constitucional. Se da mediante una Convención Nacional en el gobierno liberal de Eloy Alfaro y esta Constitución tiene una duración de casi 10 años.
- Constitución de 1906, bajo el gobierno de Eloy Alfaro en una Convención en Quito, tuvo una duración de 19 años (con la cual termina el constitucionalismo clásico), se separa a la Iglesia totalmente del Estado, se avanza en el sentido de derechos como es la libertad de conciencia, se prohíbe la prisión por deudas, se suprime nuevamente la vicepresidencia, la formulación de normas es breve y concisa. Esta Constitución es llamada Carta Liberal.
- Constitucionalismo Social: este periodo inicia con la Constitución de 1929 hasta la de 1998, se caracteriza por reconocer derechos sociales y económicos como son el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, la previsión social, entre otros. Dentro de esta etapa se instaura la garantía constitucional del hábeas corpus y el voto femenino. La parte esencial de este periodo es la evolución de los Derechos Humanos incluidos en las distintas cartas constitucionales, y así, la tutela del Estado mediante servicios públicos adecuados en defensa a dichos derechos económicos, sociales, y culturales, diversificados en el trabajo, seguridad social, educación, y salud, ampliando a sus benefactores como es la protección a la familia, a los menores de edad y el avance importante a los derechos de la mujer.

- Constitución de 1929, desarrollada en la Asamblea Nacional de Quito, bajo el gobierno liberal de Isidro Ayora, con una duración promedio de 9 años, en donde por primera vez se anuncian derechos sociales y económicos, se expide el Código del Trabajo (1938), la previsión social, protección a la familia, al matrimonio, a los bienes conyugales, reconocimiento de hijos ilegítimos, la libertad individual, garantía de hábeas corpus (evitar arrestos y detenciones arbitrarias), se da énfasis a la educación separando un presupuesto estatal para la misma (20 % de rentas internas), a la mujer se reconoce derechos políticos y de sufragio, se crean los Consejos Provinciales para control electoral, no se tiene la figura de la vicepresidencia pero se crean normas para el Procurador del Estado y el Ministerio Público, aparece la figura de Contralor y el Superintendente de Bancos. La reelección presidencial se prohíbe pero la de los magistrados de la Corte de Justicia si es permitida con un período de seis años en el poder y elegidos por el Congreso. Es la única Constitución que aminora las atribuciones presidenciales y por tanto se da la destitución de un Presidente en 1933 (Martínez Mera) por parte del Congreso.
- Constitución de 1938, realizada en Asamblea Constituyente Nacional en Quito, asume el gobierno liberal Aurelio Mosquera Narváez quien disolvió dicha asamblea constituyente formada por representantes conservadores, liberales y socialistas, por lo que esta Constitución no llegó a tener una vigencia legal por su falta de promulgación. Se pone en vigencia la de 1906 con algunas reformas.
- Constitución de 1945, creada bajo Asamblea Nacional Constituyente en Quito en el gobierno de José María Velasco Ibarra con una duración de casi dos años, se dice que fue muy adelantada a la época y quizá una de las mejores que se han dictado. El Congreso era unicameral con un período de un año, la Cámara Única se conformaba por veinticinco representantes

funcionales. Aparece una Comisión Legislativa Permanente quien asumirá las funciones del Congreso en sus recesos y podrá dictar decretos-leyes de emergencia económica en participación del presidente de la República y bajo informe de la Comisión de Economía (los cuales podían ser revocados por el Congreso luego de retomar sus funciones). No existe la vicepresidencia de la República, se crea el Tribunal Superior Electoral, el Tribunal de Garantías Constitucionales (reemplaza al Consejo de Estado). Se fija en 18 años la edad para ser ciudadano elector, se enfatizan los derechos económicos-sociales. Se reduce el tiempo de duración de los magistrados de justicia a cuatro años en su cargo.

- Constitución de 1946, en esta carta fundamental se restablece la vicepresidencia de la República quién también será Presidente del Congreso y del Senado (sistema estadounidense), la Constitución se vuelve más conservadora para la actualidad de la época, se reemplaza nuevamente al Tribunal de Garantías Constitucionales con el Consejo de Estado, el voto se torna obligatorio para los varones y facultativo para las mujeres, la fuerza pública se queda apartada del voto, se afirma la Comisión Legislativa y el Consejo Nacional de Economía. Los magistrados de la Corte Suprema eran designados por el Congreso duraban seis años en sus puestos y podían ser reelegidos, mientras los demás duraban cuatro años. Dictada por Asamblea Nacional Constituyente de Quito, bajo el gobierno de José María Velasco Ibarra, con una duración aproximada de 16 años en vigencia.
- Constitución de 1967, realiza por Asamblea Nacional Constituyente, bajo el gobierno de Otto Arosemena, con una duración de la misma de tres años. Esta Constitución poseía una falla (a pesar de estar bien sistematizada), en partes de su texto normativo se legislaba lo que debería estar en las normas inferiores, tuvo 260 artículos, regula a los partidos políticos los cuales debían ser aprobados por el Tribunal Supremo Electoral,

se crea la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica, se abre paso a la consulta popular en forma de plebiscito (referéndum consultivo y facultativo), se torna obligatorio el sufragio por parte de la mujer. El Congreso es bicameral y se reúne dos veces al año. Se designa el 30 % de los ingresos ordinarios del Estado a la educación. Se regula el estado de sitio, se amplía las atribuciones de la Función Jurisdiccional con seis años para los miembros de la Corte Suprema y cinco años para las Cortes Superiores en sus cargos, se retoma el Tribunal de Garantías Constitucionales, se crea la Superintendencia de Compañías. Más derechos y garantías, se incluye la Reforma Agraria. Se establece que de existir un gobierno de facto se lo juzgará cuando todo vuelva a la normalidad y entrará en vigencia esta misma Constitución.

- Constitución de 1978-1979, carta fundamental aprobada en referéndum (consulta popular) en 1978, entró en vigencia el 10 de agosto de 1979 en el gobierno democrático de Jaime Roldós Aguilera, tuvo una duración aproximada de 19 años, el sufragio es universal (pueden votar las personas que no sepan leer o escribir, es facultativo para los analfabetos), para ser candidato se debe estar afiliado a un partido político, el Congreso Nacional es unicameral, el presidente y vicepresidente de la República no podrán ser reelegidos, legisladores con reelección después de un período. El Presidente puede declarar el estado de emergencia sin consulta al Congreso, igualmente contratar empréstitos (deudas externas) apegado a la ley. La Corte Suprema se convierte en Tribunal de Casación y sus integrantes tienen una duración vitalicia, el Tribunal Constitucional también se incorpora.
- Constitución de 1998, realizada en Asamblea Nacional Constituyente en Quito, bajo el gobierno democrático de Fabián Alarcón, la misma que tiene una duración de un poco más de 9 años, surge a consecuencia de una reforma integral de la

Constitución de 1978 realizada por el poder constituyente derivado. Ésta atribuye derechos colectivos a los pueblos indígenas y negros, derechos a la salud de grupos vulnerables, los del consumidor, derechos del medio ambiente. Sistematización de normas en las funciones públicas, sistema unicameral de la función legislativa, creación de bloques legislativos, voto favorable de la cuarta parte del Congreso para el enjuiciamiento político, se indican que materias deben ser reguladas por una ley (reserva de ley), se elimina la segunda vuelta electoral en caso de presidentes y vicepresidentes si los que se encuentren en primer lugar hayan obtenido el 40 % de la votación y además estén sobre los 10 puntos en comparación a los segundos.

- **Constitucionalismo Garantista:** con la finalización de las dictaduras se ha podido entrar en un ámbito democrático (así sea en teoría), en este ámbito se ha tratado de erradicar la pobreza, renovar la institucionalidad del Estado, impulsar la justicia social fortaleciendo los Derechos Humanos y así crear instrumentos que garanticen el goce y ejercicios de los derechos, como lo expresa el artículo 3, primer numeral, de la Constitución vigente del Ecuador en los Deberes del Estado, que nos dice:

“1. Garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 2).

De esta forma nos encontramos dentro de una globalización que nos obliga a caminar junto a ella, y garantizamos cada vez más los Derechos Humanos o Fundamentales necesarios para la dignidad humana.

Por lo que podemos resumir que el Constitucionalismo Clásico introdujo los derechos fundamentales, el Social enriqueció estos y los amplió, para pasar al Garantismo en el cual se ve la efectividad de estos derechos humanos por medio de sus mecanismos instaurados en la Constitución del 2008.

Ahora analicemos en sus características esenciales la última y por lo tanto vigente Constitución del 2008:

Realizada por Asamblea Constituyente en Montecristi (Manabí), aprobada en referéndum del 28 de septiembre del 2008, en el gobierno democrático de Rafael Correa Delgado. Es la más extensa de Latinoamérica, está conformada por 444 artículos, dividido en nueve títulos, 40 capítulos, 93 secciones, 29 disposiciones transitorias, una derogatoria, un régimen de transición y una disposición final; se puso en vigencia el 20 de octubre de 2008, tiene aplicación directa e inmediata en cuanto a derechos humanos, fue dictada con el propósito de que se crearan nuevas leyes que puedan aclararla en cuestiones que no se encuentren especificadas en la Carta Magna y dar sustento a la misma.

Divide los poderes del Estado en cinco que vendrían a ser los tres clásicos y dos funciones nuevas:

- Legislativo, que es la Asamblea Nacional.
- Judicial y Justicia Indígena, que estaría encabezada por la Corte Nacional de Justicia.
- Ejecutiva, representada por el Presidente de la República.
- Función Electoral, integrada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.
- Función de Transparencia y Control Social, administrada por nueve entidades que son la Contraloría General del Estado,

Superintendencia de Bancos y Seguros, Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Telecomunicaciones, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Superintendencia de la Información y Comunicación, Defensoría del Pueblo, y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Esta Constitución reconoce una Asamblea unicameral, que viene a remplazar al Congreso, se basa en el Buen Vivir para garantizar todos los derechos fundamentales, en cuanto a las atribuciones del Presidente de la República surge una polémica en lo establecido a la facultad de disolver a la Asamblea Nacional por la denominada muerte cruzada, con la cual el Presidente de la República también deja su cargo pero con la opción de la reelección, convocando a elecciones para las dos funciones Estatales.

Se tipifica en ella la supremacía de la Constitución, como ya lo habíamos analizado, con su órgano de control que vendría a ser la Corte Constitucional y la cual conocerá sobre las acciones extraordinarias de protección por violación a su debido proceso o a los derechos fundamentales, que se han vulnerado en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, firmes o ejecutoriados. El artículo 429 de la Constitución nos dice, “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de la justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es en la ciudad de Quito.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 123).

1.3.1.3.3. Sistemas de Control de Constitucionalidad en el Ecuador

Doctrinariamente existen dos sistemas de control, el judicial o difuso y el concentrado o europeo, en Ecuador se aplica el sistema latinoamericano que

es el mixto, es decir los dos controles de constitucionalidad más los adicionales referentes a la forma de aplicación. Vamos a revisar los tipos de control de constitucionalidad, en breves rasgos:

- Control de Constitucionalidad por acción de interpretación constitucional, la Corte Constitucional es la única que interpretará la Constitución, con carácter vinculante, por sentencias y dictámenes, más tratados internacionales ratificados.
- Control concreto de constitucionalidad difuso o judicial, realizado por jueces ordinarios de primera instancia y de apelación, con lo cual puede suspender el juicio por violación de una norma jurídica a la Constitución.
- Control de constitucionalidad concentrado o especializado, lo realiza la Corte Constitucional.
- Control de constitucionalidad mixto o híbrido, es la unión de los dos anteriores, así que lo ejerce en la forma establecida con anterioridad.
- Control de constitucionalidad concreto y abstracto, el concreto lo realiza cualquier juez ordinario por ejemplo con la presentación de una acción de protección y el abstracto lo realiza la Corte Constitucional, con la presunción de inconstitucionalidad del primero, al momento de resolver.
- Control de constitucionalidad completo, cuando los titulares de los derechos (personas o colectividades) crean que hubo una violación judicial de sus derechos fundamentales y presenten una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, ya sea ejecutoriada o firme, la Corte Constitucional resolverá mediante control completo y su sentencia será jurisprudencia vinculante en el control concreto.
- Control de constitucionalidad de oficio, normas conexas, lo realiza la Corte Constitucional la cual declarará de oficio si una norma conexas es inconstitucional.

- Control de constitucionalidad de los actos administrativos, conocerá la Corte Constitucional sobre estos actos con efectos generales lo cual si se comprueba los invalidará.
- Control de constitucionalidad de acción por incumplimiento, lo realiza la Corte Constitucional para que se apliquen los actos administrativos y todas las normas de carácter general, cumplimiento de sentencias, o informes de organismos internacionales que no tengan ejecutividad por vías ordinarias.
- Control de constitucionalidad a través de jurisprudencia constitucional vinculante, lo realiza la Corte Constitucional dictando la jurisprudencia vinculante para todas las garantías constitucionales.
- Control de constitucionalidad, conflicto de competencia, la Corte Constitucional decidirá sobre la competencia o atribuciones entre las distintas funciones del estado u órganos integrados en la Constitución.
- Control de constitucionalidad de los Estados de excepción, cuando se suspendan derechos constitucionales deberá de oficio realizar un control inmediato sobre los decretos presidenciales.
- Control de constitucionalidad, incumplimiento de sentencias y dictámenes, igualmente lo realizará la Corte Constitucional sobre el incumplimiento de los mismos y será causal de destitución de los funcionarios públicos que no lo acaten.
- Control de constitucionalidad previo y dictámenes vinculantes de constitucionalidad, sobre preguntas propuestas en las consultas populares, procedimiento de reforma constitucional, dictamen previo de destitución o enjuiciamiento político del Presidente de la República, decreto de disolución de la Asamblea Nacional, abandono del cargo del Presidente de la República, control constitucional preventivo en el caso de aprobación de leyes orgánicas y ordinarias a petición del Presidente de la República, control constitucional reparador por inconstitucionalidad de leyes

aprobadas según los artículos 94, 428, 436 numerales 2, 3, 4, 5, 8, 9, y 10, y 437 de la Constitución de la República, control constitucional mixto lo realiza la Asamblea Nacional al aprobar leyes orgánicas y ordinarias provenientes de la Corte Constitucional.

- Control de constitucionalidad de la inconstitucionalidad por omisión, lo realiza la Corte Constitucional por la inobservancia en forma total o parcial las normas de la Constitución, por parte de los organismos del Estado y dentro del tiempo establecido.
- Control de constitucionalidad de decisiones judiciales, igualmente la facultad es de la Corte Constitucional y por lo tanto realizará este control sobre las acciones extraordinarias de protección, en la que se viole el debido proceso o derechos fundamentales.

CAPÍTULO 2

EL PROCESO LEGISLATIVO

El proceso legislativo nos hace referencia a las etapas que cursa un proyecto de ley ya sea para aprobarlo (y por lo tanto volverse una ley), o en su defecto modificar o derogar una ya existente; por lo que, dependiendo de cómo se presente el proyecto de ley se podrá tener determinado procedimiento.

Existe una contradicción para varios autores en el uso de la palabra proceso y procedimiento en cuanto a la parte legislativa para lo que según palabras de Guillermo Cabanellas se puede diferenciar de Proceso y Procedimiento, ya que Proceso son “las diferentes fases o etapas de un acontecimiento” (Cabanellas, 1962, pág. 391) y Procedimiento es “el sistema o método de ejecución, actuación o fabricación” (Cabanellas, 1962, pág. 390), entonces, podemos deducir que cuando topemos el tema de cómo se desarrollan las diferentes etapas estaremos hablando de un procedimiento legislativo.

Nuestra Constitución de la República nos habla sobre un procedimiento legislativo ya que reglamenta este proceso desde la presentación hasta la aprobación de leyes y normas jurídicas.

Citando nuevamente a Guillermo Cabanellas nos dice que el procedimiento legislativo es “la totalidad de los trámites que sigue una ley desde su propuesta hasta la promulgación” (Cabanellas, 1962, pág. 391).

Mientras, podemos decir que el Proceso contiene al Procedimiento Legislativo, ya que al momento de que surge la necesidad de crear una ley estamos refiriéndonos a un Proceso Legislativo pero cuando entramos a gestionarlo decimos que debemos seguir cierto procedimiento para poder aprobar determinada ley.

2.1. CASOS EN QUE SE REQUIERE DE LA FORMACIÓN DE UNA LEY

La Ley como tal regula a la sociedad bajo su jerárquica superior que es la Constitución de la República, para lo cual se debe conocer en qué casos es aceptable la formación de una nueva Ley y que ella no contravenga a los ideales, derechos fundamentales y garantías que establece su Carta Magna, por lo que, la Constitución de la República (artículo 132) y la Ley Orgánica de la Función Legislativa (artículo 52), nos dicen que la Asamblea Nacional aprobará leyes para:

- Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
- Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
- Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
- Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
- Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
- Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

2.2. PROCEDIMIENTO FORMATIVO DE LAS LEYES

La Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Función Legislativa establecen este procedimiento, el cual vamos a organizar en etapas y a manera de resumen, con preguntas introductorias, vamos a ir explicándolas indicando de que artículo proviene cada manifiesto, así tendremos:

2.2.1. ¿Quién puede presentar un proyecto de ley?

La iniciativa, es la primera etapa dentro de este proceso también llamada proposición, y se toma como la facultad que tienen los proponentes para presentar un proyecto de ley al Poder Legislativo, por lo que el artículo 134 de la Constitución de la república, en concordancia del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa nos dice quienes tienen competencia para hacerlo y nos indica que todos ellos podrán participar en su debate mediante representantes o por ellos mismos, los cuales básicamente son:

- Los asambleístas.
- El Presidente de la República.
- La Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública.
- Los ciudadanos.

Entonces, a manera de síntesis, al preguntarnos quién puede presentar un proyecto de ley, tendríamos que dividir las iniciativas, en cuanto al punto de vista del proyecto de ley, como:

- General: la facultad se determina al Presidente de la República, puede presentarla en cualquier materia y tema para crear, modificar o suprimir impuestos, aumentar el gasto público o en casos determinados cambiar la división política administrativa del país e inclusive en el tema de proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica. La voluntad del Presidente es el único requisito para presentar un Proyecto de Ley, es decir, lo presenta por sí solo.
- Limitada: es la facultad de los asambleístas, pueden presentar proyectos de ley en todos los campos, materias o temas en que no le corresponda al Presidente de la República presentarlos. A diferencia del General, en este se necesita el apoyo de una

bancada legislativa o al menos el cinco por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional. La Bancada Legislativa definida en el artículo 124 de la Constitución nos dice que son un grupo de asambleístas, conformados ya sea de un partido o movimientos políticos, que representen un mínimo de diez por ciento del total de los miembros de la Asamblea Nacional.

- Restringida: la facultad la tienen las demás funciones del Estado que se encuentren en el artículo 134, numeral 4, que son: la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
- Popular: los titulares de esta iniciativa son los ciudadanos, quienes deben estar en el goce de sus derechos políticos, las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo del 0,25 por ciento (1 % en el caso de reforma constitucional) de personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.

El artículo 66 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa nos indica que la iniciativa popular sirve para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas, esta puede ser ante la Función Legislativa o ante cualquier organismo de iniciativa restringida. Podrán participar en los debates, mediante representantes, en donde el órgano de Estado tiene 180 días plazo para emitir una resolución, pasado de ese plazo entrará en vigencia al no haber ninguna respuesta. El Presidente de la República podrá enmendar este proyecto pero no vetarlo totalmente. En el caso de reforma constitucional, la Función Legislativa tiene un plazo de un año, de no cumplirlo, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular.

Como habíamos visto con anterioridad, dentro de la iniciativa general, el Presidente de la República cuenta con dos exclusivas facultades dentro de sus atribuciones para presentar un proyecto de ley, cuando:

- Sean para crear, modificar o suprimir impuestos, aumentar el gasto público o modificar la división política administrativa del país, así lo indica el artículo 135 de la Constitución. El trámite a seguir para este procedimiento será el ordinario.
- La segunda exclusividad es en la presentación de proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica, los que tienen un procedimiento distinto a los anteriores, detallado en el artículo 140 de la Constitución de la República, que nos dice que la Asamblea Nacional tiene la facultad de aprobarlos, modificarlos o negarlos dentro de un plazo máximo de treinta días desde su recepción, el presidente no podrá enviar al mismo tiempo dos proyectos con carácter de urgencia económica (mientras se discute uno) a menos que se haya decretado el estado de excepción. Si después de los treinta días la Asamblea Nacional no se pronuncia se entenderá como aprobado por lo que se promulgará como decreto-ley y se ordenará su publicación en el Registro Oficial. Esta ley se podrá modificar o derogar por la Asamblea según lo previsto en la Constitución por su trámite ordinario, es decir con la creación de una nueva ley.

El trámite a seguir, en primer debate para este procedimiento, se detalla en el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que a manera de resumen nos dice que las Comisiones Especializadas tendrán un plazo de diez días, desde el inicio del tratamiento del proyecto ley, para presentar el informe al Presidente de la Asamblea Nacional, y dentro del mismo plazo se deben tomar en cuenta un mínimo de cinco días para recibir escuchar los argumentos de las personas que se crean afectadas con el mismo. No se podrá emitir el informe en un plazo menor de cinco días.

En segundo debate, la Comisión Especializada analizará las observaciones realizadas por los asambleístas en primer debate. Dentro de cuatro días después del cierre de la sesión del primer debate la Comisión Especializada

debe presentar su segundo informe al Presidente de la Asamblea, con los anexos de todas las observaciones presentadas; este informe se distribuye a todos los Asambleístas. Cuarenta y ocho horas después de la distribución de los informes se convocará a segundo debate en donde se aprobará modificará o negará el proyecto de ley. Se puede aprobar todo o parcialmente el texto, o sino también se lo puede archivar.

Y como ya lo habíamos revisado, después de los treinta días de plazo que tenía la Asamblea para pronunciarse y a pesar de ello no lo haya hecho se tomará como una aprobación y por lo tanto se promulgará como decreto ley para su correspondiente publicación en el Registro Oficial.

2.2.2. ¿Ante quién se presenta el Proyecto de Ley?

El artículo 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa nos dice que todos los proyectos de ley serán presentados al Presidente de la Asamblea Nacional. En el caso de iniciativa popular se puede optar por un intermediario que sería cualquier organismo de iniciativa restringida, el cual presentará la propuesta (si se reúne todos los requisitos) a la Asamblea Nacional.

2.2.3. ¿Cómo se aprueba o no un Proyecto de Ley?

2.2.3.1. La Calificación

El Proyecto de Ley debe pasar por una calificación que la realizará el Consejo de Administración Legislativa.

La calificación es el procedimiento exclusivo del Poder legislativo, es decir, de la Asamblea Nacional, en donde se estudia el proyecto de ley, deliberando acerca de su contenido, su reglamentación y si es procedente o no para su aprobación, modificación o negación.

El máximo órgano de la administración legislativa es el Consejo de Administración Legislativa, según el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por lo que este Consejo revisará si se cumplen con las formalidades de la iniciativa y aparte de ello con los requisitos establecidos en el artículo 136 de la Constitución de la República y artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que vendrían a ser:

- Referirse a una sola materia.
- Exposición de los motivos y el articulado que se propone, incluyendo los artículos que se derogarían o se reformarían.
- Que se cumpla todo lo establecido dentro de la iniciativa para la presentación del proyecto de ley.

Si no cumple con estos requisitos, el proyecto de ley no será calificado, ahora si es calificado, el Consejo de Administración Legislativo impondrá la prioridad del mismo y designará a una Comisión Especializada para que realice el trámite correspondiente, la Secretaría General del Consejo de Administración Legislativa emitirá al Presidente de la Comisión Especializada una Resolución en donde conste la fecha de inicio de la misma. El Consejo de Administración legislativa tiene un plazo de sesenta días para la contestación motivada, sobre la resolución, a los proponentes del proyecto de ley.

2.2.3.2. Primer Debate

En este sentido el artículo 137 de la Constitución de la República, en sus dos primeros incisos nos detalla su procedimiento, en el que el presidente de la Asamblea Nacional ordenará que se distribuya el proyecto, mediante su secretaría, a los asambleístas dentro de las 24 horas después de adoptada, se difunda públicamente su extracto y se envíe el proyecto de ley al Consejo de Administración Legislativa para que designe una comisión e iniciar su trámite.

Inmediatamente después de iniciado el proceso por parte de la Comisión Especializada se debe difundir públicamente el contenido de la misma en la página web oficial de la Asamblea Nacional.

El Presidente de la Comisión Especializada pondrá en conocimiento público el inicio del tratamiento del proyecto de ley, en donde tiene un plazo máximo de 45 días para presentar un informe detallado (con observaciones) a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de estos 45 días se debe tomar en cuenta por lo menos 15 días para que los ciudadanos que se crean afectados sus derechos con ese proyecto de ley puedan exponer sus argumentos a la Comisión Especializada.

Se podrá pedir una prórroga de 20 días, bajo criterio del Presidente de la Asamblea, si la Comisión Especializada no alcanzare a realizar el informe, el mismo ya finiquitado será distribuido a todos los asambleístas para su discusión pudiendo ponerlo dentro de cualquier sesión como orden del día.

Mediante convocatoria de la Presidenta o Presidente de la Asamblea se tomará como orden del día el primer debate en el Pleno de la Asamblea, se presentarán las observaciones correspondientes por escrito hasta tres días después de finalizada la sesión. Este primer debate solo es para conocimiento de todos los asambleístas, no existe votación alguna, a menos que se quiera archivar el proyecto ley para lo que se necesitaría la mayoría absoluta de la votación de los asambleístas.

2.2.3.3. Segundo Debate

La Comisión Especializada tiene cuarenta y cinco días para analizar las observaciones después del cierre de la sesión de primer debate, luego deberá entregar un segundo informe al Presidente o Presidenta de la Asamblea para que convoque a segundo debate y se entregue a las y los asambleístas una copia del mismo. Para la entrega del informe también se podrá pedir una

prórroga que podrá ser concedida por la Presidenta o presidente de la Asamblea.

En este segundo debate se puede aprobar en parte o íntegramente el texto del proyecto de ley, así mismo se podrá archivar.

2.2.3.4. Sanción u Objeción del Presidente de la República, Promulgación y Publicación

El Presidente de la República puede aprobar u objetar total o parcialmente un proyecto enviado desde la Asamblea Nacional (para lo cual realizará un informe fundamentado en su decisión), en el caso de no existir ningún pronunciamiento durante treinta días de presentado al Presidente de la República, el proyecto de ley se mandará a promulgar y publicar en el Registro Oficial.

Si se objeta totalmente, la Asamblea Nacional lo podrá volver a presentar después de un año desde la fecha de la objeción, y así en único debate aprobarlo con las dos terceras partes de los asambleístas para publicarlo en el Registro Oficial.

Si se objeta parcialmente se deberá presentar el texto alternativo y fundamentado, la Asamblea Nacional lo estudiará por el plazo máximo de treinta días, después se podrá allanar en todo o en parte (enmendarlo con el voto mayoritario de los asistentes) o se podrá ratificar en el texto presentado inicialmente con las dos terceras partes de sus miembros. En ambos casos se enviará el proyecto para su publicación en el Registro Oficial.

Si pasado los treinta días y la Asamblea no se pronuncia en su decisión, el Presidente de la República enviará a promulgarlo y después a publicarlo en el Registro Oficial.

Si la objeción del Presidente de la República es por inconstitucionalidad, sea parcial o total, se requiere de dictamen de la Corte Constitucional en el plazo de treinta días, si es confirmada la totalidad de la inconstitucionalidad se archivará, si es parcial será devuelto a la Asamblea Nacional para que haga los cambios necesarios, estos cambios se aprobarán en único debate y se enviarán al Presidente de la República para que lo sancione. Si la Corte dictamina que no hay inconstitucionalidad se promulgará y publicará en el Registro Oficial.

Para la promulgación de una ley o decreto, el artículo 5 del Código Civil, nos dice que ninguna persona se obliga a cumplir una ley sin que se haya realizado el procedimiento de su promulgación, en el cual, el Presidente de la República ordenará la inscripción en el Registro Oficial y su fecha de promulgación será la de inscripción en dicho registro. Para la promulgación de leyes, decretos y acuerdos para la defensa militar, considerados como secretos, este registro se hará en los talleres gráficos del Ministerio de Defensa Nacional mediante edición y numeración exclusiva determinada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; en caso de que sea para la Policía Nacional se hará en los talleres gráficos adscritos al Ministerio de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades con edición y numeración exclusiva por orden del Ministro de Gobierno y pedida por el Consejo Superior de la Policía Nacional. La responsabilidad de tenencia y conservación de esta clase de promulgaciones estará a cargo del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a la vigencia de inicio de una ley, tenemos que referirnos al artículo 6 del mismo Código Civil Ecuatoriano, que estipula que toda ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial, por lo que se entenderá conocida por todos y obligatoria, sin embargo, se podrá poner un plazo oficial para que entre en vigencia después de su promulgación.

2.2.4. ¿Cuál es el procedimiento para proponer una ley orgánica de conformación de una región autónoma?

Como lo establece el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa:

La iniciativa la tienen los gobiernos provinciales, ellos elaborarán una ley de regionalización para proponer una nueva conformación territorial de la región y el estatuto de autonomía regional.

La Asamblea después de 120 días deberá aprobar este proyecto, si no lo hace se considerará aprobado, en caso de negarlo, y por lo tanto archivarlo, necesitará los dos tercios de sus miembros.

El Proyecto de Estatuto lo revisará la Corte Constitucional en 45 días plazo, si no existe pronunciamiento se lo entenderá como aprobado.

Se convoca a una consulta popular para que las personas que habiten en la nueva región de su punto favorable con la votación por el estatuto regional, la cual será aprobada con su mayoría absoluta, después de esto se convocará a elecciones de sus autoridades y representantes.

Para la formación de los cantones en distritos metropolitanos se seguirá el mismo trámite.

2.3. DE LA DEROGACIÓN, DESUSO E INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES

2.3.1. Derogación de Leyes

La derogación de una ley es dejar sin efecto su normativa, bajo fundamentos de necesidades sociales, económicas y políticas, el organismo con la competencia de este procedimiento será la Asamblea Nacional. En la mayoría

de casos solo se puede derogar una ley o parte de ella con la vigencia de una nueva, los siguientes artículos del Código Civil nos hablan de ello:

- El artículo 37, nos dice que hay dos tipos de derogación, expresa y tácita, la primera cuando una nueva ley dice que deroga a una antigua y la segunda cuando la nueva ley tiene disposiciones que no pueden conciliarse con la anterior. En cualquiera de estos dos tipos la derogación puede ser total o parcial.
- El artículo 38, por su parte habla sobre la derogación tácita y nos dice que deja vigente las leyes anteriores que no tengan pugna con las disposiciones de la nueva ley.
- El artículo 39 nos dice que ninguna ley general y posterior a una especial va a derogar a la anterior a menos de que lo exprese.

Ahora, hablando de la doctrina existe la subrogación de leyes, que consiste en la sustitución de un cuerpo legal por uno nuevo, aparte de ello existe la reforma, enmienda o modificación, que consisten en cambiar solo una parte de la ley o norma jurídica, trámite dado por la elaboración de otra ley para poder derogarla en el caso de leyes.

2.3.2. Desuso de Leyes

El Desuso de leyes, es algo común que se da en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no se actualizan algunos artículos en cuanto al avance de la sociedad, entonces por ser caducas se configuran como inadecuadas e inapropiadas para poseer fuerza legal y por lo tanto se derogan tácitamente con la promulgación de una nueva Ley que esté acorde a la normativa y sociedad actual.

2.3.3. Inconstitucionalidad de Leyes

Para que una ley sea constitucional debe pasar por algunos requisitos de forma y fondo, la forma es como debe ser dictada por órganos competentes, pasar por algunas reglas para su aprobación y promulgación; y el fondo nos hace alusión a que toda ley debe estar encuadrada a todos los valores, principios y reglas generales de la Constitución y así no contradecir sus derechos fundamentales.

Si no se consideran esos dos requisitos mencionados, de forma y fondo, la ley es inconstitucional.

El artículo 428 de la Constitución nos habla sobre las normas jurídicas contrarias a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos (que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución) al decir que un juez puede pedir de oficio o de parte que la Corte Constitucional en un plazo no mayor a 45 días resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma jurídica, para lo que la causa se suspenderá hasta la resolución de constitucionalidad de la norma jurídica. Pasado el tiempo otorgado para el estudio y pronunciamiento de la Corte Constitucional y aún no dictada sentencia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Por lo que en todos los casos de presunción de inconstitucionalidad de una norma jurídica habrá que volver a estudiar lo ya analizado sobre los Sistemas de Control de Constitucionalidad (Capítulo Primero de esta Tesis) y así determinar su tipología.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE SU ARTICULADO

Tal como se expresa en el título, este capítulo es un análisis de la Ley en cuestión pero sin detenimiento en la parte crítica del mismo, lo cual lo haremos en el siguiente capítulo denominado “Conclusiones” para finalmente determinar soluciones en el subsiguiente capítulo nombrado “Recomendaciones”.

A este tercer capítulo lo vamos a dividir en dos grandes esquemas, el primero dedicado al estudio de la parte formal de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y el segundo al fondo de la misma, así tendríamos:

3.1. ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE FORMA

En esta parte vamos a tratar todo lo concerniente al ámbito constitucional en su sentido formal, es decir, su formación como ley, desde su presentación hasta su promulgación.

3.1.1. En cuanto a los requisitos de calificación del proyecto de ley

La Constitución de la República del Ecuador establece, en su artículo 136, los requisitos para que la ley sea calificada, el primero de ellos estipula que el proyecto de ley debe referirse a una sola materia, su fundamento viene del principio de unidad de materia, el cual no se puede vulnerar, si se lo hiciera se estaría negando la supremacía de la Constitución, la transparencia, la garantía al debido proceso y por lo tanto creando una inseguridad jurídica en contra posición a las normas constitucionales.

Este principio de unidad de materia ha sido base en muchas jurisprudencias colombianas, por lo que vamos a citar una parte de ellas, en el siguiente orden de sentencias:

- Sentencia C-501-01

“El principio de unidad de materia tiene la virtualidad de concretar el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta. Permite que la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. Esa conexión unitaria entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento. Con ello se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquellas que fueron debatidas y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo. De este modo, al propiciar un ejercicio transparente de la función legislativa, el principio de unidad de materia contribuye a afianzar la legitimidad de la instancia parlamentaria.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 2001, pág. 3).

- Sentencia C-025-93

“Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse

inexequibles si integran el cuerpo de la ley.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 1993, pág. 34).

- Sentencia C-133-12

“A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 2012, pág. 2).

Entonces podríamos decir que el proyecto de ley puede referirse a algunos cuerpos normativos si es que guarda relación lógica, conexas y coherente con el tema principal.

El tema principal de esta ley es la defensa de los derechos laborales, que se encuentran expresados en siete artículos, una disposición general, dos disposiciones transitorias, y una disposición reformativa.

El primer artículo tiene connotaciones de procedimiento civil, derecho societario, derecho civil, derecho constitucional, y derecho laboral. En el

segundo artículo nos podemos referir a materias de derecho tributario, derecho de procedimiento civil, y de principios constitucionales. El artículo tercero se refiere a materia laboral, societaria, y tributaria. El cuarto, quinto, y sexto artículo son netamente laborales con incidencia constitucional. El séptimo artículo tiene solo incidencia civil como tal.

La motivación del proyecto es su segundo requisito, la cual se expone en función de una conflictividad laboral, condiciones precarias de los trabajadores, remuneraciones injustas, pago inoportuno de utilidades y décimos sueldos, e incumplimiento de pagos a razón de las prestaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Y el último requisito es acerca de la iniciativa, en este caso se hace referencia a la iniciativa general, la del Presidente de la República, como ya lo hemos analizado en su capítulo pertinente, que en este caso se realiza mediante el carácter de urgencia en materia económica.

3.1.2. En cuanto al carácter de urgencia en materia económica

La iniciativa del Presidente de la República estuvo bajo su atribución de proponer un proyecto ley calificado de urgencia en materia económica, como lo estipula el artículo 140 de la Constitución, el cual debe ser aprobado, modificado o negado por la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de 30 días, por lo que se entregó para su análisis a la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, luego se envió el primer informe al Presidente de la Asamblea para convocar a primer debate, después se analizó las observaciones realizadas y se presentó el segundo informe para convocar a segundo debate, mediante el cual la ley fue aprobada con sus respectivas modificaciones, se entregó al Presidente de la República quien objetó parcialmente la ley aprobada y para seguir con el trámite correspondiente se devolvió a la Asamblea Nacional, al no haber un

pronunciamiento (allanándose o ratificando el texto) por parte de la Asamblea Nacional el proyecto de ley se promulgó como ley decreto y se publicó en el Registro Oficial.

Analicemos un poco las características de un proyecto que se involucra netamente en una urgencia de materia económica, la doctrina nos dice que una ley de carácter económico es aquella que designan un desarrollo monetario, social, de distribución de riqueza, cambio o creación de un sistema económico nuevo. Por su parte una ley con carácter de urgente es aquella que si no se la aplicara en ese momento pudiera llegar a desestabilizar a un país y por lo tanto dañar a toda su sociedad.

3.2. ESTUDIO DEL ARTICULADO, FONDO O FUNDAMENTACIÓN DE LA LEY

En este apartado es importante revisar cada uno de los temas que se involucran en los distintos artículos de la presente Ley en estudio, para una mejor comprensión los hemos organizado en ocho ámbitos del derecho en los cuales redactaremos la norma jurídica o artículo como tal y luego procederemos a su determinado análisis.

3.2.1. Jurisdicción Coactiva Ampliada

El primer tema a analizar nos inmerge en el primer artículo de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, exactamente a su primer párrafo, el cual citamos a continuación:

“Artículo 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley,

incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

Para poder hablar de jurisdicción coactiva primeramente deberíamos hablar de jurisdicción, para lo cual el artículo 1, en su primer párrafo, del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano nos dice que es “el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.” (Código de Procedimiento Civil, 2009, pág. 1).

El Código de Procedimiento Civil define el objeto de la jurisdicción coactiva en su artículo 941, al decir que “El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento...” (Código de Procedimiento Civil, 2009, pág. 139). Por lo que asignamos este procedimiento a todas las instituciones del Estado con jurisdicción coactiva, como son el IESS; SRI; BNF; CFN; CONELEC; ANT; Banco del Estado; Ministerio de Economía y Finanzas; Ministerio de Turismo; Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero; Contraloría del Estado; Corporación de Seguros de Depósitos; Instituciones y Organismos de Educación Superior Públicos; Gobiernos regionales, provinciales, distritales y cantonales; Superintendencias; Aduanas; y, demás empresas e instituciones públicas especificadas en sus leyes orgánicas.

En cuanto al principio de subsidiaridad, nos dice que todo problema (en este caso económico) debe ser solucionado por la autoridad competente más

cercana a la materia, que sería aplicable en contra de todos los obligados por Ley y no solo del obligado principal, inclusive a los herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. O en cuanto a la responsabilidad subsidiaria nos explica que no solo tiene responsabilidad los empleadores y representantes sino que se podrá ir en contra de los socios para el cobro de deudas en relación a los trabajadores.

El artículo 1270 del Código Civil, nos dice que “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 208).

Ahora analicemos el abuso de la personalidad jurídica, en donde estipula que en caso de existencia de defraudación, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad de la persona jurídica, es decir llegar hasta los representantes naturales y sus propiedades, se formula con relación a las denominadas empresas fantasmas o de papel, inclusive al testaferrismo (en donde una persona suplanta a otra, engañando a una tercera persona con su identidad ya sea natural o jurídica, generalmente por un pago monetario), por lo que el Código Integral Penal especifica el delito de defraudación en su artículo 186, numerales 3, 4, 5, y sus dos siguientes párrafos, al estipular:

- “3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.” (Código Orgánico Penal Integral, 2014, pág. 31).

El artículo 17 de la Ley de Compañías también hace referencia al fraude producido por una persona jurídica en detrimento de otra, al decirnos que “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes lo ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,
3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.” (Ley de Compañías, 2011, pág. 5).

Así mismo en el artículo 30 de la Ley de Compañías dice que los socios serán responsables solidaria y penalmente por los contratos declarados nulos por establecimiento ilegal de una compañía o si se hicieron negociaciones distintas al objeto de la compañía. El artículo 31 da la facultad para que se embarguen las utilidades (en existencia de la empresa) y acciones (en liquidación) de los socios por parte de los acreedores pero haciendo hincapié en que no son susceptibles de embargo las participaciones comprendidas en el capital social,

refiriéndose a la compañía de responsabilidad limitada, por lo que el artículo 92 del mismo texto legal nos dice que este tipo de compañía solo responde por las obligaciones hasta el monto de sus aportaciones individuales, al igual que el artículo 114 en su numeral c de ésta misma ley. Los socios de una Compañía de Responsabilidad Limitada solo responderán de forma solidaria e ilimitada por la falta de publicación e inscripción del contrato social, de acuerdo al artículo 115 numeral f. Los accionistas de compañías anónimas serán responsables solidaria e ilimitadamente por las obligaciones que se contrajeren para constituir la compañía, ante los acreedores serán responsables en la medida de que hayan recibido pagos de la compañía con infracciones determinadas en la Ley de Compañías, mencionado en el artículo 220, pero no será aplicable si lo recibieron de buena fe y como participación de los beneficios.

3.2.2. Medidas Precautelares en Acción Coactiva

En cuanto a este tema debemos analizar los dos párrafos siguientes del ya analizado en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, los cuales nos indican:

“Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

Ahora analicemos cuando se ejecutan medidas precautelares dentro de un procedimiento de coactivas y cuales son:

Las medidas precautelarias dentro de un procedimiento coactivo se dan después de emitido el auto de pago y siempre y cuando los deudores no haya pagado antes, eso quiere decir que la deuda debe ser líquida, determinada y de plazo vencido para que se pueda acceder a una medida precautelaría. Al hablar de medidas precautelarias nos vamos a dirigir directamente a la doctrina ya que el artículo no especifica cuáles son, por lo que estamos refiriéndonos al arraigo (prohibición de ausentarse del país), la retención o la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, aun a responsables solidarios, representantes legales o en general a todos los obligados por la ley. El embargo es tomado por la doctrina y las normas jurídicas pertinentes como medida precautelar solo dentro de una acción coactiva, porque lo que busca es que se pague la deuda, y el deudor puede pagarla hasta antes de la fecha del remate.

3.2.3. Ineficacia de la Tercería Excluyente en lo Tributario

Para este análisis necesitamos citar el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, el cual estipula:

“Artículo 2.- Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercería excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal de lo Contencioso Tributario así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del

embargo.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

La tercería excluyente se refiere a la intervención de una tercera persona en un juicio, en este caso en un procedimiento coactivo, este tercer interesado reclama ser el dueño del bien en cuestión que se tomó como medida precauteladora para el pago de una deuda pendiente, este tipo de tercería suspendía el procedimiento coactivo hasta que se resolviera el dominio del bien embargado o de preferencia del recaudador podrá embargar otro bien del deudor si lo hubiese para continuar con el procedimiento, a manera de resumen de lo estipulado en el artículo 960 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora el proceso solo se podrá suspender si se encontrara ilegítimo el embargo, es decir, por culpa o falta de motivación del recaudador que embargó el bien en base a una presunción de que ese mueble o inmueble pertenecía en su total dominio al deudor.

3.2.4. Determinación de Utilidades en relación al Impuesto a la Renta

Recién en este tema nos encontramos con algo realmente laboral, con excepción del último artículo que ya será estudiado. El pago de las utilidades es la obligación anual que tiene el empleador con sus trabajadores que es el resultado de un proceso económico en el que reciben un porcentaje del 15 por ciento de la utilidad de la empresa, dividida de la siguiente manera: 10% para todos los trabajadores, y el 5% se divide en un porcentaje proporcional entre los que tengan cargas familiares.

Pero ahora, revisemos el artículo en cuestión de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales:

“Artículo 3.- En el Artículo 104 del Código del Trabajo, añádase el inciso siguiente:

En todos los procesos que siga el Servicio de Rentas Internas, que se hayan iniciado para la recaudación de tributos, se deberá notificar a las respectivas autoridades de trabajo, con la determinación de las utilidades, información que servirá como base para las decisiones administrativas y/o jurídicas, que en lo posterior realicen dichas autoridades.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

En el Ecuador no ha existido un avance importante en cuanto al reparto de utilidades, en el gobierno de Lucio Gutiérrez se quiso eliminar este aporte de utilidades a los trabajadores, en el 2005 se tomó una iniciativa en la que se repartía las utilidades a manera de bonos o becas, después bajo el gobierno de Alfredo Palacio se repartió en un máximo de 5% y en relación a una variable de productividad.

Al respecto la Dra. Graciela Monesterolo Lencioni, nos dice que:

“La actual Constitución, por su parte, niega a los trabajadores de las empresas en las cuales el Estado tiene aportación mayoritaria, el derecho a seguir participando de las utilidades” (Monesterolo Lencioni, 2013, pág. 243) y en otros casos limitando estas utilidades como lo hace la Ley de Minería con un restante pagado al Estado.

En cuanto a los dos primeros incisos del artículo 104 del Código del Trabajo nos dice que:

“Para la determinación de las utilidades anuales de las respectivas empresas se tomarán como base las declaraciones o liquidaciones

que se hagan para el efecto del pago del impuesto a la renta.” (Código del Trabajo, 2009, págs. 27-28), abreviando, para dar certeza del monto de las utilidades, el Director Regional del Trabajo podrá pedir las fiscalizaciones e investigaciones realizadas por el SRI y verificadas por el representante de los trabajadores.

3.2.5. Extensión del Periodo de Lactancia

El artículo 4 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales otorga un derecho más extenso a las madres lactantes, el cual lo expresa de la siguiente manera:

“Artículo 4.- Sustitúyase el tercer inciso del Artículo 155 del Código del Trabajo, por el siguiente:

“Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

Conforme a este artículo se clasificaría a esta jornada como ordinaria especial de menor duración, esta denominación se hace doctrinariamente por la eliminada modalidad de trabajo por horas, el artículo al cual sustituye señalaba que las empresas que no cuenten con guarderías infantiles, tendrán la obligación de otorgar, durante los nueve meses siguientes después del parto, el beneficio de seis horas diarias de trabajo a la madre del lactante pero estas horas se distribuían por medio del contrato colectivo, del reglamento o por acuerdo de las partes.

3.2.6. Beneficio a favor de los Trabajadores Domésticos

Estamos en la época del Garantismo Constitucional y Derechos Humanos, ya lo analizamos en páginas atrás, por lo que toda norma jurídica que vaya en menoscabo de lo establecido en esta tipología, es retrograda. En este punto se deroga un artículo y se instituye otro, estudiemos su normativa:

“Artículo 5.- Derógase el Artículo 269 del Código del Trabajo.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

El artículo enunciado es referente al descanso y vacaciones que tenían los empleados domésticos, con breves palabras, tenían un día de descanso y cada dos semanas de servicio. Los que ya llevaban más de un año de servicio interrumpido y en una misma casa podían acceder a una vacación anual de quince días con remuneración.

La Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales y en pertinencia con esto, expide:

“Artículo 6.- Añádase el siguiente artículo innumerado después del Artículo 268 del Código del Trabajo:

Art.- A los empleados y trabajadores domésticos se garantizará los mismos beneficios de cualquier otro trabajador en general, debiendo sus jornadas de trabajo y descanso ser de cinco días a la semana o sea cuarenta horas hebdomadarias y los días sábados y domingos serán de descanso. Si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

Tomemos la definición de Jorge Vásquez López, al decir que el servicio doméstico “consiste en la ejecución de actividades en el domicilio del empleador... Además al doméstico se le puede albergar en la casa del empleador o fuera de ella” (Vásquez López, 2013, pág. 61).

El artículo 262 del Código del Trabajo nos hace mención de que su fin no es el lucro más si el aprovechar de la morada y lo que no esté establecido en el contrato se entenderá como lo previsto en la costumbre, su edad mínima es de quince años.

3.2.7. Abuso del Derecho (Código Civil) - Definición

En este apartado, se da una definición sobre el abuso del derecho por lo que se lo incluye en el Código Civil, repasemos el artículo:

“Artículo 7.- Añádase un Artículo innumerado a continuación del Artículo 36 del Código Civil, que diga lo siguiente:

Art.- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 6).

Ahora analicemos lo que nos dice la doctrina, según Máximo Pacheco, “El hombre debe conducirse según la ley de su ser y de su vocación de persona... en consecuencia... él usa mal o abusa de sus derechos cuando los utiliza para fines inmorales, para su propio mal o para el mal de otros hombres.” (Pacheco G., 1990, pág. 147).

Vamos a revisar tres teorías que nos lleven a comprender esta noción legal:

- Teoría Finalista de los Derechos Subjetivos, Raymond Saleilles y Francois Géný son los mayores exponentes de la misma, y describen que el abuso del derecho se produce cuando no cumple su función social y su finalidad específica.
- Esta Segunda Teoría va a los motivos por los cuales actuó el titular, Louis Josserand, nos explica que hay que llegar a saber que lo impulsó a realizar el fin, si lo que llevó a conseguir el fin está conforme a Derecho entonces es legítimo y si no lo está se configura el abuso del derecho subjetivo, pues es injusto e incorrecto.
- Esta Tercera Teoría la integran Henri Capitant, George Ripert y otros, ellos establecen que primero solo se puede aplicar a una materia determinada por principios delictuales y cuasi delictuales en el ámbito civil, por lo que se lo considera como acto ilícito; si su titular lo realiza dolosamente se configura el abuso al derecho, así sea llevado a cabo por un acto de descuido. No existe abuso del derecho cuando el individuo realiza un acto sin dolo o culpa.
- El Absolutismo de los derechos son aquellos que la ley los reconoce y que se pueden aplicar a libre albedrío, si un tercero sale afectado con la acción de este, no se genera ninguna responsabilidad ya que está haciendo todo dentro de lo que la ley le permite. Entonces si se ejerce su derecho no tiene por qué ofender a otro, porque se encuentra dentro de sus límites, de su derecho.
- El Relativismo por el contrario a todo lo referente al absolutismo lo ve como inmoral por no tener limitaciones, por lo que lo defienden diciendo que siempre va a haber un derecho que choque con otro y por lo tanto límites, por lo que si se descuidan del objeto del derecho y no lo ejercitan adecuadamente van a lesionar el derecho de otra persona, por eso existe la frase anónima de que “tus derechos empiezan donde terminan los míos”.

3.2.8. Afiliación Extemporánea al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado, como lo consagra el artículo 34 de la Constitución. De aquí que esta Ley, en su Segunda Disposición Transitoria, da la oportunidad exclusiva a que “los empleadores que no hubieren afiliado a sus trabajadores con relación de dependencia en los últimos tres años (así no mantengan una relación laboral en la actualidad) puedan hacerlo dentro del plazo de seis meses contados desde la expedición de esta Ley sin ser sujetos de sanción alguna. Consecuentemente deberán pagar los valores correspondientes de aportación patronal y del trabajador, más el interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, sin recargos por multas, incrementos adicionales o de cualquier naturaleza, pero sin perjuicio de la responsabilidad patronal que se genere.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 7).

La otra disposición transitoria se refería al pago de las deudas que se tenían con los trabajadores de los casinos, párrafo segundo, en donde constaba que, “[...] el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales, de manera excepcional y por esta única ocasión, previo informe sumario, con liquidación y resolución efectuados por el respectivo Director Regional del Trabajo de la jurisdicción correspondiente, procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar”. (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 7).

El valor adeudado por los empleadores (dueños de los casinos), lo asume el Ministerio de Relaciones Laborales pero con la facultad de repetir contra ellos mediante procedimientos coactivos, los cuales iniciaron sesenta días después de la aprobación de esta ley. Igualmente hace extensiva esta facultad para los deudores del IESS.

Se añadió también por disposición reformativa un tercer inciso en el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, que dice:

“Esta disposición se entenderá, sin perjuicio de lo señalado en el primer inciso del Artículo 96.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012, pág. 7).

CAPÍTULO 4

CONCLUSIONES

Luego del pertinente análisis a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales es casi moralmente obligatorio plasmar el aspecto crítico – jurídico a manera de resumen y su influencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Lo que nos da la facilidad de dividir en los mismos apartados que en el capítulo tercero para obtener una mejor entendimiento.

4.1. ESTUDIO CONSTITUCIONAL

4.1.1. En cuanto a los requisitos de calificación del proyecto de ley.

En cuanto a la unidad de materia, esta ley se refiere a materia Laboral, Constitucional, Tributaria, Civil, Societaria, y de Seguridad Social, desarrolladas en sus distintas normas jurídicas como son: Constitución de la República, Código del Trabajo, Código Tributario, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley de Compañías, Ley de Seguridad Social y Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Con esta razón se debió haber modificado su contenido para que no exista una inseguridad jurídica y un debido proceso en la formación de leyes, pero a pesar de eso, la Asamblea Nacional no propuso cambios para unificar las materias y se guardó su pronunciamiento a la objeción parcial del ejecutivo.

El artículo primero solo hace hincapié de los derechos laborales en su último párrafo, de allí es una norma dirigida totalmente a otros ámbitos del Derecho. El segundo artículo no tiene nada que ver con los derechos laborales, ya que no especifica que solo es inaplicable la tercería excluyente cuando se trate de pagos no realizados a los trabajadores sino que lo hace en manera general y para cualquier otra deuda. El tercer artículo si tiene una connotación laboral para defensa del derecho de los trabajadores a recibir las verdaderas

utilidades. Los artículos 4, 5, y 6, son los artículos que representan a esta ley, los únicos que tienen directa incidencia en la materia laboral. El último artículo poco o nada se relaciona con la materia laboral ya que es netamente civil y se debe estudiar por separado, dando importancia al Código Civil para que lo incluya.

En conclusión, esta Ley no cumple con el principio de unidad de materia y por lo tanto tiene una grave violación constitucional por omisión del artículo 136 de la Constitución de la República en cuanto a referirse a una sola materia.

La motivación, a nuestro parecer, está bien realizada y no vamos a poder negarla ya que se refiere estrictamente al campo laboral y defiende muchos derechos que se habían quedado relegados por la costumbre y ahora involucrándolos nuevamente a la justicia, al buen desenvolvimiento en consecuencia de los principios y derechos fundamentales.

En cuanto a la iniciativa todo se dio según lo constitucional, por la iniciativa general realizada por el Presidente de la República y dentro de sus atribuciones, ahora será de analizar si esa ley en verdad tiene el sentido de urgente en materia económica.

4.1.2. En cuanto al carácter de urgencia en materia económica

Teniendo claro el resumen de criterios acerca de una ley de carácter económico y urgente, podemos decir que la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales no entra en ninguno de los dos campos, ya que las dos características son de aplicación general, lo económico solo es influenciado al aspecto de Derecho Laboral y lo urgente no es inminente ya que solo es dedicado a minorías detalladas en su articulado, a pesar de que sus tres primeros artículos, hoy en día, se apliquen sin discreción a todas las ramas del derecho.

Ahora, nos queda una duda, por su carácter de urgencia en materia económica, el artículo 140 de la Constitución de la República nos dice que tendrá el mismo trámite ordinario en cuanto a la presentación, discusión y aprobación, más no de la objeción o sanción del Ejecutivo, ya que en el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa termina con la aprobación del proyecto ley, queda la duda o vacío jurídico por el cual el Presidente de la República deba modificar nuevamente el contenido legal si él fue el que presentó por su propia iniciativa, a más de no cumplirse con principios constitucionales de economía procesal, celeridad, eficacia, y simplicidad; a nuestro criterio sería entrar en un plano de hiperpresidencialismo en el cual toda garantía constitucional se volvería facultad del poder ejecutivo para consignar todas las funciones dentro de una hegemonía.

4.2. ESTUDIO DEL ARTICULADO, FONDO O FUNDAMENTACIÓN DE LA LEY

4.2.1. Jurisdicción Coactiva Ampliada

Por lo expuesto en la parte analítica, podemos darnos cuenta de que la jurisdicción coactiva está mal llamada, ya que los funcionarios administrativos a los cuales se les da la facultad para seguir dicho cobro de deudas por trámite coactivo no ejercen jurisdicción al no tener las atribuciones de los jueces; pero podemos decir que es cierta competencia otorgada de los jueces para la recaudación de haberes públicos, pero en sí no es una auténtica jurisdicción, por eso sería mejor definirlo como procedimiento administrativo de coactivas que se rige por medio de sus leyes orgánicas, estatutos o reglamentos, como lo indica el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil, el que regulará a falta de alguna norma jurídica no estipulada, y por lo tanto las leyes orgánicas, sus estatutos y reglamentos no podrán contradecir a las del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 168 de la Constitución en su numeral 3, nos habla sobre el principio de la unidad jurisdiccional, el cual no permite que se desempeñen funciones de administración de justicia ordinaria por las demás instituciones del Estado, por lo que volvemos a recalcar que la facultad otorgada a los funcionarios administrativos es demasiado amplia y no cabe constitucionalmente.

En cuanto a los terceros implicados, se aplica el principio de subsidiaridad en el cual se atribuye a su autoridad más competente para solucionar un determinado asunto, en este caso el cobro de acreencias no solo a los deudores principales sino que también a los obligados por ley, aparte de que no solo se da la facultad para el cobro de deudas laborales sino de todo índole.

Se puede generar una interpretación errónea por los funcionarios administrativos con respecto a las personas que de no aceptar la herencia se vean involucrados en pagos de deudas futuras, al estipularse que se incluye a los herederos mayores de edad que no hubieran aceptado la herencia con beneficio de inventario, por lo que existe una confusión entre repudiar y aceptar, el beneficio de inventario es una forma de aceptación, está mal redactada la norma, debería ser los herederos mayores de edad que hayan aceptado la herencia sin beneficio de inventario.

Hay normas jurídicas que no se deben regular o extra regular, ya que están representadas en sus verdaderos textos legales, y bien redactadas, como es lo enunciado anteriormente, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, la aceptación total o el repudio. Incluso en el Código Civil, en su parte pertinente, ya se estipula que si se acepta una herencia sin el beneficio de inventario, el heredero absorberá todas las acreencias como deudas que haya tenido el testador.

Como podemos analizar, existe una total ambigüedad de conceptos los cuales hacen que este primer párrafo cause una inestabilidad jurídica con un inminente trastorno legal.

En un punto de aceptación de este primer párrafo, del artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, tenemos que mencionar la inclusión el delito de defraudación, y por fin soñar en detener un problema que cada vez se agravaba; pero ahora regresemos otra vez a la realidad, y nos preguntamos en si se debía incluir en una ley netamente laboral un delito penal con implicaciones en contra del derecho fundamental a la propiedad, la Ley de Compañías es reiterativa en que no se puede ejercer una responsabilidad solidaria e ilimitada, los socios solo son responsables hasta el monto en que hayan incurrido personalmente en participación de la infracción, ilimitadamente serán responsables en temas anteriores a la constitución, publicación e inscripción del contrato social, por lo que creemos que los avances que tiene el derecho en cuanto a regular de una manera efectiva algunos delitos, se borra totalmente por la violación a la constitución y por omitir el principio de publicidad en una ley que quizá podía rescatar muchos derechos laborales. Ahora debemos suponer que las normas jurídicas contrarias a esta Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales quedan derogadas tácitamente, obviamente si es inferior en nivel de jerarquía.

Se vulnera la institución jurídica de una sociedad, de una persona jurídica que se establece en el Código Civil, artículo 1957, segundo inciso “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 314). Es que no es de casualidad que se tipifique en algunas normas la misma protección a los miembros de determinada compañía, es un principio universal de culpabilidad, con el vivimos cotidianamente, nos hacemos responsables en la medida en que proporcionamos el daño, muchas personas que quizá no tenían conocimiento de lo que se realizaba en la compañía se verán involucradas o peor aún personas que recibieron como herencia acciones de esa compañía fraudulenta y a la semana entra en proceso coactivo, ¿tendrán que responder con sus bienes? No por el bien de unos pocos se puede desequilibrar un sistema jurídico ya establecido.

4.2.2. Medidas Precautelares en Acción Coactiva

Como habíamos visto los funcionarios administrativos no tiene la jurisdicción para determinar dentro de un procedimiento de coactivas la mala fe o no de una persona en torno al dominio de una propiedad, ya sea que existan indicios o sea de conocimiento público, esa facultad solo la tiene un auténtico juez, no un mal denominado juez de coactivas.

El embargo de un bien bajo estas características para luego continuar con su procedimiento de remate es totalmente inconstitucional, así se motive o justifique por cualquier causa, se está violando el derecho a la presunción de inocencia, para el cual también se está omitiendo su debido proceso y si faltaba más se está dejando de lado al derecho a legítima defensa; inclusive vamos aún más allá, que pasa con la carga de la prueba, el supuesto dueño es al que le imputan la defraudación y hasta debe demostrar que no es así, en contra de todo principio penal, en el cual si no se puede comprobar (en juicio) que es culpable se lo declarará inocente por la máxima de in dubio pro reo. Ahora, si se quiere verificar el hecho de la deuda entonces el sujeto pasivo que viene a ser el contribuyente debe rectificar la deuda o probar la inexistencia de la misma.

El último párrafo tiene una connotación más legal, atribuyendo a los jueces del trabajo la ejecución de sentencias dictadas por medio de la jurisdicción coactiva, ya se da por lo menos un debido proceso, aunque en su primera línea aún atribuye a las autoridades del trabajo (funcionarios administrativos) la misma facultad que los jueces.

4.2.3. Ineficacia de la Tercería Excluyente en lo Tributario

Nuevamente nos encontramos en la cuestión de presunción de inocencia, y volvemos a que a pesar de ser materia de estudio laboral (a momentos tributaria y en otros dependiendo de lo que quiso expresar el Poder Ejecutivo,

incluso en materia sucesoria) como se expide esta ley, la carga de la prueba reside en el sujeto activo, es decir, en el recaudador o funcionario administrativo, imputando al sujeto pasivo al cometimiento del delito de defraudación.

Para que la garantía de presunción de inocencia se pueda invalidar se debe probar lo contrario, como lo establece el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República al decirnos que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 26).

Es verdad que muchas personas jurídicas son creadas con el fin de obtener beneficios mediante la aplicación del delito de defraudación, incluso las personas naturales mediante el testaferrismo, pero no por eso se va a atentar a todo un ordenamiento jurídico, invalidando los derechos fundamentales como es el derecho a la propiedad, plasmado en el artículo 66 de los derechos de la libertad, numeral 26, en el que se reconoce y garantiza a las personas “el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21), por lo que no hay forma de que una Ley se interponga a la Carta Magna, todo un proceso democrático – constitucional, por lo menos en teoría, carecería de su eficacia y su tutela efectiva.

Ahora, si logramos demostrar que el bien es de nuestra propiedad con una sentencia otorgada por parte del Tribunal de lo Contencioso de lo Tributario (ya mal inclinada la carga de la prueba), ¿qué obtenemos si ya fue rematado, si el dinero ya fue entregado, quién nos repara el daño, acaso el Estado va a tomar la responsabilidad objetiva de resarcir el daño causado mediante una indemnización?

4.2.4. Determinación de Utilidades en relación al Impuesto a la Renta

El aspecto de cruce de información entre empresas públicas para la fiscalización y control de las garantías, derechos y principios constitucionales inalienables son la mejor respuesta de un Estado Constitucional de Derechos, como hemos analizado en anteriores capítulos, ahora la evolución de esa historia vincula de una manera inseparable al Derecho, que mediante sus organismos públicos facilita la información específica, en este caso de las utilidades, aprovechando las atribuciones de otra para beneficio común, obteniendo un sistema eficaz, con celeridad y simplicidad de actos.

Ahora, lo importante de todo cruce de información es que sea tratado con el mayor sigilo de todos, que no se vuelva una forma de perseguir políticamente a opositores del gobierno y más que todo que sea un mecanismo de Defensa Laboral, que es para lo que se creó, garantizando el justo pago de las utilidades a los trabajadores.

La Constitución garantiza el derecho a la información con responsabilidad ulterior para que cada ciudadano se sienta libre de acceder a la información (excepto en los casos establecidos por ley) generada en entidades públicas, privadas que manejen fondos del estado, y la parte más importante de este artículo 18 es la que expresa que ninguna entidad pública se negará a facilitar esta información si algún derecho fundamental ha sido vulnerado.

La diferencia o el efecto legal que conlleva este nuevo párrafo es que ya no se realizaría por petición al SRI las investigaciones y fiscalizaciones que hayan realizado a las empresas por el cobro de tributos, ahora el SRI tendrá la obligación de notificar cualquier desfase en el pago de las utilidades para que la autoridad del trabajo competente disponga pagar a los trabajadores las utilidades faltantes o sancione a dichas empresas.

El Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales implementa de una manera más exacta y comprensible el artículo en cuestión, el artículo 61, en su tercer y cuarto incisos, nos expresa:

“Cuando el Servicio de Rentas Internas, luego del proceso de determinación, informe a la o el Director Zonal de Trabajo o a la o el Inspector de Trabajo, que existe una diferencia por concepto de utilidades, la Autoridad de Trabajo competente, dispondrá que en el plazo de setenta y dos horas, la empresa o el empleador o la empleadora pague a sus trabajadoras o trabajadores las utilidades no repartidas. Si no se cumple con esta disposición, la o el Director Zonal de Trabajo, podrá sancionar con el duplo del monto determinado por el concepto de utilidades a favor de las y los trabajadores.

Las utilidades en el caso que la empresa o la o el empleador no les pague, serán para su reconocimiento demandadas por la o el trabajador solo en sede judicial ante los jueces competentes.” (Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales, 2014).

De esta forma se ha redactado bien la norma jurídica y se ha determinado sanciones en caso de que no se cumpla con el pago de las utilidades. De esta manera podemos afirmar que no es cuestión de expedir una Ley con tintes de urgencia económica sino de aprobar una ley bien redactada y que sea en beneficio de un bien común sin atentar derechos fundamentales.

4.2.5. Extensión del Periodo de Lactancia

Determinada esta facilidad y preservando el empleo digno tipificado en la Constitución por las normas del Buen Vivir el artículo 33 establece:

“El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado

garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”

Por lo que se está otorgando garantías en cuanto a la salud de ambos seres humanos, al reconocimiento de dignidad de la persona, a su integridad, y a la protección a la persona tutelada por el Estado por ser la familia núcleo integrante del mismo.

Al sustituir el anterior párrafo por este nuevo periodo de lactancia se estaría eliminando la opción de elegir el horario de la jornada de lactancia por parte del empleador, así como conservar los 12 meses del periodo de lactancia sin importar de que la empresa en donde trabaja posea más de 50 trabajadores y deba tener obligatoriamente una guardería. Se da una mayor jerarquización a los derechos sociales y por ende una debida categorización al núcleo de la sociedad, la familia.

En el Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales se toma en cuenta el mismo texto colocándolo en el artículo 227, se agrega un último inciso que establece:

“Esta licencia no podrá, bajo concepto alguno, ni aún por parte de las partes compensarse en dinero o acumularse” (Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales, 2014).

También se elimina la obligación de tener guarderías dentro de la empresa, se trata de contratar centros especializados en donde se pueda brindar esos servicios.

4.2.6. Beneficio a favor de los Trabajadores Domésticos

El presente ámbito debía ser modificado con mayor premura, es importante crear una sociedad en la que no exista vulneraciones referentes al principio de igualdad, al de no discriminación laboral, al trabajo estable, al respeto de la dignidad, a una vida decorosa, todos ellos normas jurídicas primordiales dentro de nuestra Constitución pero que no fueron ocupadas en beneficio de algunas personas por no tener su adecuada legislación.

Aun así, el artículo integrado al Código del Trabajo no es suficiente, aún se estable en su normativa puntos débiles que ya no deberían estar vigentes, como por ejemplo en la imposibilidad para el trabajo, estipulada en el artículo 270, nos dice que si por el largo servicio como empleado doméstico quede inhabilitado de trabajar no se podrá despedirlo y lo conservará; un tratamiento inadecuado para una persona, y no es el único caso, si revisamos el 266 del mismo Código del Trabajo, tipifica que el empleado doméstico, bajo su opinión, no podrá retirarse del trabajo si causa incomodidad o perjuicio al empleador, aún están considerados como esclavos por el texto legal, en estos momentos es cuando más nos debemos hacer la pregunta: ¿Cuánto tiempo más se podía otorgar a esta Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, por parte del Legislativo, para también incluir artículos sustitutivos a estas normas que aparecen en una misma hoja de la que se derogó y añadió? ¿O acaso solo es una Ley disfrazada con mayores intereses de por medio? Sea cual sea la respuesta el nuevo Código del Trabajo, que está en proceso de aprobación, debe ajustar todas éstas discriminaciones establecidas legalmente.

En capítulos anteriores estudiamos las leyes en desuso y aquí encontramos un claro ejemplo, los derechos que se otorgaba a los empleados domésticos eran parecidos a los de un esclavo solo que con una mayor jerarquía, pero como habíamos visto, estas leyes en desuso solo se derogan con una nueva que la suplante por estar dentro de la lógica actual por lo que el artículo 6 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales solo deroga el ámbito de

las vacaciones mas no toda su estructura legal. Expresa que a los empleados y trabajadores domésticos se garantiza los mismos beneficios de cualquier otro trabajador en general, pero de beneficio a derecho hay una diferencia abismal, beneficio en su definición general se refiere a una mejora, a una ganancia, y derecho ya sabemos que es toda facultad que posee cada ser humano y que se adapta a cada sistema jurídico.

En el Proyecto del Código de Relaciones Laborales se cambia radicalmente la concepción de “empleado doméstico”, se le atribuye derechos como a todo trabajador y se tipifica en el artículo 174 la norma jurídica pertinente en relación a las vacaciones y descanso, estableciendo que:

“Las y los trabajadores domésticos gozarán de los mismos días de descanso y vacaciones que tienen derecho las y los trabajadores en general.” (Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales, 2014).

4.2.7. Abuso del Derecho (Código Civil) - Definición

- Antes de refutar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de este artículo, veamos un poco a que se refiere, como lo podríamos analizar sin muchas complicaciones, sin tantas teorías.
- Primeramente, hay que diferenciar lo moral con lo legal, al abuso del derecho no le importa lo moral, solo la limitación de hasta dónde y por qué de la acción para conseguir el fin en base a lo legal.
- Para eso definamos el abuso del derecho, a nuestra consideración, es la mera inobservancia de la ley producida con ánimos de crear un mal mayor a una tercera persona, y con efectos desestabilizantes a un ordenamiento jurídico preestablecido.
- Ya entendido su significado podemos concluir que dentro de los derechos subjetivos absolutos nunca va a haber el abuso del

derecho, mientras que, en los relativos ya depende de cómo se determine la acción (generalmente siempre va a estar atado a un abuso por el criterio del otro individuo).

- Un ejemplo de derecho subjetivo absoluto y en que no se podrá abusar del mismo, haga lo que se haga dentro de todo su derecho, es la facultad de designar a un individuo o como se quiera dentro de su libre disposición de mejoras en un testamento.
- Ahora sí, revisemos el artículo pertinente, a nuestro parecer su definición y alcance es muy amplio, la extensión en cuanto a su afectación se la mide con el daño causado a una tercera persona, la cual no menciona, solo hace hincapié al ordenamiento jurídico, por lo que podemos darnos cuenta de que no fue hecha para defender los derechos laborales de las personas, sino que encaja perfectamente con los artículos 1 y 2, que no debieron haberse publicado en esta Ley.
- Habla de fines del ordenamiento jurídico, según que doctrina, no delimita su incidencia por lo que cualquier persona podría ser parte de un proceso de indemnización por transgredir un derecho subjetivo, o mejor, refiriéndonos directamente a la causa de su creación a una defraudación legal por no tener limitada su responsabilidad o gravedad en la afectación a otro, e inclusive vulnerando la presunción de inocencia en el caso de embargo de un bien atribuido por “público conocimiento”.

4.2.8. Afiliación Extemporánea al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)

Esta facultad ya está caduca, tenía un plazo de seis meses desde que se expidió la Ley en análisis, pero es bueno conocerla en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que por parte se cumplieron garantías que tenían que ser tuteladas por el Estado el mismo que dio solución pagando las deudas a los trabajadores

y otorgando un tiempo de gracia para que los empleadores inscriban a los trabajadores que no lo hicieron.

CAPÍTULO 5

RECOMENDACIONES

Las directrices para las recomendaciones han sido elaboradas de acuerdo a lo estudiado en la presente Tesis y como una forma de dar posibles soluciones a las falencias encontradas en la misma, a continuación expresamos las mismas en cuanto a su tema y a su recomendación:

- Nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que como norma jurídica suprema tiene a la Constitución de la República, en el cual muchas veces su norma suprema es interpretada bajo propios beneficios del gobierno, no se debe utilizar la reforma de la Constitución para solventar posiciones políticas que a la final ocasionarán una inestabilidad jurídica.
- La Consulta Popular no se debe volver en un mecanismo de generación de leyes, para eso existe un procedimiento ya determinado y personas supuestamente aptas para legislar, por lo que si se quiere presentar una ley, sea por cualquiera de las cuatro iniciativas, se debe fundamentar y buscar el beneficio común (no solo de sectores minoritarios) y en base al ordenamiento jurídico, no se puede vulnerar los derechos, principios y garantías constitucionales.
- La Consulta Popular de mayo de 2011 dio la facultad de que el ejecutivo mediante Decreto 873 cerrara todos los establecimientos dedicados al juego de azar, de esta manera con la expedición de esta Ley en cuestión, pagó a todos sus trabajadores las liquidaciones e indemnizaciones (a quienes hayan estafado o sus empleadores se hayan ido del país) inclusive de los establecidos ilegalmente, cerrando su ciclo en febrero de 2013, se debe razonar en que esta medida no debió ser tomada ya que el Estado a pesar de tutelar los derechos fundamentales de la ciudadanía también

debe pensar en que existe un debido proceso, se debió organizar una contienda legal colectiva (dependiendo de sus empleadores) para obtener el pago de las indemnizaciones y liquidaciones, no de la forma que lo hizo, a manera de un Estado Paternalista en el cual por capricho defiende de una manera inconstitucional a sus llamados hijos, si el gobierno quiso tutelar esos derechos pues entonces debe ser un control en que todos los trámites se realicen con la mayor eficacia y celeridad, solo así estaremos hablando de democracia. Aparte de que existen personas que protestan de supuestos pagos hechos inequívocamente a otros y otros a quienes no se les reconoció tales pagos.

- Se debe analizar el procedimiento de formación de leyes por iniciativa general y en referencia a la calidad de urgente en materia económica, de tal forma que exista una sentencia interpretativa de parte de la Corte Constitucional para evitar la inseguridad jurídica en cuanto a la existencia o no de la sanción u objeción ejecutiva después de segundo debate, en función del principio de economía procesal, de simplificación, eficacia, y celeridad.
- En lo correspondiente a los herederos se debería redactar que incluye a los herederos mayores de edad que aceptaron la herencia sin el beneficio de inventario, y no de la manera estipulada, ya que se genera confusión interpretativa, en cuanto a que, así no se haya aceptado la herencia se generaría la obligación de pago.
- De igual forma debería existir una sentencia interpretativa en cuanto a la jurisdicción coactiva, determinando si es un error en cuanto a forma de la denominación o si se está atribuyendo a los funcionarios administrativos la facultad de tutela judicial.
- Para la realización de futuras leyes sea cual sea la iniciativa se debe pensar en las repercusiones legales no solo a corto plazo o para lo que se expidió la ley y mucho más si no se limitan las facultades otorgadas en su articulado.

- Ahora, en cuestión directa a solucionar este desbalance legal creado por la Ley en estudio existen dos soluciones, una que se puede realizar por cualquier ciudadano en el goce de sus derechos, y otra que se debería generar desde la Función Legislativa, que creemos que va a ser lo más prudente apelando a su sana crítica y a la supuesta futura aprobación del Proyecto del Código de Relaciones Laborales.
- La primera es presentar una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional para que ejerza su control en base a los artículos 1, 2, y 7 por su forma y en cuanto al fondo de los artículos 1 y 2 (tanto forma como fondo fue analizado y criticado en los capítulos 3 y 4, lo cual se podría ocupar para generar esta demanda, más las jurisprudencias existentes relacionadas a los temas desarrollados).
- La segunda, por tratarse de una ley aprobada como ley decreto (o por el llamado Ministerio de la Ley) y estar catalogada con el carácter de urgente en materia económica, la Asamblea Nacional podrá modificar en cualquier momento su contenido con el trámite ordinario ya establecido, por lo que se recomienda presentar un proyecto de ley derogatorio, de carácter expreso, a la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales motivada igualmente por las inconstitucionalidades de forma y de fondo que se encuentran en la misma o en su procedimiento de formación, vulnerando así el principio de unidad de materia, publicidad, transparencia, derechos de propiedad privada, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho a la defensa, y todos los demás analizados en esta tesis para no crear una inseguridad jurídica. En cuanto a los artículos de pertinencia laboral, que vendrían a ser el 3, 4, 5, y 6, se deben aprobar en el Código Orgánico de Relaciones Laborales (que se encuentra en procedimiento legislativo y establece esas normas en su texto,

afortunadamente bien redactadas) para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.

- En todo caso, luego de su derogatoria, los temas incluidos en los artículos 1 y 7, se deberían discutir e implementar luego de un correcto análisis dentro de la Ley de Compañías y el Código Civil (en los aspectos que concordamos como es la defraudación por parte de personas jurídicas y el concepto desarrollado de abuso del derecho.
- A manera de guía se incluye un proyecto de ley derogatorio en su parte reglamentaria (a manera didáctica incluyendo normas dentro del Código del Trabajo actual):

PROYECTO DE LEY DEROGATORIA A LA LEY PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Artículo 1.- Inclúyase en el artículo 104 del Código del Trabajo los siguientes incisos:

“Cuando el Servicio de Rentas Internas, luego del proceso de determinación, informe a la o el Director Zonal de Trabajo o a la o el Inspector de Trabajo, que existe una diferencia por concepto de utilidades, la Autoridad de Trabajo competente, dispondrá que en el plazo de setenta y dos horas, la empresa o el empleador o la empleadora pague a sus trabajadoras o trabajadores las utilidades no repartidas. Si no se cumple con esta disposición, la o el Director Zonal de Trabajo, podrá sancionar con el duplo del monto determinado por el concepto de utilidades a favor de las y los trabajadores.

Las utilidades en el caso que la empresa o la o el empleador no les pague, serán para su reconocimiento demandadas por la o el trabajador solo en sede judicial ante los jueces competentes.”

Artículo 2.- Sustitúyase el tercer inciso del artículo 155 del Código del Trabajo, por los siguientes.

“Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.

Esta licencia no podrá, bajo concepto alguno, ni aún por parte de las partes compensarse en dinero o acumularse.”

Artículo 3.- Derógase los artículos 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, y 270 del Código del Trabajo.

Artículo 4.- Añádase el siguiente artículo innumerado dentro del Capítulo I (Del Servicio Doméstico) del Título III (De las Modalidades del Trabajo) del Código del Trabajo:

“Art.- Las relaciones laborales del trabajo doméstico se regulan por las normas comunes a la o del trabajador en general.”

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA: Deróguese la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales publicada en el Registro Oficial No. 797 del 26 de septiembre del 2012.

SEGUNDA: Deróguese todas las normas de igual o menor jerarquía que se opongan o contradigan lo dispuesto en la presente Ley Derogatoria.

Artículo Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a...

- Al final de los anexos se ha agregado un ejemplo de acción de inconstitucionalidad, igualmente a manera académica, para tener en claro y en forma resumida la demanda a plantearse.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París, Francia.
- Atienza, M. (1998). *Introducción al Derecho*. Madrid, España: Editorial Fontamara.
- Ávila, R. (2008). *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bidart, G. (2009). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bobbio, N. (1990). *Estado, Gobierno y Sociedad*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bustamante, C. (2013). *Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho Usual* (Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba.
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho Usual* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omega.
- Castillo, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una Teoría General*. Lima, Perú: Ediciones Palestra.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Civil. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código del Trabajo. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Penal Integral*. (2014). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- De Otto, I. (1999). *Derecho Constitucional: Sinstema de Fuentes*. Barcelona, España: Ariel.
- Decreto Ejecutivo 873 (09 de septiembre de 2011).
- Díaz Roca, R. (1997). *Teoría General del Derecho*. Madrid, España: Tecnos.
- Ferrajoli, L. (2001). *La Democracia Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Ferrajoli, L. (Abril de 2002). Positivismo Crítico, Derechos y Democracia. *Revista Isonomía*, 10.
- García, L. (1998). *Resumen de Geografía, Historia y Cívica*. Quito, Ecuador: Andino.
- Jaramillo, D. (2003). *La Ciencia y Técnica del Derecho*. Loja, Ecuador: Imprenta del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.
- Ley de Compañías. (2011). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de la Función Legislativa. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. (2012). Quito, Ecuador: Nacional.
- Linde Paniagua, E. (2002). *Constitucionalismo Democrático*. Madrid, España: COLEX.
- Maquiavelo, N. (2004). *El Príncipe*. Madrid, España: EDAF.
- Monesterolo Lencioni, G. (2013). *Instituciones de Derecho Laboral Individual*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Monroy Cabra, M. (2006). *Introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Oyarte Martínez, R. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Fondo Editorial.
- Pacheco G., M. (1990). *Teoría del Derecho*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Ponce, F. (2000). *Derecho Constitucional General*. Potosí, Bolivia: Editorial Publicidad Marketing.

- Proyecto del Código Orgánico de Relaciones Laborales.* (2014). Quito: Asamblea Nacional.
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-025-93 (Sala Plena 04 de febrero de 1993).
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-025-93 (Sala Plena 04 de febrero de 1993).
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-501-01 (Sala Plena 15 de mayo de 2001).
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-133-12 (Sala Plena 29 de febrero de 2012).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, 0014-2002-AL/TC (Tribunal Constitucional del Perú 10 de diciembre de 2002).
- Torré, A. (2001). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Perrot.
- Trujillo, J. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Vásquez López, J. (2013). *Derecho Laboral Práctico*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Villoro, L. (1966). *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

ANEXOS

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que el Presidente Constitucional de la República, en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 104 de la Constitución de la República del Ecuador, en estricto apego a las normas constitucionales y legales del país, mediante Oficio No. 5715-SNJ-11-55 de 17 de enero de 2011, presentó ante la Corte Constitucional, el pedido de dictamen para proceder a la convocatoria a Consulta Popular, con el fin de enmendar la Constitución de la República y preguntar al pueblo ecuatoriano temas de vital interés para la nación;

Que luego de admitido a trámite el pedido indicado, la Corte Constitucional determinó dos procesos diferenciados, uno para asuntos constitucionales, y otro para temas generales;

Que agotado el trámite de control constitucional previo, la Corte Constitucional emitió su decisión, declarando la constitucionalidad formal condicionada de la Consulta Popular, conforme consta de los Dictámenes Nos. 001-11-DRC-CC y 001-DCP-CC-2011 de 15 de febrero de 2011;

Que cumpliendo con los dictámenes mencionados en el párrafo inmediato anterior, mediante Decreto Ejecutivo No. 669, publicado en el Registro Oficial No. 399 del 9 de marzo del 2011, se dispuso convocar a Consulta Popular al pueblo ecuatoriano;

Que el pueblo ecuatoriano, en su calidad de mandante y titular de la soberanía, ha decidido, mediante Consulta Popular llevada a cabo el 7 de mayo del 2011, de forma mayoritaria, **prohibir** el establecimiento de negocios dedicados a los **juegos de azar** tales como casinos y salas de juegos;

Que en virtud de la voluntad del pueblo ecuatoriano enunciada con anterioridad, resulta necesario reglamentar un régimen de transitoriedad con la finalidad de que los negocios dedicados a los juegos de azar, practicados en casinos y salas de juegos, den por terminadas sus actividades cumpliendo con todas sus obligaciones, sean estas civiles, tributarias, laborales, entre otras;

Que mediante oficio No. MT-2011-1626 del 6 de junio del 2011, el Ministerio de Turismo hace la siguiente consulta al Procurador General del Estado: *“¿Es procedente o no que el Ministerio de Turismo continúe con el otorgamiento del registro de Turismo o permisos a los Casinos y salas de juego (bingo-mecánicos), a propósito de los procedimientos*

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

administrativos que se encuentran en trámite, observando el mandato de la consulta popular de 7 de mayo de 2011, constante en la pregunta 7?”;

Que el Procurador General del Estado mediante Oficio No. 02932 del 22 de julio del 2011, absuelve la consulta indicada en el párrafo inmediato anterior, determinado, entre otras cosas, que “(...) *no es procedente que el Ministerio de Turismo otorgue registro de turismo a nuevos casinos y salas de juego, aún cuando los procedimientos para ello se hubieren iniciado con anterioridad a la publicación de los resultados oficiales de la consulta popular, pues aquello constituiría incumplimiento por parte de esa Cartera de Estado, de su obligación de acatar los resultados oficiales sobre la pregunta 7 de la consulta popular de mayo 7 de 2011, relacionada con la prohibición de los juegos de azar con fines de lucro.*”;

Que, así mismo el Procurador General del Estado mediante Oficio No. 2936 de la misma fecha, absuelve la consulta del Ministerio de Turismo contenida en el Oficio No. MT-2011-1981 de 6 de julio de 2011, determinando, entre otras cosas, que “(...) *no es procedente que el Ministerio de Turismo continúe con el otorgamiento de nuevos registros de personas naturales o jurídicas para la fabricación y ensamblaje, comercialización e importación de equipos, máquinas tragamonedas, repuestos y sus accesorios destinados a los casinos y salas de juego (bingo – mecánicos), aún cuando los procedimientos administrativos para obtener tal registro se hubieren iniciado con anterioridad a la publicación de los resultados oficiales sobre la pregunta 7 de la consulta popular de mayo 7 de 2011, relacionada con la prohibición de los juegos de azar con fines de lucro.*”;

Que el inciso final del artículo 106 de la Constitución dispone que, el pronunciamiento popular respecto a un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato “*será de obligatorio e inmediato cumplimiento*”; y,

En ejercicio de sus facultades conferidas por el número 13 del artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador y la letra f) del artículo 11 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva,

Decreta:

**EL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS JUEGOS DE AZAR
PRACTICADOS EN CASINOS Y SALAS DE JUEGO**



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto Ejecutivo, todos aquellos establecimientos dedicados al juego de azar, tales como casinos, casas de apuesta, salas de juegos, entre otros, cesarán sus actividades; salvo aquellos que se encuentren en hoteles de lujo y primera categoría y además cuenten con registro vigente del Ministerio de Turismo.

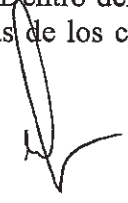
También cerrarán inmediatamente sus puertas y terminarán sus actividades, los casinos o las salas de juego que funcionaban sobre la base de recursos de amparo, protección y otros recursos constitucionales y legales, los cuales quedaron *ipso iure* sin efecto a partir del mandato popular.

Artículo 2.- Para el caso de casinos ubicados dentro de los hoteles de lujo y primera categoría, o en locales que tengan acceso directo o desde los hoteles formando una sola unidad turística, así como para el caso de las salas de juego (bingo –mecánicos) que se dediquen exclusivamente al juego mutual de bingo, que cuenten con registros vigentes y autorizados por el Ministerio de Turismo para su funcionamiento, tendrán el plazo máximo improrrogable de hasta seis meses, contados a partir de la publicación del presente Decreto Ejecutivo en el Registro Oficial, para el cese de sus actividades de negocio o comerciales y consiguiente cierre de sus establecimientos.

Artículo 3.- El plazo indicado en el artículo anterior, tiene como única y exclusiva finalidad que las personas naturales o jurídicas propietarias o administradoras de los casinos y salas de juego (bingo –mecánicos), acatando las normas vigentes, realicen los trámites pertinentes para el respectivo cierre de sus instalaciones y además cumplan con sus obligaciones contraídas o que se generen por motivos del mencionado cierre.

En el caso de los pagos de indemnizaciones por despido intempestivo que se realicen a los trabajadores que laboren en los casinos y salas de juego (bingo –mecánicos) producto de los cierres, las personas naturales o los representantes legales de las personas jurídicas propietarias o administradoras de estos, no tendrán derecho para pedir repetición al Estado, ni indemnización alguna.

Artículo 4.- Dentro del plazo determinado, las personas naturales o jurídicas propietarias o administradoras de los casinos y salas de juego (bingo – mecánicos), a los que se refiere el



RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

artículo 2 del presente Decreto Ejecutivo, deberán cumplir con todas las obligaciones que hubiesen contraído, sean estas: laborales, tributarias, civiles, entre otras.

Artículo 5.- La SENAE prestará las facilidades del caso, para que las personas naturales o jurídicas dueñas de los establecimientos que se encuentren a la fecha debidamente registradas en el Ministerio de Turismo, reexporten las mesas de ruleta, punto y banca, poker, black jack, bacará, mini bacará, bacará plus, craps (dados), Texas Holdem, máquinas de juego mecánicas, electromagnéticas o electrónicas, única y exclusivamente si hubieren cumplido con las obligaciones establecidas en el artículo anterior.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: El Ministerio de Turismo y el Ministerio del Interior, así como las demás instituciones competentes, coordinarán las acciones del caso con el objeto de velar por el cumplimiento del contenido del presente Decreto Ejecutivo, y continuarán realizando las respectivas labores de control.

SEGUNDA: El Ministerio de Relaciones Laborales ofrecerá, a los actuales trabajadores de aquellos establecimientos dedicados al juego de azar, que por el presente Decreto Ejecutivo den por terminadas sus actividades de negocio o comerciales, cursos de capacitación; adicionalmente, a través del registro de dichos trabajadores en la Red Socio Empleo, se permitirá el vínculo entre la oferta y demanda laboral para facilitar su inserción laboral.

TERCERA: Queda prohibida la importación de toda clase de bienes relacionados con las actividades de casinos y salas de juego (bingos -mecánicos).

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

El Ministerio de Turismo, dentro del plazo de 15 días contados a partir de la vigencia del presente Decreto Ejecutivo, emitirá las normas correspondientes para el funcionamiento de los establecimientos determinados en el artículo 2, las cuales deberán referirse exclusivamente al control y a la terminación de la actividad en el Ecuador.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA: Deróguense expresamente las siguientes normas legales:

1. El Reglamento de Casinos y Salas de Juego (bingo-mecánicos), contenido en el Decreto Ejecutivo No. 815, publicado en el Registro Oficial No. 248 del 9 de enero del 2008;
2. Las Normas Técnicas de Casinos y Salas de Juego (bingo-mecánicos), contenidas en el Acuerdo Ministerial No. 20080033, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 392 de 30 de julio del 2008; y,
3. La Resolución No. 590 de 29 de octubre del 2010 emitida por el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI.

SEGUNDA: Deróguense todas aquellas normas de igual o menor jerarquía que contravengan con las disposiciones dictaminadas en el presente Reglamento.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Decreto Ejecutivo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Palacio Nacional, a 9 de septiembre de 2011



Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA



Freddy Ehlers Zurita
MINISTRO DE TURISMO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
MEMORANDO No. PAN-FC-012- 158

PARA: DR. ANDRÉS SEGOVIA S.
Secretario General

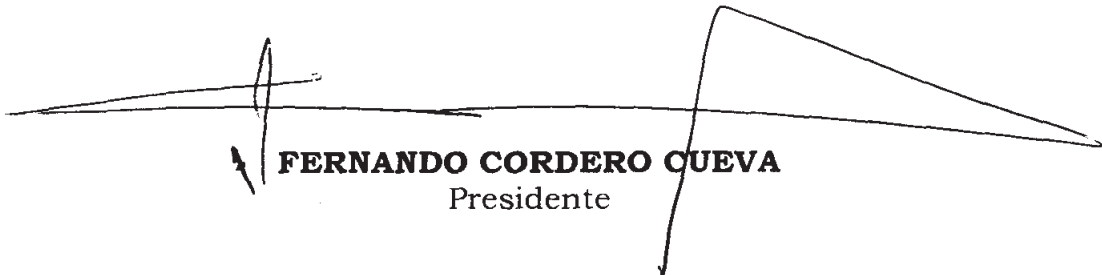
DE: ARQ. FERNANDO CORDERO
Presidente

ASUNTO: Difundir proyecto

FECHA: Quito, 03 JUL. 2012



Señor Secretario, según lo dispuesto en el Art. 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, entrego el proyecto de **“Ley para la Defensa de los Derechos Laborales”**, remitido por el Presidente Constitucional de la República en calidad de urgente en materia económica, mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-756, recibido el 2 de julio de 2012; para que sea difundido a las/los asambleístas y a la ciudadanía, a través del portal Web; y, sea remitido al Consejo de Administración Legislativa (CAL), para el trámite correspondiente.

Atentamente,



FERNANDO CORDERO CUEVA
Presidente

Tr: 108924
KL

 **ASAMBLEA NACIONAL**
SECRETARIA GENERAL
FECHA: 3/07/12 11H25
FIRMA: 



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

56

FS



Oficio No. T. 6465-SNJ-12-756

Quito, 28 de junio de 2012

Señor Arquitecto
Fernando Cordero Cueva
PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL
En su despacho

Trámite **108924**
Codigo validación **XMR19ROUXY**
Tipo de documento OFICIO
Fecha recepción 02-Jul-2012 13:08
Numeración documento 1.6465-SNJ-12-756
Fecha oficio 28-Jun-2012
Remitente CORREA DELGADO RAFAEL
Razón social PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA
Revise el estado de su trámite en:
<http://tramites.asamblanacional.gub.ec/ets/estadoTramite.jsf>

Anexo 6 folios

De mi consideración:

De conformidad con el artículo 140 de la Constitución de la República y el Artículo 59 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, presento a usted, y, por su intermedio, a la Asamblea Nacional, con la calidad de urgente en materia económica, el proyecto de **LEY PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES** así como la correspondiente exposición de motivos, para su conocimiento, discusión y aprobación.

Con sentimientos de distinguida consideración y estima.

Atentamente,
DIOS, PATRIA Y LIBERTAD

Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Ecuador se ha venido observando una alta conflictividad laboral, entre otras razones, debido a las condiciones precarias en que los trabajadores deben prestar sus servicios, lo que se ha ocasionado por diversos motivos, como la falta de remuneraciones justas, la falta de su pago oportuno, en especial, de los décimos sueldos y utilidades, así como también del incumplimiento de sus empleadores en el pago de las prestaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Un ejemplo es la obligación de los trabajadores domésticos de prestar sus servicios trece días continuos, sin el descanso de la jornada hebdomadaria ni el recargo que aplica al resto de trabajadores, lo que deberá suprimirse de la legislación laboral, por constituir una grave afectación a los derechos laborales.

Tales excesos se han evidenciado aún más con dos casos de público conocimiento, estos son, los de Cervecería Nacional y Cemento Nacional, en los cuales, los trabajadores de dichas empresas, pretenden el pago de las utilidades que no les fueron pagadas por varios años.

Estas circunstancias se han seguido produciendo, entre otras causas, por la inexistencia de mecanismos adecuados a favor del Estado, para evitar los abusos en contra de los trabajadores, que se encuentran en desventaja frente a sus empleadores incumplidos.

Por otro lado, la aludida conflictividad también se ha venido advirtiendo por la falta de acceso a una seguridad social de calidad, entre otras razones, debido a un considerable incumplimiento de las obligaciones patronales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que se ha ido reduciendo, pero no evitado del todo.

En este sentido, ante las acciones que pueda tomar el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se presenta la dificultad de recaudar el dinero adeudado, en muchos casos, por una acción reprochable de los empleadores, como el ocultamiento de sus bienes, que puede realizarse con la constitución de compañías de papel, administradas por testaferros.

Estos escenarios han ido marcando en estos últimos años, las consignas de los trabajadores que han salido a las calles para reclamar por sus derechos conculcados.

En este contexto, resulta necesaria la reacción del Estado y sus entidades para evitar las diferentes situaciones que han perjudicando y siguen perjudicando a los trabajadores del país, ya sea en el sector público o privado.

Ante lo cual, deben establecerse las medidas que el Estado podrá tomar para impedir los abusos de que son objeto los trabajadores. Así, deberá exigirse con mayor rigor el cumplimiento de las diferentes obligaciones laborales por parte de los empleadores; y, en este contexto, impedirse el ocultamiento de los bienes de los empleadores, a fin de hacer efectiva su responsabilidad para con los trabajadores.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Por consiguiente, y debido a la íntima relación que existe entre el ámbito tributario y laboral en este aspecto, la reforma se orienta al resguardo de las personas trabajadoras, con la verificación del ingreso real de los empleadores, para la determinación exacta de las utilidades de los trabajadores.

También han sido perjudicados los trabajadores de los negocios de los juegos de azar que se encontraron obligados a cerrar por el mandato popular del 7 de mayo de 2011, en que se realizaron el referendo y la consulta popular.

Desafortunadamente, los empleadores se han negado a cumplir con sus obligaciones laborales, con el empleo de algunas de las prácticas antes enunciadas, para evitar la ejecución de sus bienes.

Por lo que, como una acción excepcional del Estado, deberá intervenir para cumplir con las obligaciones y perseguir el reembolso de lo pagado.

De esta forma se estará resguardando el derecho de los trabajadores a recibir su justa remuneración oportunamente y a acceder a una seguridad social de calidad, que constituyen responsabilidades primordiales del Estado.

Finalmente, la Ley previó la obligación de establecer guarderías, para todas aquellas empresas que cuentan con 50 trabajadores o más. Adicionalmente, estableció la posibilidad de que se reduzca la jornada de las madres durante nueve meses después del parto, en caso de que la empresa no cuente con guarderías.

Sin embargo, las referidas disposiciones resultan injustas, pues, por una parte, se resguarda el derecho al acceso a guarderías, pero sin considerar el derecho a la lactancia, lo que sí se advierte para aquellas mujeres que laboren en empresas que no cuenten con las guarderías infantiles.

Por lo que, tales derechos deben establecerse para todas las madres de manera concurrente y según las condiciones que fije la Ley.

~~R~~



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que según el Artículo 34 de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y un deber y responsabilidad primordial del Estado;

Que, tal como disponen los números 1 y 3 del Artículo 37 de la Constitución de la República, el Estado garantizará a las personas adultas mayores, entre otros derechos, la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas, y la jubilación universal;

Que por mandato de los Artículos 367 y 368 de la Constitución de la República, el sistema de seguridad social es público y universal, no puede privatizarse y debe atender las necesidades contingentes de la población, para lo cual el Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social;

Que de conformidad con el número 2 del Artículo 285 de la Constitución de la República, la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo;

Que conforme al Artículo 33 de la Constitución de la República el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía, ante lo cual, el Estado debe garantizar a las personas trabajadoras el respeto pleno, entre otras cosas, a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas;

Que según lo dispuesto por el Artículo 104 del Código de Trabajo, para la determinación de las utilidades anuales de las respectivas empresas, se tomarán como base las declaraciones o liquidaciones que se hagan para el efecto del pago del impuesto a la renta;

Que a pesar de que existe la atribución para imponer sanciones en caso de incumplimiento en el pago de las utilidades, como la prevista en el Artículo 107 del Código del Trabajo, y la facultad de considerar a las empresas vinculadas como una sola, según lo señalado en el Artículo 103 del mismo código, no se ha podido evitar el incumplimiento de la obligación antes referida por la existencia de testaferros;

Que los empleadores también tienden a incumplir con sus obligaciones tributarias con lo que perjudican la determinación de las utilidades de los trabajadores;

Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no se encuentra en capacidad de recaudar los valores pendientes de pago, ya que hay casos en que los empleadores tienden a ocultar sus bienes e ingresos para incumplir con el pago de utilidades;

Que, como consecuencia de lo anterior, la declaración irreal de los empleadores impide el cobro de lo que le corresponde a los trabajadores, por concepto de utilidades;



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Que hay casos que ni aun cuando los trabajadores logran obtener resoluciones favorables de la justicia, pueden ejecutar adecuadamente tales decisiones, para recibir lo que se les adeuda;

Que en este ámbito, por expresa delegación de la ley laboral, se hace necesaria la colaboración de la entidad recaudadora de tributos, para conocer la base sobre la cual los trabajadores podrán reclamar sus utilidades;

Que es necesario establecer los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, que superen las medidas tomadas por ellos para evadir sus responsabilidades;

Que el Artículo 178 del Código Tributario establece que la tercería excluyente suspende el procedimiento coactivo;

Que debe impedirse la suspensión de la ejecución, cuando se trate de la evasión de las obligaciones patronales;

Que el Artículo 269 del Código del Trabajo establece que los empleados domésticos tienen derecho a un día de descanso cada dos semanas de servicio;

Que tal disposición es anacrónica, establece una desigualdad injustificada y viola los derechos de los trabajadores domésticos;

Que el Artículo 155 del Código del Trabajo establece la obligación de contar con una guardería, para el caso de aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más;

Que en este mismo artículo se prevé como excepción a lo antes mencionado, la posibilidad de que se reduzca la jornada de las madres trabajadoras a 6 horas diarias, durante los 9 meses posteriores al parto, cuando las empresas no cuenten con la guardería, lo que resguarda, solo en este caso, su derecho a la lactancia;

Que esta excepción resulta injusta, pues las madres que laboran en lugares donde no cuentan con guardería, únicamente recibirían un beneficio especial durante 9 meses, en defensa de su derecho a la lactancia, pero sin considerar su derecho a acceder a las guarderías infantiles;

Que, en el primer caso, en el cual las empresas cuentan con la infraestructura, las madres se benefician de las guarderías infantiles, pero, en el caso contrario, se fija una jornada especial, que resguarda el derecho a la lactancia;

Que, en este contexto, debe aclararse la disposición antes mencionada, a fin de que se establezcan con precisión, los derechos de lactancia y de acceso a la guardería infantil, para beneficio de todas las madres;

Que los dos derechos deben concederse de manera concurrente, según las condiciones que fije la Ley;



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Que el 7 de mayo de 2011, la ciudadanía se pronunció a favor de la prohibición de los negocios dedicados a juegos de azar;

Que, ante tal situación, dichos negocios se encontraron obligados a concluir sus operaciones;

Que los propietarios de dichos negocios no han cumplido con sus obligaciones laborales, lo que ha dejado a muchos trabajadores sin el pago de sus correspondientes liquidaciones de haberes e indemnizaciones laborales;

Que es necesario, por esta única ocasión y de manera excepcional, que el Estado pague los valores que les corresponden a los trabajadores de dicho sector, en atención a la especial circunstancia que motivó el cierre de los negocios;

Que el Estado deberá perseguir el reembolso de lo pagado ante el incumplimiento de los empleadores; y,

En ejercicio de la atribución conferida por el número 6 del Artículo 120 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Artículo 1.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones.

Artículo 2.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Artículo 3.- Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

“En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 2 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercería excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal Distrital de lo Fiscal así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo.”

Artículo 4.- En el Artículo 104 del Código del Trabajo, añádase el inciso siguiente:

“En todos los procesos que siga el Servicio de Rentas Internas, que se hayan iniciado para la recaudación de tributos, se deberá notificar a las respectivas autoridades de trabajo, con la determinación de las utilidades.”

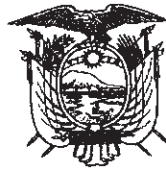
Artículo 5.- Sustitúyase el tercer inciso del Artículo 155 del Código del Trabajo, por el siguiente:

“Durante los nueve (9) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.”

Artículo 6.- Derógase el Artículo 269 del Código del Trabajo.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- El Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales, de manera excepcional, y por esta única ocasión, previo informe sumario, con liquidación y resolución efectuados por el respectivo Director Regional del Trabajo de la jurisdicción correspondiente, procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar.

Una vez realizado el pago a cada trabajador, el Ministerio de Relaciones Laborales se subrogará de pleno derecho en las obligaciones por pagar y deberá iniciar los juicios coactivos correspondientes, contra los ex empleadores y sus empresas y personas vinculadas, para recaudar los valores pagados a los trabajadores, teniendo para el efecto, las facultades señaladas en el Artículo 2 de esta Ley.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL



Trámite **111996**
Codigo validación **WUH6KXGXYE**
Tipo de documento MEMORANDO INTERNO
Fecha recepción 25-jul-2012 12:13
Numeración documento cret-794-2012
Fecha oficio 25-jul-2012
Remitente ARAUZ JOSE
Razón social SECRETARIO RELATOR COMISION TRIBUTARIO

CRET-794-2012
Quito, julio 25 de 2012

Arquitecto
Fernando Cordero Cueva
Presidente de la Asamblea Nacional
En su Despacho.-

Revise e estado de su trámite en:
<http://www.asamblea.gob.ec/ats/qr/ed/Familias/>
Anexas: 11 fojas
UN CD.

Señor Presidente:

Por disposición del Asambleísta Francisco Velasco Andrade, Presidente de la Comisión Especializada del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, adjunto a la presente el informe de mayoría para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales.

Adjunto también en un CD la matriz que contiene la sistematización de las observaciones presentadas al proyecto de ley.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mis sentimientos de alta consideración.

Atentamente,

Ab. José Antonio Arauz
Secretario Relator
Comisión Especializada del Régimen
Económico y Tributario y su Regulación y Control



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

INFORME PARA SEGUNDO DEBATE

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Comisión No. 3

COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y TRIBUTARIO Y SU REGULACIÓN Y CONTROL

Quito, D.M., 24 de julio de 2012

OBJETO:

El presente tiene por objeto poner en conocimiento del Pleno de la Asamblea Nacional el informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales que fue asignado a la Comisión Especializada del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control en calidad de urgente en materia económica.

ANTECEDENTES:

1. Mediante Memorando No. SAN-2012-1492, de fecha 3 de Julio de 2012, suscrito por el Doctor Andrés Segovia, Secretario General de la Asamblea Nacional, se notificó a la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, con la calificación y petición de inicio de trámite del proyecto de Ley Para la Defensa de los Derechos Laborales presentado por el Señor Presidente de la República, Economista Rafael Correa, mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-756 recibido en la Asamblea Nacional el 2 de julio de 2012.
2. Según lo dispuesto en el Art. 3 de la Resolución del CAL contenida en el Memorando No. SAN-2012-1492, se dispone que la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, inicie el tratamiento del proyecto de Ley mencionado el 3 de julio de 2012, toda vez que el mismo es de urgencia en materia económica.
3. La Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, de conformidad con el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, puso en conocimiento el proyecto a las y los asambleístas y a la ciudadanía en general a través del portal web de la Asamblea Nacional y mediante correos electrónicos masivos a los que se adjuntó el proyecto de ley para que presenten sus observaciones.
4. Con fecha miércoles 4 de julio de 2012, en la sesión No. 140 de la Comisión, se avocó conocimiento del proyecto de ley y se debatió el mismo con la presencia del doctor Francisco Vacas, Ministro de Relaciones Laborales.
5. La Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control el día viernes 6 de julio de 2012, realizó un foro de socialización del proyecto de ley y recibió a los siguientes actores: Señor Freddy Gordon, ex trabajador de



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

la Empresa de casinos Viña Carolina, al señor Simón Bajaña, ex trabajador de la empresa de casinos Profiserias, a la señora Paulina Paz, Gerente de la red Socio Empleo del Ministerio de Relaciones Laborales, al doctor Javier Sisa, Director Jurídico de la Cámara de Industrias y Producción, así como a diversos ex trabajadores de los casinos que no han recibido las indemnizaciones laborales respectivas.

6. La Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, en la sesión No. 141 realizada el día lunes 9 de julio de 2012, debatió el articulado del proyecto de ley y recibió a los siguientes actores: Doctor Manolo Rodas, Director Nacional Jurídico del Servicio de Rentas Internas, al Economista Leonardo Orlando, Director Nacional de Gestión del Servicio de Rentas Internas, al Ingeniero David Ruales, Director Nacional Financiero del Servicio de Rentas Internas y al economista Mauro Andino, Director Nacional de Planificación del Servicio de Rentas Internas a quienes los señores integrantes de la Comisión les realizaron diversas preguntas sobre el proyecto de ley.
7. El proyecto de Ley Para la Defensa de los Derechos Laborales y su informe para primer debate, fue tratado y debatido por el Pleno de La Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, en la sesión No. 140 de la Comisión, del día 4 de julio de 2012, en la sesión No. 141 de la Comisión llevada a cabo el día 9 de julio de 2012, y en la sesión No. 142 de la Comisión llevada a cabo el día 11 de julio de 2012.
8. En la sesión No. 176 del Pleno de la Asamblea Nacional realizado el día viernes 20 de julio de 2012, se llevó a cabo el primer debate del proyecto de ley.
9. El día lunes 23 de julio de 2012 en la sesión No. 144 de la Comisión, se recibió al doctor Marcelo Chico, Vicepresidente Ejecutivo de la Cámara de Industrias de Cuenca y al doctor Javier Sisa, Director Jurídico de la Cámara de Industrias y Producción, quienes expusieron sus comentarios sobre el proyecto de ley. En dicha sesión, las y los asambleístas debatieron el contenido del mismo.
10. En la sesión No. 145 de la Comisión realizada el día 24 de julio de 2012, se recibió al doctor Juan Francisco Jaramillo, quien expuso sus criterios y observaciones al proyecto de ley. En dicha sesión se debatió el proyecto de ley y se aprobó el articulado del mismo.
11. Presentaron sus observaciones por escrito los siguientes asambleístas: Ramiro Terán, Sylvia Kon, Richard Guillén, Raúl Abad, Patricio Quevedo, Washington Cruz, Consuelo Flores, Marco Murillo, Christian Viteri, María Molina, Ángel Vilema, Fernando Cáceres, Fernando González, Fernando Bustamante, Fernando Cordero, Juan Carlos López, Rocío Valarezo y Pedro de la Cruz. Además presentaron sus observaciones el doctor Pablo Dávila, representante de la Cámara de Industrias y Producción y el señor Vinicio Troncoso, Apoderado Especial de la Cervecería Nacional CN S.A.

ANÁLISIS Y RAZONAMIENTO:

El proyecto de ley, establece varios aspectos relacionados con la defensa de los derechos laborales a tener en cuenta; en primer lugar plantea que, ante la existencia de una conflictividad laboral existente en el país, se ha generado que muchos trabajadores se vean en condiciones de afectación de sus derechos, es así que el proyecto trata de regular ciertas situaciones existentes



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

con el fin de poder garantizar el pleno derecho de los trabajadores reconocidos constitucionalmente. Es así que se plantea el que los trabajadores del servicio doméstico, se rijan a una jornada igual al de todos los trabajadores en general y que no se vean en la obligación de trabajar más días como ocurre en la actualidad, así como que se reconozca efectivamente el derecho a la lactancia de las madres en todos los casos y el derecho a la existencia de una guardería de manera obligatoria en aquellos casos en los que el empleador tiene más de 50 trabajadores y no de manera subsidiaria como ocurre en la actualidad.

El proyecto de ley también busca por otra parte garantizar los derechos de la seguridad social de los trabajadores y así evitar las situaciones que han venido sucediendo, para lo cual establece la obligatoriedad de otorgar sus prestaciones y a su vez la obligación del IESS de hacer efectivas sus acreencias en contra de los empleadores que se encuentren en mora patronal, para lo cual se establecen reglas en la forma de ejecutar la coactiva que permita que el estado a través de sus instituciones tenga un instrumento efectivo de ejecución, evitando la interposición de figuras y mecanismos jurídicos que retarden o impidan dicho cobro, como por ejemplo el abuso de la personalidad jurídica que no permiten el cobro adecuado de las acreencias producidas por los sujetos obligados.

En el presente informe, se ha aclarado que la acción subsidiaria de la acción coactiva solamente puede hacerse efectiva sobre las personas obligadas por ley, con lo cual se delimita el alcance de los sujetos obligados. Por otra parte, se establece que cuando se dicten medidas precautelares sobre bienes que se encuentran a nombre de terceros y sobre los cuales existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, se deberán agregar los mismos al proceso con el fin de tener la base sobre la cual se han dictado dichas medidas y necesariamente se hará constar la motivación respectiva.

El proyecto de ley, también incorpora una reforma que define lo que se entiende por abuso del derecho, con el fin de que quede claro cuando se puede aplicar esta categoría jurídica.

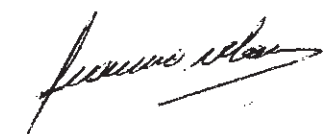
En lo referente a la disposición transitoria, el presente informe realiza una modificación al proyecto original, y establece que el Ministerio de Relaciones Laborales deberá iniciar los procesos coactivos correspondientes contra los ex empleadores de los casinos y las salas de juego en un plazo máximo de 60 y de igual manera se debe iniciar el remate respectivo de dichos bienes. El informe señala que una vez realizado este procedimiento, el Ministerio de Relaciones Laborales, por esta única vez, cancelará la indemnización a los trabajadores de los casinos que debieron dejar de trabajar producto del resultado de la Consulta Popular, pero manteniendo al disposición que establece que dicho Ministerio se subrogará en todos los derechos de los trabajadores para con los ex empleadores de los casinos.

En el informe se incorpora también una disposición que establece la obligación del Estado de ejercer el derecho de repetición en contra de los funcionarios y ex funcionarios del Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Laborales entre otros de conformidad con lo establecido en la Constitución de la república del Ecuador.

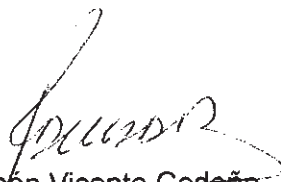
Por último se mantiene el rango de la ley como Orgánica, toda vez que la misma de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador, regula derechos garantizados por la misma y a su vez reforma cuerpos legales que tienen el carácter de orgánicos.

ASAMBLEÍSTA PONENTE: Francisco Velasco Andrade

LAS Y LOS ASAMBLEÍSTAS, QUE SUSCRIBEN VOTARON A FAVOR DEL PRESENTE INFORME

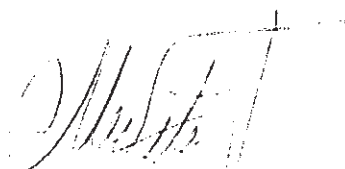


As. Francisco Velasco
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

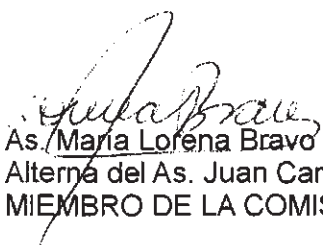


Ramón Vicente Cedeño
VICEPRESIDENTE DE LA COMISIÓN

As. André Ramírez
Alternó del As. Luis Noboa
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



As. Christian Viteri
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



As. María Lorena Bravo
Alternó del As. Juan Carlos Cassinelli
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



As. Eduardo Encalada
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

As. Salomón Fadúl
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



As. Zobeida Gudiño
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

As. Sylvia Kon
MIEMBRO DE LA COMISIÓN

As. Patricio Quevedo
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



As. Ramiro Torán
MIEMBRO DE LA COMISIÓN



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Ecuador se ha venido observando una alta conflictividad laboral, entre otras razones, debido a las condiciones precarias en que los trabajadores deben prestar sus servicios, lo que se ha ocasionado por diversos motivos, como la falta de remuneraciones justas, la falta de su pago oportuno, en especial, de los décimos sueldos y utilidades, así como también del incumplimiento de sus empleadores en el pago de las prestaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Un ejemplo es la obligación de los trabajadores domésticos de prestar sus servicios trece días continuos, sin el descanso de la jornada hebdomadaria ni el recargo que aplica al resto de trabajadores, lo que deberá suprimirse de la legislación laboral, por constituir una grave afectación a los derechos laborales.

Tales excesos se han evidenciado aún más con dos casos de público conocimiento, estos son, los de Cervecería Nacional y Cemento Nacional, en los cuales, los trabajadores de dichas empresas, pretenden el pago de las utilidades que no les fueron pagadas por varios años.

Estas circunstancias se han seguido produciendo, entre otras causas, por la inexistencia de mecanismos adecuados a favor del Estado, para evitar los abusos en contra de los trabajadores, que se encuentran en desventaja frente a sus empleadores incumplidos.

Por otro lado, la aludida conflictividad también se ha venido advirtiendo por la falta de acceso a una seguridad social de calidad, entre otras razones, debido a un considerable incumplimiento de las obligaciones patronales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que se ha ido reduciendo, pero no evitado del todo.

En este sentido, ante las acciones que pueda tomar el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se presenta la dificultad de recaudar el dinero adeudado, en muchos casos, por una acción reprochable de los empleadores, como el ocultamiento de sus bienes, que puede realizarse con la constitución de compañías de papel, administradas por testaferros.

Estos escenarios han ido marcando en estos últimos años, las consignas de los trabajadores que han salido a las calles para reclamar por sus derechos conculcados.

En este contexto, resulta necesaria la reacción del Estado y sus entidades para evitar las diferentes situaciones que han perjudicando y siguen perjudicando a los trabajadores del país, ya sea en el sector público o privado.

Ante lo cual, deben establecerse las medidas que el Estado podrá tomar para impedir los abusos de que son objeto los trabajadores. Así, deberá exigirse con mayor rigor el cumplimiento de las diferentes obligaciones laborales por parte de los empleadores; y, en este contexto, impedirse el ocultamiento de los bienes de los empleadores, a fin de hacer efectiva su responsabilidad para con los trabajadores.

Por consiguiente, y debido a la íntima relación que existe entre el ámbito tributario y laboral en este aspecto, la reforma se orienta al resguardo de las personas trabajadoras, con la verificación del ingreso real de los empleadores, para la determinación exacta de las utilidades de los trabajadores.

También han sido perjudicados los trabajadores de los negocios de los juegos de azar que se



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

encontraron obligados a cerrar por el mandato popular del 7 de mayo de 2011, en que se realizaron el referendo y la consulta popular.

Desafortunadamente, los empleadores se han negado a cumplir con sus obligaciones laborales, con el empleo de algunas de las prácticas antes enunciadas, para evitar la ejecución de sus bienes.

Por lo que, como una acción excepcional del Estado, deberá intervenir para cumplir con las obligaciones y perseguir el reembolso de lo pagado para lo cual deberá embargar los bienes de los ex empleadores de los casinos para así proceder al pago de las indemnizaciones de los ex trabajadores.

De esta forma se estará resguardando el derecho de los trabajadores a recibir su justa remuneración oportunamente y a acceder a una seguridad social de calidad, que constituyen responsabilidades primordiales del Estado.

Finalmente, la Ley previó la obligación de establecer guarderías, para todas aquellas empresas que cuentan con 50 trabajadores o más. Adicionalmente, estableció la posibilidad de que se reduzca la jornada de las madres durante nueve meses después del parto, en caso de que la empresa no cuente con guarderías.

Sin embargo, las referidas disposiciones resultan injustas, pues, por una parte, se resguarda el derecho al acceso a guarderías, pero sin considerar el derecho a la lactancia, lo que sí se advierte para aquellas mujeres que laboren en empresas que no cuenten con las guarderías infantiles.

Por lo que, tales derechos deben establecerse para todas las madres de manera concurrente y según las condiciones que fije la Ley.

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que según el Artículo 34 de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y un deber y responsabilidad primordial del Estado;

Que, tal como disponen los números 1 y 3 del Artículo 37 de la Constitución de la República, el Estado garantizará a las personas adultas mayores, entre otros derechos, la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas, y la jubilación universal;

Que por mandato de los Artículos 367 y 368 de la Constitución de la República, el sistema de seguridad social es público y universal, no puede privatizarse y debe atender las necesidades contingentes de la población, para lo cual el Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social;

Que de conformidad con el número 2 del Artículo 285 de la Constitución de la República, la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo;

Que conforme al Artículo 33 de la Constitución de la República el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía, ante lo cual, el Estado debe garantizar a las personas trabajadoras el respeto pleno, entre otras cosas, a



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas;

Que según lo dispuesto por el Artículo 104 del Código de Trabajo, para la determinación de las utilidades anuales de las respectivas empresas, se tomarán como base las declaraciones o liquidaciones que se hagan para el efecto del pago del impuesto a la renta;

Que a pesar de que existe la atribución para imponer sanciones en caso de incumplimiento en el pago de las utilidades, como la prevista en el Artículo 107 del Código del Trabajo, y la facultad de considerar a las empresas vinculadas como una sola, según lo señalado en el Artículo 103 del mismo código, no se ha podido evitar el incumplimiento de la obligación antes referida por la existencia de testaferros;

Que los empleadores también tienden a incumplir con sus obligaciones tributarias con lo que perjudican la determinación de las utilidades de los trabajadores;

Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no se encuentra en capacidad de recaudar los valores pendientes de pago, ya que hay casos en que los empleadores tienden a ocultar sus bienes e ingresos para incumplir con el pago de utilidades;

Que, como consecuencia de lo anterior, la declaración irreal de los empleadores impide el obrar de lo que le corresponde a los trabajadores, por concepto de utilidades;

Que hay casos que ni aun cuando los trabajadores logran obtener resoluciones favorables de la justicia, pueden ejecutar adecuadamente tales decisiones, para recibir lo que se les adeuda;

Que en este ámbito, por expresa delegación de la ley laboral, se hace necesaria la colaboración de la entidad recaudadora de tributos, para conocer la base sobre la cual los trabajadores podrán reclamar sus utilidades;

Que es necesario establecer los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, que superen las medidas tomadas por ellos para evadir sus responsabilidades;

Que el Artículo 178 del Código Tributario establece que la tercería excluyente suspende el procedimiento coactivo;

Que debe impedirse la suspensión de la ejecución, cuando se trate de la evasión de las obligaciones patronales;

Que el Artículo 269 del Código del Trabajo establece que los empleados domésticos tienen derecho a un día de descanso cada dos semanas de servicio;

Que tal disposición es anacrónica, establece una desigualdad injustificada y viola los derechos de los trabajadores domésticos;

Que el Artículo 155 del Código del Trabajo establece la obligación de contar con una guardería, para el caso de aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más;

Que en este mismo artículo se prevé como excepción a lo antes mencionado, la posibilidad de que se reduzca la jornada de las madres trabajadoras a 6 horas diarias, durante los 9 meses posteriores al parto, cuando las empresas no cuenten con la guardería, lo que resguarda, solo en



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

este caso, su derecho a la lactancia;

Que esta excepción resulta injusta, pues las madres que laboran en lugares donde no cuentan con guardería, únicamente recibirían un beneficio especial durante 9 meses, en defensa de su derecho a la lactancia, pero sin considerar su derecho a acceder a las guarderías infantiles;

Que, en el primer caso, en el cual las empresas cuentan con la infraestructura, las madres se benefician de las guarderías infantiles, pero, en el caso contrario, se fija una jornada especial, que resguarda el derecho a la lactancia;

Que, en este contexto, debe aclararse la disposición antes mencionada, a fin de que se establezcan con precisión, los derechos de lactancia y de acceso a la guardería infantil, para beneficio de todas las madres;

Que los dos derechos deben concederse de manera concurrente, según las condiciones que fije Ley;

Que el 7 de mayo de 2011, la ciudadanía se pronunció a favor de la prohibición de los negocios dedicados a juegos de azar;

Que, ante tal situación, dichos negocios se encontraron obligados a concluir sus operaciones;

Que los propietarios de dichos negocios no han cumplido con sus obligaciones laborales, lo que ha dejado a muchos trabajadores sin el pago de sus correspondientes liquidaciones de haberes e indemnizaciones laborales;

Que es necesario, por esta única ocasión y de manera excepcional, previo el embargo de los bienes e inicio del procedimiento de remate, que el Estado pague los valores que les corresponden a los trabajadores de dicho sector, en atención a la especial circunstancia que motivó el cierre de los negocios;

Que el Estado deberá perseguir el reembolso de lo pagado ante el incumplimiento de los empleadores; y,

En ejercicio de la atribución conferida por el número 6 del Artículo 120 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Artículo 1.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones.

Artículo 2.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.

Artículo 3. - Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

"En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 2 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercera excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal Distrital de lo Fiscal así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo. "

Artículo 4.- En el Artículo 104 del Código del Trabajo, añádase el inciso siguiente:

"En todos los procesos que siga el Servicio de Rentas Internas, que se hayan iniciado para la recaudación de tributos, se deberá notificar a las respectivas autoridades de trabajo, con la determinación de las utilidades."

Artículo 5.- Sustitúyase el tercer inciso del Artículo 155 del Código del Trabajo, por el siguiente:

"Durante los nueve (9) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria."

Artículo 6.- Derógase el Artículo 269 del Código del Trabajo.

Art. 7.- Añádase al final del artículo 18 del Código Civil que diga lo siguiente:

"Constituye abuso del derecho, cuando su titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o por la finalidad social o económica del derecho; en caso manifiesto de esta situación, la jueza o juez podrá despojar de toda formalidad a los actos jurídicos a efectos de establecer la conducta antisocial de una persona."

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- El Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales, y con las atribuciones que le otorga esta ley, procederá a iniciar los juicios coactivos correspondientes para que en un plazo máximo de 60 días, proceda al embargo de los bienes de los obligados de las empresas y personas vinculadas a los empleadores de los casinos y demás salas de juegos. Inmediatamente, iniciará el proceso de remate.

Hecho esto, el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales de manera excepcional, y por esta única ocasión, previo informe sumario, con liquidación y resolución efectuados por el respectivo Director Regional del Trabajo de la jurisdicción correspondiente,



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar.

Una vez realizado el pago a cada trabajador, el Ministerio de Relaciones Laborales se subrogará de pleno derecho como acreedor de las obligaciones canceladas a los trabajadores y continuará con los juicios coactivos iniciados para recaudar los valores pagados a los trabajadores, teniendo para el efecto, las facultades señaladas en el Artículo 2 de esta Ley.

El Estado ecuatoriano, ejercerá el derecho de repetición en contra de los funcionarios y ex funcionarios responsables del SRI, IESS, Ministerio de Relaciones Labores entre otros de conformidad con el Art. 11 de la Constitución de la República.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

En mi calidad de Secretario Relator de la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control

CERTIFICO:

El proyecto de Ley Orgánica Para la Defensa de los Derechos Laborales y su informe para segundo debate, fue tratado y debatido por el Pleno de La Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, en la sesión No. 140 de la Comisión, del día 4 de julio de 2012, en la sesión No. 141 de la Comisión llevada a cabo el día 9 de julio de 2012, y en la sesión No. 142 de la Comisión llevada a cabo el día 11 de julio de 2012, en la sesión No. 144 del 23 de julio de 2012 y en la sesión No. 145 del 24 de julio de 2012.

Ab. José Antonio Arauz

Secretario Relator

Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control

LEY PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES
MATRIZ DE OBSERVACIONES

Observación general a la Ley	Bloque MPD Asambleísta Dr. Ramiro Terán	La propuesta de ley no debe ser ordinaria , de acuerdo al Art. 133, #2 de la Constitución de la República del Ecuador	La propuesta de la ley debe tener el carácter de orgánica.
Observación general a la Ley	Asambleísta Ing. Richard Guillén	El proyecto de ley adolece de falencia legal ya que hace referencia a la ley de seguridad social; al código de trabajo; al código de procedimiento civil y al código de trabajo, mientras que el Art. 136 de la Constitución de la República del Ecuador establece que los proyectos deberán referirse a una sola materia.	Archivo de la ley por inconstitucionalidad
Observación general a la Ley	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	El proyecto de ley no hace referencia de manera expresa a un aspecto económico , por tanto no puede ser tratado como urgente de acuerdo a Art. 140 de la Constitución de la República del Ecuador	La reforma de disposiciones laborales debe incluirse en la discusión del nuevo Código de Trabajo y las reformas al proceso coactivo en la discusión del Código de Procedimiento Civil
Observación general a la Ley	Asambleísta Sylvia Kon	El artículo 136 de la Constitución de la República establece que los proyectos de Ley deberán referirse a una sola materia, ya que el proyecto aborda tres temas: Código Tributario, Código de Procedimiento Civil y Código del Trabajo.	Plantea el archivo del Proyecto de Ley de Defensa de los Derechos Laborales, por ser inconstitucional.
Observación general a la Ley	Asambleísta Ing. Patricio Quevedo	Tiene una errónea clasificación de carácter económico. En la exposición de motivos no se aprecia ninguna argumentación en el sentido que justifique la necesidad de la urgencia y la pertinencia de la materia económica del proyecto, por el contrario su ámbito es en lo laboral.	Que se devuelva al Ejecutivo para que se argumente de manera clara su pertinencia en la materia económica. La Ley debe ser general y abstracta, la Ley no debe ser condecoratoria. Plantea el archivo del Proyecto de Ley de

			Defensa de los Derechos Laborales, por ser inconstitucional.
Observación general a la Ley	Asambleísta Ab. Washington Cruz	El contenido del proyecto viola el artículo 136 de la Constitución de la República, puesto que los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia, y en el presente caso se está reformando el Código Tributario que nada tiene que ver con los derechos de los trabajadores.	Se adhiere al informe de minoría presentado por los asambleístas Sylvia Kon, Salomón Fadul, André Ramírez y Patricio Quevedo, en lo especial a o relacionado a “Inconstitucionalidades del informe”, “Indefensión” y “Tutela efectiva del debido proceso no se cumplirá”, por lo que solicita que en la sesión parlamentaria se proceda al archivo del Proyecto de Ley.
Observación general a la Ley	Asambleísta Abg. Consuelo Flores	Nace como un proyecto de Ley de carácter económico urgente, cuando su esencia es eminentemente laboral. Este proyecto carece de generalidad e interés común, ya que el proyecto limita el alcance de la norma a los propietarios y ex trabajadores de los casinos afectados por la consulta popular.	Debería ser competencia de la Comisión de Derechos de los Trabajadores, y seguir el procedimiento regular establecido en la Constitución.
Observación general a la Ley	Asambleísta Sr. Marco Murrillo	Los proyectos de Ley deben referirse a una sola materia, según el artículo 136 de la Constitución de la República, ya que se tratan temas de la Ley de Seguridad Social, del Código Tributario y del Código del Trabajo.	Debe archivar por ilegal e inconstitucional.
Observación general a la Ley	Asambleísta Dr. Christian Viteri		Añádase al proyecto de Ley un Artículo 7 que diga: “Art. 7.- Añádase al final del artículo 18 del Código Civil que diga lo siguiente:

			<p>“Constituye abuso del derecho, cuando su titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o por la finalidad social o económica del derecho; en caso manifiesto de esta situación, la jueza o juez podrá despojar de toda formalidad a los actos jurídicos a efectos de establecer la conducta antisocial de una persona”.</p>
<p>Observación general a la Ley</p>	<p>Asambleísta Dra. María Molina</p>	<p>El proyecto de ley viola el principio de reserva normativa, según el cual la ley debe abordar una sola materia, ya que se regulan tres temas distintos: laboral, seguridad social y tributario.</p>	<p>Por tanto, mientras no se cuente con el diagnóstico respecto a los casos que se mencionan en la exposición de motivos, no se conozca la cantidad de personas afectadas, el monto al que asciende sus liquidaciones y los motivos por los cuales el Ejecutivo no protegió los derechos de las y los trabajadores afectados, no se puede realizar un debate serio respecto al tema, que permita generar instrumentos sostenibles para garantizar los derechos de los trabajadores, y no racionalizaciones oportunistas o ejercicio retóricos que buscan cubrir necesidades del momento.</p>
<p>Observación general a la Ley</p>	<p>Asambleísta Sr. Ángel Vilema</p>		<p>Añádansen incisos al artículo 155 del Código del Trabajo los</p>

siguientes:

“Tendrá derecho a la asistencia de parto la madre en gestación una vez acreditado tres imposiciones mensuales consecutivas antes del parto, las afiliadas del régimen obligatorio, las de afiliación voluntaria, las trabajadoras de tiempo parcial, las del Seguro Social Campesino”.

“Los afiliados con relación de dependencia y voluntarios tendrán derecho a recibir atención médica en sus unidades desde la primera afiliación del IESS”.

Incluir como disposición transitoria, la siguiente:

“Las instituciones del sector público y privado que no hayan cumplido con las aportaciones patronales contemplados en el Código del Trabajo y en la Ley de Seguridad Social a favor del trabajador y servidor público, tendrán un plazo improrrogable de tres meses para el pago de sus obligaciones pendientes, en caso de incumplimiento será sancionado con la destitución del

			responsable y las acciones legales establecidas en la Ley respectiva”.
Observación general a la Ley	Asambleísta Fernando Cáceres Cortez	El resultado que busca el Estado es que los derechos los trabajadores o queden vulnerados y será éste quien asuma dicho pago y que luego a través de la vía coactiva, embargo de bienes, remates, incautación, u otra modalidad que permita recuperar a inversión del monto a pagarse, por lo que solicitará a personas naturales o jurídicas o terceros el pago realizado por el Gobierno Nacional a manera de derecho de repetición.	
Observación general a la Ley	Asambleísta Ing. Fernando González	La Ley fue enviada con carácter económico-urgente desde el Gobierno Nacional, sin embargo éste refiere a materia laboral por lo que no se justifica el mencionado envío.	
Observación general a la Ley	Asambleísta Ing. Fernando González	Se califica este proyecto de ley con la denominación de ley orgánica, cuando esta denominación debe ser aplicada cumpliendo los parámetros señalados en el Art. 133 de la Constitución.	
Observación general a la Ley	Asambleísta Dr. Fernando Bustamante Ponce	El proyecto de ley corresponde al ámbito laboral, mas no de urgencia en materia económica.	
Observación general a la Ley	Asambleísta Arq. Fernando Cordero	Crear un incentivo para todos aquellos empleadores morosos. También se dejaría de cobrar ese cuatro por ciento adicional que el IESS cobra cuando hay mora. Esto haría que podamos en seis meses tener un millón más de afiliados al IESS. Los empleadores, tendrían que pagar bastante dinero, es un derecho de los trabajadores recuperar todo el tiempo perdido de sus años de exclusión al IESS. Con la finalidad de ampliar el	Incluir una disposición transitoria: “Por esta sola vez los empleadores que en cualquier tiempo no hubieren afiliado a sus trabajadores con relación de dependencia, así no se mantenga la relación laboral en la actualidad, no serán sujetos de

	<p>número de trabajadores beneficiados, el IESS concedería entre seis y treinta y seis meses para pagar, en partes iguales y con los respectivos intereses legales, el monto total de esta afiliación extemporánea. Los trabajadores, inmediatamente se beneficiarían de créditos quirografarios y créditos hipotecarios y de todos los derechos de Seguridad Social que hoy brinda el IESS a sus afiliados.</p>	<p>sanción y podrán afiliarlos extemporáneamente, pagando al IESS dentro del plazo de seis (10) meses desde la expedición de la presente Ley, los valores correspondientes de aportación patronal y del trabajador, más el interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, sin recargos por multas, incrementos adicionales o de cualquier naturaleza, sin perjuicio de la responsabilidad patronal que se genere.</p> <p>Para los cálculos se exceptuarán los porcentajes correspondientes a los seguros de salud y riesgos de trabajo. El IESS podrá conceder plazos comprendidos entre seis y treinta y seis meses para el pago, en partes iguales de la deuda total calculada según lo señalado en esta disposición transitoria. Al valor del capital adeudado se agregará el correspondiente a este financiamiento, aplicando las mismas tasas que las de los</p>
--	--	--

			prestamos quirografarios.”
Observación general a la Ley	Asambleísta Sr. Pedro de la Cruz	Muchas empresas de casinos y salas de juego se fueron del país sin cumplir con sus obligaciones para con los trabajadores. El Estado debe responder frente a esta eventualidad y no perjudicar derechos de los dependientes.	Apoyo el proyecto en su integridad, pero hace aportes que buscan mejorarla propuesta de ley. Varios considerandos deberían ser eliminados, así por ejemplo: el 2, 4, 8, 11, 12, 14, 17, 21, 22, 28, otros debería unificarse, tales como: el 9 y el 10, el 23 y el 24. No está de acuerdo con la existencia de tantos considerando, basta cuatro, seis y no treinta.
Observación general a la Ley	Sr. Vinicio Troncoso, Apoderado Especial Cervecería Nacional CN S.A.	En la exposición de motivos del Proyecto de Ley se menciona a Cervecería Nacional. Como es de público conocimiento, nuestra empresa desde hace más de un año fue objeto de una acción constitucional presentada por un grupo de supuestos ex trabajadores, por la cual se emitió una sentencia ilegal, inconstitucional e ilegítima en todas sus partes. Cervecería Nacional ha acudido a las instancias legales, y en este sentido el Consejo Nacional de la Judicatura en Transición resolvió la destitución del Juez que admitió la Acción de Protección e inició el sumario disciplinario contra los jueces que ratificaron dicha acción, por haber actuado inobservando la Ley. Sin perjuicio de las acciones anteriores, Cervecería Nacional	Ponemos a consideración la posibilidad de eliminar la referencia a nuestra empresa en la exposición de motivos del proyecto de ley, no solo por que consideramos prejuzga sobre un hecho que está en discusión y donde existen sendas resoluciones sino porque puede consistir en un elemento de distorsión a la hora de interpretar la norma afectando a la seguridad jurídica del país.

		<p>planteó la correspondiente Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, para que se deje sin efecto la inconstitucional sentencia.</p> <p>Se evidencia que el tema al que hace referencia la exposición de motivos aún se encuentra pendiente de resolución ante el máximo órgano constitucional del país.</p>	
Artículo Propuesto	Asambleísta / Organización	Observación / Ponencia	Propuesta
Artículo 1.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones.			
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	Si el empleador no ha pagado las aportaciones obligatorias de seguridad social es responsable de los perjuicios causados al afiliado. El IESS emite glosas y en caso de no ser canceladas se emiten títulos de crédito, cuya recaudación se realiza por la vía coactiva.	
	Asambleísta Sylvia Kon	¿Qué implica que el IESS haga efectiva la responsabilidad de los empleadores en mora a través de cualquiera de sus prestaciones?	Debe aclararse el alcance del mismo.
	Asambleísta Abg. Consuelo Flores	Nuestra legislación ya contempla normas al respecto al cobro a los empresarios morosos en la Ley de Seguridad Social, que en su Título II, Capítulo ocho contiene todos los aspectos relativos a LA RECAUDACIÓN Y DE MORA PATRONAL. Existe un ordenamiento jurídico, que debido a la incapacidad, irresponsabilidad y lentitud en la aplicación de la norma, por parte de los funcionarios del IESS, no ha sido cumplido.	
	Asambleísta Dr. Christian Viteri		Que el artículo 1 comience su redacción diciendo:

			“Art. 1.- Al final del artículo 75 de la Ley de Seguridad Social añádase un inciso que diga:
Asambleísta Dra. María Molina	La redacción del artículo es ininteligible, por lo cual se afecta la racionalidad lingüística que debe caracterizar al proceso legislativo. Se desconoce cuál es el objeto de la disposición. La pregunta es: por un lado se desea dotar de capacidad de cobro al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? O que dicho órgano pueda seguir dando sus prestaciones a las y los afiliados cuyos empleadores no han cumplido con sus obligaciones laborales.	Se debe mejorar la redacción.	
Asambleísta Juan Carlos López Velasco	Es inoficioso que exista una norma que ya está contenida en la Ley de Seguridad Social, en la que se contempla la obligatoriedad de los patronos con sus empleados.	El Artículo 1 de la propuesta de ley debe suprimirse	
Asambleísta Ing. Fernando González	El artículo es subjetivo ya que su aplicación podrá ser aplicado al arbitrio del funcionario de turno	Archivo de la Ley	
Asambleísta Dr. Fernando Bustamante Ponce	Los artículos 72 al 100 de la Ley de Seguridad Social, prevén la recaudación de los aportes obligatorios, personal y patronal por parte de los empleadores, así como la mora patronal; por tanto no se requieren más cuerpos normativos.	Eliminar	
Asambleísta Arq. Fernando Cordero	La Ley de Seguridad Social actual tiene un artículo noventa y cuatro que es muy parecido al artículo primero <i>-no es igual pero es de la misma naturaleza-</i> , me parece que es mucho mejor que la Comisión en vez de incorporar el artículo primero que entraría en contradicción con el artículo noventa y cuatro, lo que haga es agregar un inciso luego del artículo	A continuación del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, agréguese el siguiente párrafo: “El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que	

		noventa y cuatro en la actual Ley de Seguridad Social, que es el texto que tiene nuestro artículo primero.	incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones.”
	Asambleísta Sr. Pedro de la Cruz	La Constitución Política, señala que la seguridad social es un derecho irrenunciable, un deber y responsabilidad primordial del Estado, en esta virtud, los patronos tienen obligaciones y de no cumplir se da paso a las coactivas o procesos de cobro, pero sobre ello ya hay legislación.	Que este primer artículo se convierta en una primera disposición transitoria y que se establezcan plazos para que el IESS, en uso de sus facultades coactivas, haga efectivo esios cobros.
<p>Artículo 2.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.</p> <p>Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.</p> <p>Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.</p>			
	Asambleísta Ing. Richard Guillén	El proyecto de ley atenta contra el derecho de la propiedad garantizado en el Art. 66, #26 y Art.321 de la Constitución de la República del Ecuador , al pretender incautar bienes ajenos, que presumiblemente porque es de “conocimiento público” serían de empleadores morosos.	Archivo de la ley por inconstitucionalidad
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	1.- La ley propone una reforma al procedimiento de jurisdicción coactiva de todas las instituciones del Estado , inclusive en aquellas que no tienen relación con la	

	<p>responsabilidad patronal.</p> <p>2.- Se reconoce solidaridad aplicable a todos los casos sometidos a jurisdicción coactiva, pero no se aplica a todas las materias y casos.</p> <p>3.- La acción coactiva se extiende a terceros, inclusive sin tener relación jurídica con los trabajadores.</p> <p>4.- Criterio subjetivo de las instituciones para determinar quienes son todos los obligados.</p> <p>5.- Ambigüedad del concepto “personas jurídicas usadas ara defraudar”</p> <p>6.- Las obligaciones se trasladan a los familiares del obligado, pese a que en el Art. 36 del Código de trabajo la solidaridad no involucra a accionistas o socios.</p> <p>7.- Se viola el principio de “presunción de inocencia”</p> <p>8.- Se establece una presunción de “dolo” en cuanto al patrimonio de los socios de una sociedad o compañía</p> <p>9.- Se viola la el derecho a la libertad de comercio, y contradice el Art. 2 de la Ley de Mercado de Valores</p> <p>10.- Se desconoce la regulación del proceso de ejecución de sentencias dispuesto en el ordenamiento procesal.</p>	
Asambleísta Sylvia Kon	<p>Se pretende ampliar la responsabilidad que tiene el socio accionista de una compañía para cumplir a cabalidad sus obligaciones con las instituciones del Estado, quien responde hasta por el valor de su aporte, ampliarla hasta mas allá de su valor, permitiéndolo subsidiariamente que se persiga a los demás obligados , incluyendo a sus herederos, con el</p>	

		<p>agravante de que se podrá disponer el embargo de bienes de terceros, en base a la presunción de que es “de público conocimiento”. Ejecutar acciones coactivas contra bienes que no son de propiedad del moroso de obligaciones debe aclararse el alcance del mismo. con el Estado, bajo la presunción de que es “de público conocimiento”, es un acto ilegal porque atenta al derecho a la propiedad consagrado en el artículo 66, numeral 26 y 321 de la Constitución de la República.</p>	
	<p>Asambleísta Ing. Patricio Quevedo</p>	<p>Este artículo implica una extralimitación del poder del Estado. ¿A qué se refiere el “conocimiento público”? Esto desconoce todo un sistema de registros que brindan la legalidad y la legitimidad de quienes fungen como propietarios de los bienes. Esta disposición genera inseguridad jurídica.</p>	<p>Para llegar hasta el último nivel de propiedad ya existen mecanismos legales, por lo que mecanismos excepcionales de cobro no deberían ser aplicados, pues no es necesaria la reforma de la ley para un mejor cobro, sino un control preventivo.</p>
	<p>Asambleísta Abg. Consuelo Flores</p>	<p>Pretender que mediante “conocimiento público” se conozcan las transacciones que se realizan en el ámbito privado, ignorando el debido procedimiento, sería dar carta abierta a un sinnúmero de presunciones y especulaciones, sería motivo suficiente para iniciar un proceso inquisitivo en el que se violaría derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución de la República, tales como la presunción de inocencia, derecho a la igualdad material y formal, garantía del debido proceso, derecho a la confidencialidad de la información.</p>	
	<p>Asambleísta Dr.</p>		<p>Que el artículo 2</p>

Christian Viteri			<p>comience su redacción diciendo: “Art. 2.- A continuación del primer inciso del Art. 941 del Código de Procedimiento Civil añádase los siguientes incisos:”</p> <p>Que en el segundo inciso del Art. 2 del proyecto diga: “Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación”.</p>
Asambelísta Dra. María Molina		<p>En este artículo especial importancia tiene el texto que señala: “Así mismo, podrán ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos (...)”</p> <p>Lo manifestado constituye una clara violación a los derechos fundamentales del debido proceso y propiedad, y por tanto es inconstitucional. En estos casos</p>	

		debe seguirse un proceso en el que se demuestre el cometimiento de un delito por ocultación de bienes a nombre de otras personas o testaferrismo.	
	Asambleísta Juan Carlos López Velasco	Afecta la naturaleza de la tercería excluyente. Se atenta contra los derechos constitucionales como el derecho a la propiedad, y a principios universales de Derecho, como la legítima defensa.	
	Asambleísta Ing. Fernando González	<p>El patrimonio de la persona natural es por ley diferente de la persona jurídica; y sus actividades se rigen por diversas disposiciones establecidas en el Código Civil, la Ley de Compañías y otras.</p> <p>En el segundo inciso se viola el derecho a la propiedad y a los derechos humanos ya que en base a una delación se podrá decidir arbitrariamente sobre la propiedad de una persona sin ninguna prueba. En un juicio se rompe con todos los principios de la prueba procesal y se acabará con la presunción de inocencia establecido en la Constitución.</p>	Archivo de la Ley
	Asambleísta Dr. Fernando Bustamante Ponce	<p>1.- La jurisdicción coactiva se extiende todas las instituciones del Estado, sin embargo las únicas instituciones que por ley tienen esta facultad son: Banco de Fomento, BIESS, CFN, IECE CONELEC, SRI, Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, entre otras, las cuales no se circunscriben al ámbito laboral.</p> <p>2.- No se deja claro hasta qué grado de consanguinidad y/o afinidad se extendería la obligación que refiere al ejercicio de acción de coactiva no sólo en contra del obligado principal, sino en contra</p>	

		<p>de todos los obligados. Se vulnera el principio de presunción de inocencia como garantía constitucional y se viola el derecho de propiedad.</p> <p>3.- La participación que tienen una participación de los socios, que tienen responsabilidad limitada al aporte de capital, conlleva asumir ilimitadamente las obligaciones laborales de la persona jurídica, poniendo en riesgo el monto de las acciones, la totalidad de su patrimonio y el de su cónyuge.</p> <p>4.- Se desconocen los registros de datos previstos en la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.</p> <p>5.- Aquellos bienes que se encuentran a nombre de terceros, estarían vinculados al delito de testaferrismo, el cual no está tipificado en la legislación penal vigente.</p> <p>6.- El tercer inciso de este artículo amplía las potestades de los jueces de trabajo, ya reguladas.</p>	
	<p>Asambleísta Lic. Rocío Valarezo Ordóñez</p>	<p>Es necesario velar por el principio de inocencia previsto en el Art. 76 (#2) de la Constitución.</p>	<p>Añádase al inciso 2: (···) y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación, <i>excepto que se demuestre que el título del bien es de mayor antigüedad que la fecha en que se cometió el presunto fraude.</i></p>
	<p>Asambleísta Sr. Pedro de la Cruz</p>	<p>Esrá de acuerdo con la propuesta de legislación sobre el abuso de las personas jurídicas utilizadas para defraudar , para lo cual se prevé que la coactiva llegue a las personas naturales.</p> <p>¿A qué se refiere el informe cuando</p>	<p>Que se amplie esta dispiosición y se diga expresamente que estas personas naturales pueden ser propietarios, apoderados, mandatarios o cualquier otra calidad.</p>

		habla de ... hasta el último nivel de propiedad...?	
<p>Artículo 3. – Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:</p> <p><i>“En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 2 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercería excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal Distrital de lo Fiscal así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo. ”</i></p>			
	Asambleísta Ing. Richard Guillén	El proyecto de ley atenta contra el derecho de la propiedad garantizado en el Art. 66, #26 y Art.321 de la Constitución de la República del Ecuador , impediría que los verdaderos dueños de un bien aunque exhiban su título de propiedad, puedan evitar que se embargue y remate su bien por deudas de terceros	Archivo de la ley por inconstitucionalidad
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	Constituye una violación flagrante al principio de derecho a la defensa y del derecho a la propiedad de personas que no siendo obligados puede ver afectado su patrimonio de forma arbitraria por una autoridad.	
	Asambleísta Sylvia Kon	La reforma permitiría que la tercería excluyente deje de tener efecto actual, esto es suspender la ejecución del embargo que ha recaído sobre un bien que el tercero excluyente ha demostrado, contítulo de propiedad válido es de su propiedad y no del coactivado. El contenido de este artículo es improcedente puesto que atenta contral al derecho a la propiedad consagrado en los artículos 66, numeral 26 y 321 de la Constitución y atenta contra toda lógica, puesto que si se está embargando un bien que no pertenece al obligado y el verdadero dueño del bien presenta el título que justifica su dominio, lo	

		pertinente y legal es que se suspenda el embargo.	
	Asambleísta Juan Carlos López Velasco	Afecta la naturaleza de la tercera excluyente. Se atenta contra los derechos constitucionales como el derecho a la propiedad, y a los principios universales de Derecho, como la legítima defensa.	El Artículo 3 de la propuesta de ley debe suprimirse, y remitirse a las normas correspondientes de la legislación civil vigente
<p>Artículo 4.- En el Artículo 104 del Código del Trabajo, añádase el inciso siguiente:</p> <p><i>“En todos los procesos que siga el Servicio de Rentas Internas, que se hayan iniciado para la recaudación de tributos, se deberá notificar a las respectivas autoridades de trabajo, con la determinación de las utilidades.”</i></p>			
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	Se obliga al SRI a comunicar al MRL acerca de las determinaciones o diferencias en liquidaciones con respecto a utilidades	
	Asambleísta Sylvia Kon	Se plantea una modificación razonable, a efectos de que el SRI cruce de manera oportuna información con el Ministerio de Relaciones Laborales en relación a la determinación de las utilidades reportadas por las empresas.	
	Asambleísta Ing. Fernando González	La disposición confunde la materia laboral con la tributaria.	Archivo de la Ley
<p>Artículo 5.- Sustitúyase el tercer inciso del Artículo 155 del Código del Trabajo, por el siguiente:</p> <p><i>“Durante los nueve (9) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.”</i></p>			
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	En la mayoría de empleos se configura esta realidad.	
	Asambleísta Sylvia Kon	Se propone un nuevo contenido que define de mejor manera el derecho que tiene la madre lactante a una jornada de seis horas y al mismo tiempo al servicio de guardería.	
	Asambleísta Fernando Cáceres Cortez	Se debe encontrar concordancia entre el Art. 33 de la LOSEP y no	Sustitúyase “Durante nueve (9) meses por la

		transgredir el principio de igualdad de las personas, de acuerdo al Art.11, numeral 2 de la Constitución de la República	palabra de doce (12) meses...”
	Asambleísta Dr. Fernando Bustamante Ponce	La jornada de trabajo de la madre lactante, debe ser 6 horas efectivas, ajustándose a los horarios de trabajo ordinario	Sustitúyase “ <i>Durante los nueve (9) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas efectivas, que se ajustarán a los horarios ordinarios de trabajo del empleador, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria, debiendo mediar acuerdo entre las partes</i> ”
Artículo 6.- Derógase el Artículo 269 del Código del Trabajo.			
	Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	No constituye un aspecto económico que justifique una calificación de proyecto urgente.	
	Asambleísta Sylvia Kon	Se plantea la derogatoria del artículo 269 que regula el derecho a las vacaciones de las empleadas domésticas.	Debe eliminarse únicamente el primer inciso del artículo 269 del Código del Trabajo, puesto que derogar todo el artículo implicaría desconocer el derecho a las vacaciones de la empleadas domésticas.
<p>DISPOSICIÓN TRANSITORIA. – El Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales, de manera excepcional, y por esta única ocasión, previo informe sumario, con liquidación y resolución efectuados por el respectivo Director Regional del Trabajo de la jurisdicción correspondiente, procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar.</p> <p>Una vez realizado el pago a cada trabajador, el Ministerio de Relaciones Laborales se subrogará de pleno derecho en las obligaciones por pagar y deberá iniciar los juicios coactivos correspondientes, contra los ex empleadores y sus empresas y personas vinculadas, para recaudar los valores pagados a los trabajadores, teniendo para el efecto, las facultades señaladas en el Artículo 2 de esta Ley.</p>			

Bloque MPD Asambleísta Dr. Ramiro Terán	Inconstitucionalidad de la disposición transitoria de acuerdo al Art. 290, #7 de la Constitución de la República del Ecuador <i>“Se prohíbe la estatización de deudas privadas”</i>	Elimínese la disposición transitoria
Asambleísta Dr. Richard Guillén	Inconstitucionalidad de la disposición transitoria de acuerdo al Art. 290, #7 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece “Se prohíbe la estatización de deudas privadas”	Archivo de la ley por inconstitucionalidad
Asambleísta Raúl Abad Vélez		Agregar “o a su patrimonio personal” en el segundo inciso de la disposición transitoria, luego de la expresión “contra los ex empleadores y sus empresas”
Cámara de Industrias y Producción (CIP) Dr. Pablo Dávila Jaramillo	Se violan principios de derechos básicos como el de propiedad, presunción de inocencia, debido proceso, oportunidad de defensa, entre otros.	
Asambleísta Sylvia Kon	Es la norma que contiene el verdadero propósito de la Ley, esto es que el Estado asuma con las obligaciones de los empleadores de los casinos y salas de juego, los mismos que han eludido el pago de indemnizaciones que les correspondía entregar a sus trabajadores. Es inconstitucional estatizar una deuda privada, de conformidad con lo prescrito en el artículo 290, numeral 7. El Estado no puede asumir deudas privadas.	
Asambleísta Patricio Quevedo	Es inconstitucional estatizar una deuda privada, de conformidad con lo prescrito en el artículo 290, numera 7.	
Asambleísta Ab. Washington Cruz	El artículo 290, numeral 7 de la Constitución de la República, prohíbe la estatización de deudas privadas. El Estado no puede	

	<p>desobedecer flagrantemente la Constitución, destinando recursos económicos públicos a fines privados. El proyecto de Ley viola los artículos 4 y 5, numeral 2 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por cuanto las letras, signos, palabras, oraciones, frases, párrafos que constan en los artículos citados, no encajan con el beneficiario o beneficiarios de la estatización de la deuda privada que , el Estado ecuatoriano quiere asumir ilegalmente.</p>	
<p>Asambleísta Abg. Consuelo Flores</p>	<p>No es posible que el Estado adquiriera deudas de carácter privado, prohibido enfáticamente por la Constitución, artículo 290, numeral 7. La raíz del problema no está en la falta de legislación, se trata de un problema coyuntural , ya que evuelve la descoordinación existente entre los ministerios e instituciones encargadas de la aplicación de la Ley, como resultado del ineficiente cruce de la información y en ocasiones debido a la ralentización con la que operan ciertos funcionarios en la aplicación de la Ley, dejando tiempo suficiente para que los deudores desaparezcan, literalmente, sus bienes.</p>	
<p>Asambleísta Sr. Marco Murrillo</p>	<p>La Constitución de la República en su artículo 290, numeral 7 prohíbe la estatización de deudas privadas. El gobierno debió establecer primero mecanismos y planes de contingencia para ayudar a las más de tres mil personas que se quedaron sin empleo, antes de asumir las indemnizaciones de forma ilegal que les corresponde pagar a los empleadores de casinos y salas de juego. Además no existe un plazo para que se recupere</p>	

		<p>dichos fondos, no se explicita la cantidad de personas que se acogerían a esta ley y tampoco se indica el monto al que asciende el pago de las obligaciones no cumplidas.</p> <p>En ese orden, hace falta que el Estado transparente si se hará cargo de indemnizaciones en el contexto de lo establecido en el Código de Trabajo; o, si además cubrirá otros rubros correspondientes al pago de las obligaciones de los empleadores que incumplieron con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.</p> <p>Tampoco se dice nada respecto al derecho de repetición del Estado en contra de las personas responsables de los daños producidos por la violación de los derechos laborales de las y los ex trabajadores de los casinos en nuestro país.</p>	
	Asambleísta Dra. María Molina	Esta disposición es inconstitucional. En efecto, según lo dispone el número 7 del artículo 290. En el presente caso evidentemente el Estado ecuatoriano pagará las indemnizaciones de los empleadores de los casino, sin garantía alguna respecto a la recuperación de dichos recursos.	
	Asambleísta Fernando Cáceres Cortez	Agregar al final del primer inciso lo siguiente:··· tales como casinos y salas de juego	
		Agregar en el segundo inciso, a continuación de la palabra personas vinculadas agregar la frase “sean principales o subsidiarias”	
	Asambleísta Ing. Fernando González	Se pretende estatizar deuda claramente pública.	Archivo de la Ley

		A favor de que se mejoren las condiciones laborales de las empleadas domésticas, y en general se apoya las mejoras en los derechos laborales de los ciudadanos.	
	Asambleísta Dr. Fernando Bustamante Ponce	<p>1.- La disposición transitoria es inconstitucional de acuerdo a lo prescrito en los artículos 287 y 290 (#7) de la Constitución de la República, ya que se establece la obligatoriedad de que toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente y a estatización de deuda privada.</p> <p>2.- En una situación similar se encuentran los trabajadores de las universidades, los cuales podrían ser beneficiarios de esta disposición y amparados en el At. 11 (#2) de la Carta Magna</p> <p>3.- La ley debe ser general, abstracta y permanente.</p>	Suprimir
	Asambleísta Lic. Rocío Valarezo Ordóñez	Es necesario velar por el principio de inocencia previsto en el Art. 76 (#2) de la Constitución.	Añádase al inciso 2: (···) contra los ex empleadores y sus empresas y personas vinculadas, <i>siempre y cuando no sean los administradores y trabajadores.</i>
	Asambleísta Sr. Pedro de la Cruz		Que se diga que el cobro también será por las multas, gastos e intereses generados, hasta la fecha de pago.



REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

SEGUNDO SUPLEMENTO

Año IV - Nº 797

**Quito, miércoles 26 de
septiembre del 2012**

Valor: US\$ 1.25 + IVA

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO
BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre
N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez

Dirección: Telf. 2901 - 629
Oficinas centrales y ventas:
Telf. 2234 - 540

Distribución (Almacén):
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto
Telf. 2527 - 107

Suscripción anual: US\$ 400 + IVA
para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país
Impreso en Editora Nacional

1500 ejemplares -- 8 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**



**ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

PRESIDENCIA DE LA
REPÚBLICA

Oficio No. T.6465-SNJ-12-1121

Quito, 25 de septiembre de 2012

Ingeniero

HUGO DEL POZO BARREZUETA

Director del Registro Oficial

En su despacho

De mi consideración:

Adjunto al presente encontrará copia del oficio SAN-2012-1162 de 25 de septiembre de 2012, enviado por el doctor Andrés Segovia, Secretario de la Asamblea Nacional, en relación al veto propuesto por el señor Presidente Constitucional de la República al Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, en el cual consta que el Pleno de la Asamblea Nacional no se pronunció sobre dicho veto.

Consecuentemente, y en vista de que el Pleno de la Asamblea Nacional no resolvió sobre el referido veto parcial, en el plazo de treinta días señalado en el tercer inciso del Artículo 138 de la Constitución de la República, acompañó el texto del *Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales*, en el que se encuentran incorporadas las objeciones que formuló al indicado proyecto el señor Presidente Constitucional de la República, para que, conforme dispone el cuarto inciso del Artículo 138 de la Constitución de la República, la publique como Ley de la República en el Registro Oficial.

Para efectos de lo antes solicitado, además le remito el oficio No. PAN-FC-012-1138 de 31 de julio de 2012, enviado por el arquitecto Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Asamblea Nacional y el oficio No. T.6465-SNJ-12-982 de 24 de agosto de 2012, enviado por el señor Presidente Constitucional de la República, en el se contienen las objeciones que formuló al proyecto de Ley en cuestión.

Atentamente,

f.) Dr. Alexis Mera Giler, **SECRETARIO NACIONAL JURÍDICO**

Anexo lo indicado

C.c. Arq. Fernando Cordero Cueva, PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Oficio No. PAN-FC-012-1138

Quito, 31 de julio de 2012

Señor Economista

Rafael Correa Delgado

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA

REPÚBLICA

DEL ECUADOR

En su despacho

Señor Presidente:

La Asamblea Nacional, de conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, discutió y aprobó el proyecto de **LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES**, urgente en materia económica.

En tal virtud y para los fines previstos en los artículos 137 de la Constitución de la República del Ecuador y 63 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, remito el auténtico y copia certificada del texto del proyecto de Ley, así como también la certificación del señor Secretario General de la Asamblea Nacional, sobre las fechas de los respectivos debates.

Atentamente,

f.) **FERNANDO CORDERO CUEVA**, Presidente.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

CERTIFICACION

En mi calidad de Secretario General de la Asamblea Nacional, **certifico** que el proyecto de **LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES**, fue discutido y aprobado en las siguientes fechas:

PRIMER DEBATE: 20-Julio-2012

SEGUNDO DEBATE: 31-Julio-2012

Quito, 31 de julio de 2012

f.) **DR. ANDRÉS SEGOVIA S., Secretario General**

Es fiel copia del original.- LO CERTIFICO.

Quito, septiembre 25 de 2012.

f.) **Ab. Oscar Pico Solórzano, SUBSECRETARIO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Oficio No. T.6465- SNJ-12-1112

Oficio No. SAN- 2012- 1162

Quito, 24 de septiembre de 2012

Quito, 25 de septiembre de 2012

Doctor
Andrés Segovia Salgado
**SECRETARIO GENERAL DE LA ASAMBLEA
NACIONAL**
Presente

Señor Doctor
Alexis Mera Giler
Secretario Nacional Jurídico
Presidencia de la República
Ciudad

De mi consideración:

De mi consideración:

Mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-982 de 24 de agosto del 2012, recibido por la Asamblea Nacional el mismo día, el señor Presidente Constitucional de la República, le remitió al Presidente de la Asamblea Nacional, sus objeciones al proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, para su tratamiento, de conformidad con los Artículos 137 y 138 de la Constitución de la República, y 63 y 64 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

En atención a su oficio No. T.6465-SNJ-12-1112, de septiembre 24 de 2012, relacionado con la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, me permito señalar lo siguiente:

Al respecto, le solicito que se sirva certificarme lo siguiente:

1. El Pleno de la Asamblea Nacional, en sesión de 20 de septiembre de 2012, conoció y debatió la objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, remitida mediante oficio No. T.6465-SNJ-12-982, de 24 de agosto de 2012.
2. El Pleno de la Asamblea Nacional no se pronunció por el allanamiento a la objeción, ni se pronunció por la ratificación del texto del Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional.

1. Si se realizó el debate a que se refiere el tercer inciso del Artículo 138 de la Constitución de la República, para el análisis de la objeción parcial presentada por el señor Presidente Constitucional de la República; y,
2. Si en dicho debate la Asamblea Nacional se allanó al texto propuesto por el señor Presidente Constitucional de la República, o si, por el contrario, se ratificó en el texto originalmente enviado por la Asamblea Nacional.

En cualquiera de los dos casos, le pido que me informe si tales allanamientos o ratificación, fueron totales o parciales.

Particular que pongo en su conocimiento, en observancia a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución y 64 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Atentamente,

Atentamente,

f.) Dr. Alexis Mera Giler, **SECRETARIO NACIONAL
JURÍDICO**

f.) **DR. ANDRÉS SEGOVIA S.**, Secretario General

Es copia del documento que reposa en el archivo de la Secretaría Nacional Jurídica.- LO CERTIFICO:

Es copia del original.- LO CERTIFICO:

Quito, septiembre 25 de 2012

Quito, septiembre 25 de 2012

f.) Ab. Oscar Pico Solórzano, **SUBSECRETARIO
NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

f.) Ab. Oscar Pico Solórzano, **SUBSECRETARIO
NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

EL PLENO

CONSIDERANDO:

Que, según el Artículo 34 de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y un deber y responsabilidad primordial del Estado;

Que, tal como disponen los números 1 y 3 del Artículo 37 de la Constitución de la República, el Estado garantizará a las personas adultas mayores, entre otros derechos, la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas, y la jubilación universal;

Que, por mandato de los Artículos 367 y 368 de la Constitución de la República, el sistema de seguridad social es público y universal, no puede privatizarse y debe atender las necesidades contingentes de la población, para lo cual el Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social;

Que, de conformidad con el número 2 del Artículo 285 de la Constitución de la República, la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo;

Que, conforme al Artículo 33 de la Constitución de la República el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía, ante lo cual, el Estado debe garantizar a las personas trabajadoras el respeto pleno, entre otras cosas, a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas;

Que, según lo dispuesto por el Artículo 104 del Código de Trabajo, para la determinación de las utilidades anuales de las respectivas empresas, se tomarán como base las declaraciones o liquidaciones que se hagan para el efecto del pago del impuesto a la renta;

Que, a pesar de que existe la atribución para imponer sanciones en caso de incumplimiento en el pago de las utilidades, como la prevista en el Artículo 107 del Código del Trabajo, y la facultad de considerar a las empresas vinculadas como una sola, según lo señalado en el Artículo 103 del mismo código, no se ha podido evitar el incumplimiento de la obligación antes referida por la existencia de testaferros;

Que, los empleadores también tienden a incumplir con sus obligaciones tributarias con lo que perjudican la determinación de las utilidades de los trabajadores;

Que, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no se encuentra en capacidad de recaudar los valores pendientes de pago, ya que hay casos en que los empleadores tienden a ocultar sus bienes e ingresos para incumplir con el pago de utilidades;

Que, como consecuencia de lo anterior, la declaración irreal de los empleadores impide el cobro de lo que le corresponde a los trabajadores, por concepto de utilidades;

Que, hay casos que ni aun cuando los trabajadores logran obtener resoluciones favorables de la justicia, pueden ejecutar adecuadamente tales decisiones, para recibir lo que se les adeuda;

Que, en este ámbito, por expresa delegación de la ley laboral, se hace necesaria la colaboración de la entidad recaudadora de tributos, para conocer la base sobre la cual los trabajadores podrán reclamar sus utilidades;

Que, es necesario establecer los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, que superen las medidas tomadas por ellos para evadir sus responsabilidades;

Que, el Artículo 178 del Código Tributario establece que la tercera excluyente suspende el procedimiento coactivo;

Que, debe impedirse la suspensión de la ejecución, cuando se trate de la evasión de las obligaciones patronales;

Que, el Artículo 269 del Código del Trabajo establece que los empleados domésticos tienen derecho a un día de descanso cada dos semanas de servicio;

Que, tal disposición es anacrónica, establece una desigualdad injustificada y viola los derechos de los trabajadores domésticos;

Que, el Artículo 155 del Código del Trabajo establece la obligación de contar con una guardería, para el caso de aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más;

Que, en este mismo artículo se prevé como excepción a lo antes mencionado, la posibilidad de que se reduzca la jornada de las madres trabajadoras a 6 horas diarias, durante los 9 meses posteriores al parto, cuando las empresas no cuenten con la guardería, lo que resguarda, solo en este caso, su derecho a la lactancia;

Que, esta excepción resulta injusta, pues las madres que laboran en lugares donde no cuentan con guardería, únicamente recibirían un beneficio especial durante 9 meses, en defensa de su derecho a la lactancia, pero sin considerar su derecho a acceder a las guarderías infantiles;

Que, en el primer caso, en el cual las empresas cuentan con la infraestructura, las madres se benefician de las guarderías infantiles, pero, en el caso contrario, se fija una jornada especial, que resguarda el derecho a la lactancia;

Que, en este contexto, debe aclararse la disposición antes mencionada, a fin de que se establezcan con precisión, los derechos de lactancia y de acceso a la guardería infantil, para beneficio de todas las madres;

Que, los dos derechos deben concederse de manera concurrente, según las condiciones que fije la Ley;

Que, el 7 de mayo de 2011, la ciudadanía se pronunció a favor de la prohibición de los negocios dedicados a juegos de azar;

Que, ante tal situación, dichos negocios se encontraron obligados a concluir sus operaciones;

Que, los propietarios de dichos negocios no han cumplido con sus obligaciones laborales, lo que ha dejado a muchos trabajadores sin el pago de sus correspondientes liquidaciones de haberes e indemnizaciones laborales;

Que, es necesario, por esta única ocasión y de manera excepcional, previo el embargo de los bienes e inicio del procedimiento de remate, que el Estado pague los valores que les corresponden a los trabajadores de dicho sector, en atención a la especial circunstancia que motivó el cierre de los negocios;

Que, el Estado deberá perseguir el reembolso de lo pagado ante el incumplimiento de los empleadores; y,

En ejercicio de la atribución conferida por el número 6 del Artículo 120 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Artículo 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.

Artículo 2.- Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

"En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercería excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal de lo Contencioso Tributario así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo."

Artículo 3.- En el Artículo 104 del Código del Trabajo, añádase el inciso siguiente:

"En todos los procesos que siga el Servicio de Rentas Internas, que se hayan iniciado para la recaudación de tributos, se deberá notificar a las respectivas autoridades de trabajo, con la determinación de las utilidades, información que servirá como base para las decisiones administrativas y/o jurídicas, que en lo posterior realicen dichas autoridades."

Artículo 4.- Sustitúyase el tercer inciso del Artículo 155 del Código del Trabajo, por el siguiente:

"Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria."

Artículo 5.- Derógase el Artículo 269 del Código del Trabajo.

Artículo 6.- Añádase el siguiente artículo innumerado después del Artículo 268 del Código de Trabajo:

"Art. ... - A los empleados y trabajadores domésticos se garantiza los mismos beneficios de cualquier otro trabajador en general, debiendo sus jornadas de trabajo y descanso ser de cinco días a la semana o sea cuarenta horas hebdomadarias y los días sábados y domingos serán de descanso. Si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores."

Artículo 7.- Añádase un Artículo innumerado a continuación del Artículo 36 del Código Civil, que diga lo siguiente:

"Art. ... - Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico."

DISPOSICIÓN GENERAL

El Estado ecuatoriano, ejercerá el derecho de repetición de conformidad con el Art. 11 de la Constitución de la República.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

PRIMERA.- El Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales, y con las atribuciones

que le otorga esta ley, procederá a iniciar los juicios coactivos correspondientes para que en un plazo máximo de 60 días, proceda al embargo de los bienes de los obligados de las empresas y personas vinculadas a los empleadores de los casinos y demás salas de juego. Inmediatamente, iniciará el proceso de remate.

Hecho esto, el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Relaciones Laborales de manera excepcional, y por esta única ocasión, previo informe sumario, con liquidación y resolución efectuados por el respectivo Director Regional del Trabajo de la jurisdicción correspondiente, procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar.

Una vez realizado el pago a cada trabajador, el Ministerio de Relaciones Laborales se subrogará de pleno derecho como acreedor de las obligaciones canceladas a los trabajadores y continuará con los juicios coactivos iniciados para recaudar los valores pagados a los trabajadores, teniendo para el efecto, las facultades señaladas en el Artículo 1 de esta Ley.

SEGUNDA: Por esta sola vez los empleadores que no hubieren afiliado a sus trabajadores con relación de dependencia en los últimos tres (3) años, así no se mantenga la relación laboral en la actualidad, no serán sujetos de sanción y podrán afiliarlos extemporáneamente al IESS, dentro del plazo de seis (6) meses contados desde la expedición de la presente Ley, pagando los valores correspondientes de aportación patronal y del trabajador, más el interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, sin recargos por multas, incrementos adicionales o de cualquier naturaleza, sin perjuicio de la responsabilidad patronal que se genere.

Para los cálculos se exceptuarán los porcentajes correspondientes a los seguros de salud y riesgos de trabajo.

El IESS podrá conceder plazos, de acuerdo a la resolución que para el caso expida el Consejo Directivo del IESS, para el pago de la deuda total calculada según lo señalado en esta disposición transitoria. Al valor del capital adeudado se agregará el correspondiente al financiamiento, aplicando las mismas tasas que las de los préstamos quirografarios.

Esta disposición también se aplicará para todos los empleadores contra los cuales el IESS ha emitido títulos de crédito y aún no han sido cancelados, a fin de que se proceda con su pago. No será aplicable esta disposición, cuando se encuentren pendientes de resolución juicios en los cuales se discuta la relación laboral, salvo que previamente se autorice el desistimiento o el allanamiento en tales juicios.

DISPOSICIÓN REFORMATORIA:

PRIMERA.- Añádase un tercer inciso en el Artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, con el texto siguiente:

“Esta disposición se entenderá, sin perjuicio de lo señalado en el primer inciso del Artículo 96.”

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los treinta y un días del mes de julio de dos mil doce.

FERNANDO CORDERO CUEVA
Presidente

DR. ANDRÉS SEGOVIA S.
Secretario General



SUSCRÍBASE

Al Registro Oficial Físico y Web

Av. 12 de Octubre N 16-90 y Pasaje Nicolás Jiménez / Edificio NADER
Teléfonos: Dirección: 2901 629 / 2542 835
Oficinas centrales y ventas: 2234 540
Editora Nacional: Mañosca 201 y 10 de Agosto / Teléfono: 2455 751
Distribución (Almacén): 2430 110
Sucursal Guayaquil: Malecón N° 1606 y Av. 10 de Agosto / Teléfono: 04 2527 107

Síguenos en:

www.registroficial.gob.ec

facebook

twitter



editora nacional

Sentencia C-025/93

FACULTADES EXTRAORDINARIAS CONFERIDAS POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE-Naturaleza

Las facultades que el Constituyente concede al Presidente en varias disposiciones transitorias, cuya titularidad y ejercicio ordinariamente se atribuye en el cuerpo permanente de la Constitución a otra rama u órgano del Estado, tienen carácter extraordinario, independientemente que el Constituyente así las defina o que ellas tengan naturaleza normativa, electiva o de pura gestión. El origen de las facultades transitorias concedidas al Presidente se remonta al Constituyente y su finalidad se circunscribe a facilitar el tránsito constitucional. No pueden aquéllas homologarse a las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente. Es de la esencia de una facultad transitoria estar sujeta a un término o a una condición. No puede tener un término inicial establecido por el Constituyente, y uno final a ser definido discrecionalmente por el órgano receptor de la facultad. Si ello no es de recibo en el campo de las funciones legales, menos todavía podía ser admisible en materia constitucional.

MAGISTRADO DE CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Periodo

El término final que debía tenerse en cuenta para el ejercicio de la facultad transitoria conferida al Presidente por el artículo 25 transitorio, no podía ser otro que el previsto por el mismo constituyente en el artículo 9 transitorio. Como quiera que este término constitucional transcurrió sin que el Presidente ejerciera la facultad extraordinaria, ella caducó y mal puede sustentarse su actuación tardía con base en un término final de orden legal que el Gobierno se fijó así mismo y que excede el constitucional. El establecimiento de una fecha inicial del periodo de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura resulta constitucional, entre otras razones, por la necesidad de marcar en el tiempo la iniciación del régimen constitucional ordinario y la asunción plena y legítima de las facultades y deberes del Congreso.

NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA-Carácter

La razón de ser de las normas transitorias, es la de servir de puente hacia la instauración del régimen constitucional ordinario al cual ellas se refieren y que se encuentra en suspenso hasta su agotamiento. La instrumentalidad del régimen transitorio explica su carácter eminentemente temporal y precario, llamado a ser superado y sustituido por el régimen ordinario tan pronto sea ello posible jurídica y materialmente. La interpretación, consecuentemente, debe favorecer cuando sea del caso el advenimiento del régimen ordinario, pues sólo a partir de él adquieren vigencia sus disposiciones y mayor contenido de legitimación los actos del estado.

REGLAMENTO DEL CONGRESO/LEY ORGANICA

La regulación de una materia por el Congreso, mediante un tipo especial de ley, puede así mismo comprometer el ejercicio de sus facultades legislativas ordinarias y de su cláusula general de competencia. Los contenidos - en este caso orgánicos - de la ley especial, sólo podrán modificarse, adicionarse o derogarse, en virtud de una ley del mismo tipo y surtiéndose el procedimiento especial. Por su parte, el contenido ordinario de la ley especial, esto es, producto de una competencia general y no ligado al núcleo esencial de la reserva de ley especial, puede, en el futuro, modificarse, adicionarse o derogarse, mediante el procedimiento legislativo ordinario.

FUERO DEL CONGRESISTA-Naturaleza

El fuero especial consagrado para los congresistas no tiene el carácter de privilegio. No se otorga competencia alguna al Congreso para autorizar o rechazar la investigación o juzgamiento de uno de sus miembros. No puede el Congreso, a través de ley instituir privilegios o prerrogativas, cuya concesión sólo podría remitirse al momento constituyente. Reemplazado el antiguo sistema de la inmunidad, por el de un fuero especial, el único papel que puede asumir el Legislador al dictar su reglamento se contrae a hacer compatible su normal funcionamiento con la existencia y plena operancia de dicho fuero. En este sentido, la precisión que se introduce en la ley acusada desconoce la independencia y la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia para ordenar la detención del Congresista y configura en favor de este último la consagración de un privilegio - adicional a su fuero - no previsto por el Constituyente y, por tanto, de imposible concesión unilateral por parte del mismo poder constituido beneficiario del mismo.

LEY-Trámite de urgencia

El período de reflexión querido por el Constituyente como conveniente para la maduración de la ley en formación, carece de sentido cuando las dos comisiones agotan conjuntamente el primer debate. Es evidente que en el trámite de urgencia, la deliberación conjunta de las dos comisiones obvia el paso del proyecto de una Cámara a la otra, lo cual es uno de los efectos buscados mediante este procedimiento que busca reducir el tiempo que se emplea en el procedimiento legislativo ordinario.

LEY-Trámite/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA

La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cual por recaer sobre la materia, tiene carácter

*sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley. La interpretación del principio de **unidad de materia** no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el **principio democrático**, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley. Un proyecto de ley no puede versar sobre **varias materias**. La Constitución expresamente proscribire semejante hipótesis.*

NORMA CONSTITUCIONAL-Efectos/TRANSITO CONSTITUCIONAL

No escapa a esta Corte Constitucional la imposibilidad de otorgar efecto retroactivo a las nuevas prohibiciones consagradas en la Constitución, particularmente cuando ellas suprimen antiguas competencias de los órganos del Estado. Los efectos de aquellas normas pueden contrariar el nuevo ordenamiento constitucional de manera frontal y no encontrar acomodo en él. Si este es el caso, tales efectos deberán considerarse extintos. Mas si los mismos se encuentran plenamente consolidados como situaciones jurídicas activas sustentadas en un justo título o pueden conciliarse con el nuevo marco constitucional, no procede desestimarlos y deberán ser tenidos en cuenta como efectos supérstites de normas anteriores válidamente expedidas a la luz del ordenamiento constitucional entonces vigente. El principio que ordena interpretar el ordenamiento legal producido al amparo de la anterior constitución, de acuerdo con el nuevo texto constitucional y los valores que lo inspiran, se extiende no sólo a las leyes sino a los efectos de éstas bajo el actual sistema constitucional.

AUXILIOS O DONACIONES-Vigencia de su prohibición

La prohibición constitucional de los auxilios no permite plantear el ejercicio de una actividad legislativa que, bajo la perspectiva del reglamento del Congreso, sea necesario regular orgánicamente. La intención del Constituyente fue la de aplicar la prohibición de decretar auxilios, a partir de la vigencia de la Constitución, y no retroactivamente. En este orden de ideas, el programa de control administrativo y fiscal establecido con el objeto de evitar el abuso y desviación de los auxilios decretados con anterioridad a la promulgación de la Constitución, pendientes de desembolso, pone de presente la necesidad de ajustar los efectos de leyes anteriores válidas a la nueva realidad constitucional. La solución adoptada pretendía concederle a la Constitución la máxima eficacia y hacer compatible con ella la entrega de recursos - ordenada por leyes válidamente expedidas con anterioridad a su promulgación - cuya

destinación y pago se sujetaban a estrictos controles, de modo que no se repitieran los abusos que llevaron al Constituyente a proscribir los auxilios. Pese a lo plausible que pueda ser un criterio interpretativo, éste no podrá hacer tránsito a norma legal si su materia es ajena a la materia dominante de la ley a cuya sombra pretende acogerse.

REF: Demandas Nos. D-143, D-147, D-148, D-149, D-150, D-155, D-156, D-161, D-163, D-178 y D-180 acumuladas

Actores: Israel Morales P., Víctor Velásquez Reyes y otros

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 18 (parcial), 20, 24, 27, 28, 146, 183 (parcial), 146, 266 (parcial), 267, 273 (parcial), 306 (parcial), 307, 316 (parcial), 317, 318 (parcial), 319, 393 (parcial), y 1º, º, 3º, 4º y 5º transitorios de la Ley 5ª de 1992 "por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", y la Ley 6ª de 1992 "por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones"

Reglamento del Congreso

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., febrero cuatro de 1993

Aprobado por Acta No. 8

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Simón Rodríguez Rodríguez y los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Jaime Sanín Greiffenstein,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso ordinario de constitucionalidad contra varias de las disposiciones de la Ley 5ª de 1992 "por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes" y la totalidad de la Ley 6ª de 1992 "por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir bonos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones".

I. TEXTO DE LA LEY ACUSADA

El texto completo de la Ley 5ª de 1992 aparece publicado en el ejemplar del Diario Oficial, que obra a folio 9 del expediente D-147.

LEY 05 DE 1992 (junio 17)

"por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado
y la Cámara de Representantes"

El Congreso de Colombia,
DECRETA:

...

Artículo 18. Atribuciones del Congreso pleno. Son atribuciones constitucionales del Congreso pleno:

- 1. Posesionar al Presidente de la República, o al Vicepresidente, cuando haga sus veces.**
- 2. Recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otros países.**
- 3. Elegir Contralor General de la República.**
- 4. Elegir Vicepresidente de la República cuando sea menester reemplazar al elegido por el pueblo. Así mismo, proveer el cargo cuando se presente vacancia absoluta.**
- 5. Reconocer la incapacidad física del Vicepresidente de la República, la cual origina una falta absoluta.**
- 6. Elegir los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.**
- 7. Decidir sobre la moción de censura con arreglo a la Constitución y este Reglamento.**

8. Decretar la formación de nuevos departamentos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial y una vez verificados los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por la Constitución Política.

...

Artículo 20. Cargos de elección del Congreso. Corresponde al Congreso pleno elegir al Contralor General de la República, al Vicepresidente de la República en caso de falta absoluta y a los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

...

Artículo 24. Período. El Contralor General de la República será elegido para un período de cuatro (4) años, que empezará a contarse a partir del primero (1º) de septiembre de 1994.

...

Artículo 27. Composición e integración. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura estará integrada por siete Magistrados elegidos, cada uno, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.

...

Artículo 28. Período. Los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria serán elegidos para un período de ocho (8) años, contados a partir del primero (1º) de septiembre de 1992.

...

Artículo 146. Materias diversas en un proyecto. Cuando un proyecto de ley verse sobre varias materias será repartido a la Comisión de la materia predominante, pero ésta podrá solicitar a las demás Comisiones competentes un concepto sobre el mismo, así no sea de forzoso seguimiento.

Las leyes con contenido de superior jerarquía posibilitan la constitucionalidad de otras de rango inferior incluidas durante su trámite o proceso legislativo, si no fueren rechazadas según los procedimientos constitucionales y reglamentarios.

...

Artículo 183. Proyecto a la otra Cámara. Aprobado un proyecto de ley por una de las Cámaras, su Presidente lo remitirá con los antecedentes

del mismo y con los documentos producidos en su tramitación, al Presidente de la otra Cámara.

Entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra deberán transcurrir, por lo menos, quince (15) días, salvo que el proyecto haya sido debatido en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales, en cuyo caso podrá presentarse la simultaneidad del segundo debate en cada una de las Cámaras.

...

Artículo 266. Vigilancia administrativa. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 118 y 277 numeral 6, constitucional, sólo el Procurador General de la Nación podrá ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de los Senadores y Representantes.

Artículo 267. Fuero para el juzgamiento. De los delitos que cometan los Congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención.

En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación.

Parágrafo. La privación de la libertad sólo es procedente cuando se haya proferido resolución acusatoria debidamente ejecutoriada.

...

Artículo 273. Afectación presupuestal. Prohibiciones. A partir de la vigencia de la nueva Constitución Política, no se podrá decretar por alguna de las ramas u órganos del poder público, auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Se entienden como decretadas las partidas a que aluden este artículo y los concordantes de la Constitución en el momento de aprobarse en el respectivo presupuesto general de gastos o en la ley de apropiaciones.

...

Artículo 306. Elección. El Defensor del Pueblo, que forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Su elección corresponde a la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República.

Artículo 307. Período. El Defensor del Pueblo es elegido para un período de cuatro (4) años, contado a partir del primero (1º) de septiembre de 1992.

...

Artículo 316. Período. El Procurador tendrá un período de cuatro (4) años, contado a partir del primero (1º) de septiembre de 1994.

A partir del 20 de julio de 1994, y dentro de los treinta (30) días siguientes a la instalación del Congreso de la República, deberá procederse a la primera elección.

Artículo 317. Composición. La Corte Constitucional estará integrada por nueve (9) Magistrados.

Artículo 318. Elección. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República. Para ese efecto el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado enviará cada uno tres (3) ternas.

En ningún caso podrán los Magistrados ser reelegidos.

En los casos de vacancia absoluta el Senado elegirá el reemplazo correspondiente solicitando la terna de origen respectiva.

Artículo 319. Período. Los Magistrados de la Corte Constitucional tendrán períodos individuales de ocho (8) años.

La primera elección se hará el primero (1º) de diciembre de 1992 y su período se iniciará el primero de marzo del año siguiente.

...

Artículo 1º (transitorio) Elección y período. Para el período constitucional 1992-1994, y a partir del 20 de julio, el Congreso pleno elegirá Designado a la Presidencia de la República, mediante procedimiento similar al indicado en el artículo 25 del presente Reglamento.

Artículo 2º (transitorio) Sucesión presidencial y funciones. El Designado a la Presidencia tendrá hasta el día siete de agosto de 1994, la vocación de sucesión presidencial, en los términos de la Constitución Política, artículo 15 transitorio.

Artículo 3º (transitorio) Prohibición de reelección. La prohibición de reelección indicada en el artículo 40 de este Reglamento, rige el actual período constitucional, y la primera Mesa Directiva comprenderá del 1º de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1992.

Artículo 4º (transitorio) Vigencia normativa. El trámite legislativo que estuviere en curso al momento de empezar a regir el presente

Reglamento, se acomodará en la medida de lo posible a las normas del mismo.

Artículo 5° (transitorio) Con el fin de interpretar el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Nacional, aclárase que los auxilios, aportes, ayudas financieras, subvenciones o donaciones, decretados con anterioridad a la vigencia de dicha Constitución, puedan ejecutarse y pagarse con arreglo a las normas vigentes a esa fecha. Para tal efecto las autoridades respectivas adoptarán mecanismos especiales de control que garanticen su correcta utilización.

Parágrafo. Exceptúanse de lo anterior, las partidas no pagadas incluidas en los presupuestos para la vigencia de 1991 denominadas aportes para las empresas útiles y benéficas de desarrollo regional, con destino a las Corporaciones y esas partidas ingresarán al presupuesto respectivo para ser invertidas en salud, educación y vivienda.

...

Artículo 393. Vigencia de la Ley. Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación, incluyendo las disposiciones transitorias, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

(Se subrayan las partes demandadas de los artículos)

El texto completo de la Ley 6ª de 1992 obra a folio 11 del expediente D-161.

II. ANTECEDENTES

1.- El Congreso de la República aprobó la Ley 05 de 1992 "por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes" el día 9 de junio de 1992, como consta en los Anales del Congreso N° 93 del 15 de junio de 1992, la cual fue sancionada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial N° 40.483 del 18 de junio de 1992.

2.- La Ley 06 de 1992, de junio 30, fue publicada en la misma fecha, en el Diario Oficial N° 40.490.

3.- En el presente proceso se acumularon once demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 5ª de 1992, presentadas por los siguientes ciudadanos:

D-143: Israel Morales P. y Víctor Velásquez Reyes;
D-147: Adelaida Angel Zea;

- D-148: Alirio Martínez Serna;
D-149: Adalberto Carvajal, Félix Bonilla Bohórquez,
Dagoberto Quiroga, Ramiro Mejía Correa y
Santiago Beltrán Lozano;
D-150: Jesús Pérez González-Rubio;
D-155: Luis Guillermo Nieto Roa;
D-156: Luis Guillermo Nieto Roa;
D-161: Eduardo Laverde Toscano;
D-163: Eusebio Clavijo Sánchez;
D-178: Camilo Revelo Lucero; y
D-180: Luis Enrique Berrocal Guerrero

5. Durante el término de fijación en lista de las normas acusadas se presentaron escritos defendiendo la constitucionalidad de las mismas por parte del señor Secretario General de la Presidencia de la República, doctor Fabio Villegas Ramírez; del Senador Alvaro Pava Camelo, en su calidad de Presidente Encargado del H. Senado de la República; del señor José Reynel Orozco Agudelo, apoderado de la Nación - Ministerio de Gobierno y de los abogados Nohora Inés Matiz Santos y Humberto Aníbal Restrepo Vélez, apoderados de la Nación - Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos Nacionales.

6. El concepto del Señor Procurador General de la Nación fue recibido en tiempo.

7. Por razones de metodología, debido a la multiplicidad de las demandas y defensas, los cargos, las defensas y el concepto fiscal se presentan y resumen, en lo esencial, alrededor de los diversos artículos demandados.

- **ARTICULO 18:** Se considera violatorio del artículo 141 de la Carta, porque establece la reunión en un solo cuerpo del Congreso para la elección de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, evento no previsto en la norma constitucional, de interpretación taxativa. Igualmente viola el artículo 149 de la Constitución, que dispone la invalidez de cualquier acto del Congreso realizado por fuera de las condiciones constitucionales, así como el 144, *ibid*.

El Senador Pava considera que, aunque el artículo 141 no preve la reunión del Congreso en un sólo cuerpo para la elección de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el artículo 254-2 la autoriza, al ordenar que los Magistrados sean elegidos por el Congreso Nacional, lo que indica que ello debe hacerse en un solo cuerpo y no en sesiones separadas, que harían virtualmente imposible la elección.

En opinión del señor Procurador, esta disposición viola claramente la Constitución en su artículo 141, que contempla taxativamente los casos en que el Congreso puede reunirse en un solo cuerpo. La norma señala que la

elección de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se verifique por el Congreso pleno, mientras que la correspondiente norma constitucional dispone que la elección se haga por el Congreso Nacional. Añade que cuando la Carta menciona al Congreso Pleno, hace relación a la reunión conjunta de Cámara y Senado para los eventos contemplados en el artículo 141. Por el contrario, cuando utiliza la expresión "Congreso" se refiere a la actividad independiente de cada una de las Cámaras.

- **ARTICULO 20:** Se considera inconstitucional por violar los artículos 141, 144 y 149 de la Carta, al incluir un evento distinto a los previstos por la Constitución para la reunión del Congreso en un solo cuerpo, además de violar el período constitucional de los Magistrados ya nombrados, señalado por la Constitución en los artículos 254 y 25 transitorio.

El Presidente Encargado del Senado reitera que el artículo 254-2 al disponer que la elección de los Magistrados por el Congreso, se refiere al Congreso reunido en pleno, ya que en sesiones separadas se haría virtualmente imposible la elección.

- **ARTICULO 24:** El demandante considera que esta norma, al señalar el período del Contralor, viola la Carta, que directamente asume la tarea de fijar los diferentes períodos, mientras que es a la ley a la que corresponde determinar las fechas de iniciación de los mismos, pero respetando en cada caso la autonomía de la materia, como lo ordena el artículo 158 de la Carta.

El H. Senador Pava, en su escrito de defensa, afirma que esta norma no contraviene el artículo 158 sobre identidad de materias en un proyecto de ley. Sólo repite la fijación constitucional del período, y como es a la ley a la que corresponde fijar las fechas de iniciación de los períodos, ello puede hacerse en la ley que reglamenta las funciones del Congreso, por ser una función propia del mismo.

El Procurador considera que esta norma, aunque repita la norma constitucional, no es propia de un reglamento del Congreso. La fijación de períodos y fechas de iniciación de labores de estos funcionarios son ajenos al reglamento. Aunque es cierto que al Congreso corresponda su elección, advierte: "**...se trata de una función que se limita a la facultad de hacer las correspondientes designaciones, de conformidad con las disposiciones constitucionales o legales que regulen cada materia**".

-**ARTICULO 27:** Los demandantes consideran que esta disposición viola la Carta Política en razón de la falta de competencia del Congreso para elegir a la primera Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo dispone el artículo 25 transitorio de la Constitución, en concordancia con el artículo 254-2. Además, esta norma, por regular un aspecto de la Administración de Justicia, debió haber sido aprobada por medio de una ley estatutaria y ser revisada previamente por la Corte Constitucional, como lo ordena el artículo 152 de la Carta y no por una ley

orgánica relativa al reglamento del Congreso. La modificación del período de los Magistrados, sostienen algunos demandantes, debió efectuarse por medio de un Acto Legislativo. Se señala también que esta norma de carácter orgánico modificó irregularmente una disposición de carácter estatutario, como lo es el artículo 1º del Decreto 2652 de 1991. De igual forma viola los artículos 158 y 169 por constituir materia ajena a la del Reglamento del Congreso y contraviene los artículos 113, 121 y 136, dado que el Congreso se inmiscuyó en funciones propias del Ejecutivo.

El escrito de defensa presentado por el Presidente Encargado del H. Senado de la República señala que corresponde a la ley la fijación del período de los Magistrados, al igual que compete al Congreso elegir a los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional, razón por la cual son eventos que pueden ser objeto de reglamentación por parte de la ley que establece el Reglamento del Congreso.

El señor Procurador General de la Nación considera que no procede el argumento de violación de normas legales, como lo es el cargo por la modificación del Decreto 2652 de 1991, pero sí el cargo por violación del artículo 158 de la Carta, pues esta norma, aunque repita la norma constitucional, no es propia de un reglamento del Congreso. La fijación de períodos y fechas de iniciación de labores de estos funcionarios son determinaciones ajenas al reglamento.

- **ARTICULO 28:** Sostienen los demandantes, entre ellos el Doctor Jesús Pérez González-Rubio, que esta norma por ser propia de una ley orgánica, requería mayoría absoluta de votos para ser aprobada, mayoría que no se alcanzó. En efecto, en el Senado sólo obtuvo 51 votos afirmativos cuando debían ser 52 y en la Cámara de Representantes sólo logró 62 votos afirmativos cuando requería de 81 como mínimo.

Desconoce igualmente el artículo 25 transitorio que atribuyó al Presidente, **por primera y única vez**, la designación de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. El demandante en el expediente D-150 sostiene que es claro que la elección de los Magistrados era por un término de ocho años, porque la Constitución no estableció una elección provisional, como sí lo hizo para los Magistrados de la Corte Constitucional en el artículo 22 transitorio. En su opinión, la disposición acusada también atenta contra el principio de igualdad. Los Magistrados de la Sala Administrativa, que se posesionaron en sus cargos el mismo día que los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fueron elegidos por ocho años, mientras que los últimos, por decisión del Congreso, sólo resultaron elegidos provisionalmente.

Además, sostienen, el Congreso se excedió en el ejercicio de sus facultades al dictar una norma ajena a la materia de la ley del Reglamento del Congreso. Se violan por esta vía los artículos 151 y 158 y, en consecuencia

los artículos 113 y 136-1. La norma acusada contraría el artículo 161, dado que este mecanismo se previó para normas sobre las que hubiere discrepancias y no para normas improbadas. También se acusa a la norma de contravenir los artículos 2º, 4º y 40 de la Carta por violar el derecho al ejercicio de cargos públicos.

El Senador Pava señala que la Carta no determinó la fecha de iniciación del período de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, extremo cuya fijación debe corresponder a la ley. Como a lo anterior se agrega que el artículo 25 transitorio no señaló el período para el cual serían designados los Magistrados por el Presidente, se concluye que esta era una designación transitoria.

El Procurador considera que esta norma, aunque repita la norma constitucional, no es propia de un reglamento del Congreso y por lo mismo viola el artículo 158 de la C.P.

- **ARTICULO 146:** Los demandantes consideran que esta disposición viola el artículo 158 de la CP, por permitir que un proyecto de ley contenga diversas materias, con lo cual, además, se viola el postulado de la buena fe consagrado en el artículo 83.

Por su parte, el H. Senador Pava manifiesta que este artículo no establece la posibilidad de que un mismo proyecto verse sobre materias diversas.

"...Sólo que como de hecho puede ocurrir que un mismo proyecto verse sobre diversas materias, y como todo proyecto de ley ha de enviarse a una de las comisiones permanentes para su primer debate, como lo mandan los artículos 142 y 157, numeral 2,...., debía establecerse, y así se hizo, a qué Comisión se enviaría el proyecto,..."

El Secretario General de la Presidencia de la República argumenta que no se configura la supuesta violación del artículo 158. Señala que el actor confunde los conceptos de "materia" utilizados en forma distinta por el artículo 146 de la Ley y por el 158 de la C.P. El artículo 146 emplea dicha expresión para determinar la competencia de las Comisiones Constitucionales; por su parte, el artículo 158 la utiliza para referirse a la unidad conceptual que debe existir en todo proyecto de ley, con el fin de evitar que se incluyan disposiciones que no se relacionen entre sí. Por consiguiente, la regla del artículo 158 de la Carta no excluye que un proyecto contenga disposiciones, que si bien están íntimamente relacionadas, su estudio corresponda a diferentes Comisiones Constitucionales. Es pertinente incorporar la regla consagrada en el artículo 146, dentro de una ley que regula el funcionamiento del Congreso.

El Procurador reitera los argumentos expuestos por el Secretario General de la Presidencia para defender la constitucionalidad de la norma.

- **ARTICULO 183-2:** Esta norma contradice lo dispuesto por los artículos 160 y 161 de la Carta en cuanto modifica el procedimiento y el término señalado en ella para el proceso de formación de las leyes. Cualquier modificación a la Constitución como ésta procede por un Acto Legislativo y no por una ley orgánica, y en consecuencia viola el artículo 151. Uno de los demandantes agrega que ésta norma vulnera el artículo 154 de la Constitución Política, el cual dispone que el debate de un proyecto sobre tributos debe iniciarse en la Cámara de Representantes.

El apoderado del Ministerio de Gobierno no considera que esta norma incurra en violación de norma constitucional alguna. El artículo 160 de la Carta, sostiene, establece la regla general para el trámite legislativo, estableciendo unos términos que deben mediar entre el primero y segundo debates, sin perjuicio de las excepciones al trámite ordinario que la misma Carta preve o en los casos señalados expresamente por el Reglamento del Congreso, como es el caso de la norma acusada.

El H. Senador Pava, Encargado de la Presidencia del Senado de la República, considera que no hay tal vicio de inconstitucionalidad. Si la norma autoriza en primer debate la sesión conjunta de las comisiones constitucionales de ambas Cámaras, no puede mediar el lapso que el mismo artículo señala entre la aprobación del proyecto en una Cámara y la iniciación del debate en la otra. Desde luego, agrega, deberán mediar los ocho días entre el primero y el segundo debate. Por lo anterior, el artículo 160 de hecho resulta inaplicable en el caso de las sesiones conjuntas de las comisiones constitucionales. Prosigue el H. Senador:

"... lo que previó la Constitución para el primer debate, es que éste, en determinados casos, se diera en sesión conjunta de las comisiones correspondientes, no que se dieran debates simultáneos. Cree el demandante, erróneamente, que cuando la ley indica que el segundo debate que ha de darse en una y otra cámara puede tener lugar simultáneamente, está diciendo con ello que puede tener lugar en sesión conjunta, que es cosa bien distinta;... Ahora bien, nada impide que sean simultáneos, aunque separados, los segundos debates en las sesiones plenarias de una y otra cámaras, si el primer debate tuvo lugar en sesión conjunta, que en tal caso el artículo 180 constitucional sólo resulta aplicable, según lo expuesto, en cuanto ordena que entre el primero y segundo debate medien a lo menos ocho días".

Concluye la defensa manifestando que el artículo 183, en cuanto se limita a establecer que el proyecto debatido en sesión conjunta de las comisiones puede ser objeto de un segundo debate simultáneo en ambas cámaras, sólo expresa lo que implícitamente se encontraba establecido en la Constitución.

En su escrito de defensa, el Secretario General de la Presidencia, advierte que el cargo es improcedente. Afirma que el artículo 160 de la Carta debe interpretarse en concordancia con el artículo 163 de la Constitución, que regula el trámite que debe darse a los proyectos respecto de los cuales exista un mensaje de urgencia. Así, los términos previstos por el artículo 160 deben respetarse aún en aquellos eventos en que se haya presentado el mensaje de urgencia. Sin embargo, en el caso de la sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales para agilizar el trámite de un proyecto, no procede la aplicación del término de quince días que debe mediar entre la aprobación del proyecto en una Cámara y la iniciación del debate en la otra, puesto que en el evento señalado el debate se inicia en las dos Cámaras simultáneamente. En lo que se refiere a la presunta violación del artículo 154, éste debe interpretarse en armonía con el artículo 163. El mensaje de urgencia procede para todo proyecto de ley sin distinción, incluidos los que versen sobre tributos. Por lo tanto, el último inciso del artículo 154 es inaplicable si un proyecto sobre tributos es objeto de mensaje de urgencia.

Los apoderados de la Dirección Nacional de Impuestos consideran que la disposición acusada no incurre en violación de norma alguna de la Carta. En su opinión, el artículo 160 de la Constitución no cubre todas las situaciones que puedan presentarse durante el trámite legislativo, como es el caso del mensaje de urgencia previsto en el artículo 163 fundamental. Frente a un trámite excepcional como el señalado, que puede hacer necesaria la sesión conjunta de las respectivas comisiones constitucionales, el término de quince días ordenado en el artículo 160 resulta inocuo, dado que a la fecha de iniciación del debate en plenaria en una de las Cámaras, el trámite en la otra Cámara no sólo se ha iniciado, sino que ya debe haber sido aprobado el proyecto en primer debate. El legislador, en este caso, se limita a reconocer la situación creada por el propio constituyente durante el trámite legislativo, en el evento de los mensajes de urgencia que el Presidente puede presentar al Congreso en relación con cualquier proyecto de ley.

El Procurador General de la Nación sostiene, al igual que los escritos de defensa, que el término de 15 días que debe mediar entre la aprobación de un proyecto en una Cámara y la iniciación del debate en la otra no es aplicable cuando las Comisiones Constitucionales sesionan conjuntamente para agilizar el trámite de un proyecto de ley que haya sido objeto de un mensaje de urgencia, como se desprende de la interpretación armónica de los artículos 160 y 163.

- **ARTICULO 266:** Señalan los demandantes que esta disposición contraría los artículos 117, 158 y 34 transitorio de la Carta, por ser una norma propia del régimen administrativo de los servidores públicos, que además debía someterse a la revisión previa de la Corte Constitucional.

En opinión del Procurador, esta norma incurre en contradicción con lo establecido en el artículo 158 de la Carta. A su juicio, se refiere al fuero de

los congresistas, asunto que en nada se relaciona con el funcionamiento del Congreso.

- **ARTICULO 267 (parágrafo):** Esta norma, al consagrar un fuero especial para los congresistas, adiciona el artículo 186 de la Constitución, y por tanto requería ser aprobado mediante Acto Legislativo y no por una ley orgánica.

El Procurador señala la inconstitucionalidad de esta norma por las mismas razones expuestas al examinar el artículo 266 de la Ley.

- **ARTICULO 273-2:** Afirman los demandantes que este precepto permite decretar auxilios por medio de leyes distintas a la ley de presupuesto, con lo cual se desconoce el artículo 355 de la Carta, además del 158 por ser materia ajena a la de la ley.

El Presidente encargado del H. Senado de la República considera que esta disposición, lejos de permitir lo aducido por los actores, precisa que la prohibición de decretar auxilios incluye la posibilidad de que en el presupuesto de rentas o ley de apropiaciones se incluyan donaciones o auxilios a personas privadas y, por lo tanto, desarrolla adecuadamente el artículo 355 de la C.P.

El Secretario General de la Presidencia se remite a los antecedentes del artículo 355 de la Constitución en la Asamblea Nacional Constituyente y afirma que la prohibición en él contenida se refiere a los pagos a título gratuito que realice una entidad pública en favor de una persona de derecho privado y no comprende los pagos que se efectúen a título oneroso, interpretación que concuerda con el artículo 136 del ordenamiento constitucional. Agrega en su defensa el señor Secretario, que el artículo 345 de la Carta condiciona todo el gasto público del Estado a su incorporación a la Ley de Presupuesto General. En consecuencia, no es cierta la afirmación del demandante en el sentido de que la norma acusada permite decretar auxilios en leyes distintas a la del presupuesto. Señala que el objetivo perseguido con las normas acusadas es aclarar un problema de tránsito constitucional, consistente en establecer si los gastos válidamente decretados en la ley de presupuesto expedida antes de la vigencia de la nueva Constitución podían o no ejecutarse. Correspondía entonces a la ley definir el vocablo "decretar" contenido en el artículo 355. De otra parte, agrega, de la interpretación sistemática de los artículos 300, 346 y 355 de la Carta se concluye que éste se aplica a la creación de un gasto y no a su ejecución.

En su escrito, el Dr. Fabio Villegas aclara que la Ley del Reglamento del Congreso debe comprender todas aquellas disposiciones necesarias para regular el funcionamiento de sus órganos, lo mismo que el alcance de las prohibiciones a las cuales están sujetos. En virtud de lo anterior, al Congreso y a sus órganos se les aplica la prohibición constitucional contenida en el artículo 355 de la Carta, si se tiene en cuenta que ésta se relaciona

directamente con los auxilios que el Congreso podía otorgar a personas de derecho privado.

El señor Procurador cita la interpretación que su Despacho contenida en el oficio DP-071, sobre los alcances del artículo 355:

"... en él se proscriben los auxilios o donaciones, es decir, los pagos que realiza una entidad pública a favor de una persona de derecho privado a título gratuito. La prohibición constitucional no comprende los pagos a título oneroso, es decir, aquellos en los cuales la entidad pública recibe una clara contraprestación por el pago que realiza, bien sea en razón de un contrato, o porque por mandato legal dichos particulares prestan un servicio a cargo del Estado. 'Pero no quiere ello decir que el Estado no pueda transferir recursos al sector privado a ningún título, pues ello no solamente desnaturalizaría su función, sino que se convertiría además, en una seria limitante al desarrollo. Por eso precisamente, el inciso segundo del artículo 355 previó un mecanismo contractual que sustituiría el viejo esquema de los aportes unilaterales, a través de una relación bilateral y no necesariamente onerosa, en la cual la contraprestación de los particulares será la realización de las actividades genéricas que se enmarquen dentro de los planes nacionales y seccionales de desarrollados (sic)...".

Prosigue el Procurador señalando que la ley acusada procedió a definir la expresión "decretar", limitándola a la creación del gasto, no a su ejecución, en armonía con las disposiciones constitucionales relativas al gasto público - artículos 300, 345 y 346 -, tal como se afirma en el concepto del Fiscal General de la Nación del 10 de junio de 1992. En consecuencia, prosigue, dado que decretar un gasto es diferente de ejecutarlo, el artículo 355 de la Carta no prohíbe la ejecución de gastos que han sido válidamente decretados, y las normas que se examinan se limitan a desarrollar correctamente la norma constitucional y no a contrariarla. No obstante lo anterior solicita a esta Corte la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada por contravenir el mandato del artículo 158 de la Carta, siendo clara la diferencia entre la materia que ésta regula y la de la ley.

- ARTICULO 306 (parcial), 307 y 316 (parcial): Violan los artículos 151 y 158, por tratarse de una materia ajena a la de la ley del Reglamento del Congreso.

El Procurador considera procedente la acusación de los demandantes y, en consecuencia, solicita se declaren inconstitucionales.

- ARTICULO 317, 318 (parcial) y 319: Incurren en violación de los artículos 151 y 158 por tratar de materias ajenas a la ley. De igual forma violan los artículos 113, 121, 136-1, 150 y 152 porque el Congreso carecía

de competencia para dictar estas normas. Contrarían el artículo 152-b, pues el número de los Magistrados de la Corte debió fijarse por ley estatutaria. Uno de las demandantes considera se viola el artículo 2º del Decreto 2275 de 1991, que es una norma de rango estatutario, modificada por una de carácter orgánico.

El Procurador manifiesta frente al cargo de violación del Decreto 2275 de 1991, que éste no es procedente en un juicio de constitucionalidad. Por el contrario, procede el cargo de violación al artículo 158 que se endilga a los artículos 318 y 319, por tratar de materias ajenas al reglamento del Congreso, el cual debe limitarse a regular el funcionamiento interno del mismo.

- **ARTICULO 393:** No hay concepto de la violación. El Procurador solicita fallo inhibitorio.

- **ARTICULO 1º, 2º y 3º TRANSITORIOS:** No hay concepto de violación. El Procurador solicita un fallo inhibitorio.

- **ARTICULO 4º TRANSITORIO:** Esta norma infringe, en opinión de los demandantes, los artículos 158 y 160 de la Carta, al ordenar que los procedimientos en curso se ajusten al nuevo establecido por el Reglamento, el cual es violatorio de las normas constitucionales mencionadas.

El Procurador considera que esta norma no presenta contradicción alguna con la Constitución y que, por el contrario, se trata de una disposición necesaria para tránsito formal de las leyes y proyectos que estuvieran en trámite de adopción al ser expedida la Ley 5ª de 1992.

- **ARTICULO 5º TRANSITORIO:** Para los demandantes esta norma viola varias disposiciones de la Carta, entre otras, las que prohíben la aprobación de auxilios - artículos 136-4 y 355 -, la acumulación indebida de materias en un proyecto de ley -artículo 158-, y la fecha de entrada en vigencia de la nueva Constitución. Sostienen que esta norma pretende revivir los auxilios que expresamente eliminó la Asamblea Constituyente. Agregan que resulta contrario a la doctrina constitucional que se pretenda interpretar la voluntad del constituyente por vía de ley cuando sólo la Corte Constitucional tiene esa facultad. Compete al legislador dictar normas que desarrollen los preceptos constitucionales, no establecer cuál es la voluntad del constituyente. Viola el artículo 158 de la Carta, por constituir una norma ajena a la materia de la ley, al igual que el 169, que ordena la exacta correspondencia del título de las leyes con su contenido. Por último, la adición al artículo 355 debió efectuarse por el procedimiento previsto en el artículo 375 para la expedición de Actos Legislativos.

El apoderado del Ministerio de Gobierno señala que este artículo es una norma de naturaleza interpretativa. Agrega que compete al Congreso no sólo desarrollar la Constitución, sino también velar por su correcta aplicación,

para lo cual cita la sentencia del Consejo de Estado del 22 de marzo de 1963, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta. La norma además, regula situaciones jurídicas creadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución y no busca revivir lo que la Carta proscribió. Esta norma, contrariamente a la opinión de los demandantes, no busca eximir de responsabilidad a funcionarios públicos o particulares por el uso indebido de los dineros públicos, ni tampoco "legalizar" auxilios decretados por fuera de las funciones de cualquier autoridad. El real contenido del artículo transitorio es reafirmar que la prohibición se refiere a decretar y no a ejecutar o pagar y sólo rige hacia el futuro. Señala que ésta ha sido la interpretación acogida por la Fiscalía General de la Nación (Junio 10 de 1992), y ésa fue la voluntad del constituyente:

"Consta en la Gaceta Constitucional N° 77 del 20 de mayo de 1991, el proyecto de acto constituyente de vigencia inmediata sobre control a los auxilios parlamentarios presentados a la Asamblea por dieciséis (16) Constituyentes".

"En la exposición de motivos se recoge el criterio de los Constituyentes sobre el particular, pudiéndose evidenciar sobre su total rechazo a la desnaturalización que respecto de los fines y manejo, se generó sobre las partidas decretadas en la reforma constitucional de 1968, para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo regional lo cual allí se afirma se convirtió en una de las más importantes razones del desprestigio del Congreso Nacional..."

"De los anteriores apartes resulta clara la intención de la eliminación de los auxilios parlamentarios lo cual según el texto de la ponencia ya se había aprobado en la Comisión Cuarta".

"Sobre los efectos en el tiempo de la prohibición, también es evidente la intención de los Constituyentes, en el sentido de que no operaría respecto de los auxilios decretados en los presupuestos de 1991 y anteriores pendientes de desembolso".

Por lo anterior, el apoderado solicita se declare la constitucionalidad de esta disposición.

El Presidente Encargado del H. Senado, Senador Alvaro Pava Camelo, cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de agosto de 1970, sobre el artículo 77 de la anterior Constitución, idéntico al actual artículo 158:

"El artículo 77, como lo demuestran sus antecedentes y lo afirma el Procurador, tiende a racionalizar y hacer más técnico y homogéneo no sólo el trabajo del Congreso sino la elaboración y expedición de los proyectos de ley. Pero se trata de una

cuestión eminentemente subjetiva, ..., y es el propio legislador quien, cuando se ocupa de su estudio, ha de decidir sobre ese requerimiento..."

"Es evidente, entonces, que el artículo 77 de la Constitución, al tiempo que consagra el principio de unidad de la ley, determina también la oportunidad para examinar y definir el asunto, ... Es en tal etapa y con la resolución del caso, si el asunto se plantea, cuando precluye toda posibilidad de nuevo examen, aún en juicio constitucional, porque la propia Carta ha encomendado directamente al Congreso mismo, por intermedio de sus autoridades y organismos, el definir la correspondencia y conexidad de las distintas partes de la ley..."

"...Es que la Constitución no exige que el examen de la conformidad del proyecto al artículo 77 se haga mediante acto positivo, una resolución, por ejemplo. Lo que confiere es una facultad de veto y el derecho a ser revocado por la entidad respectiva, y nada más".

Por lo anterior, el H. Senador Pava considera que la Corte debe desestimar esta pretensión.

En cuanto a la violación del artículo 355 no hay tal irregularidad, porque la norma lo que hace es resaltar la validez de auxilios decretados conforme a la antigua Constitución, generadores de derechos adquiridos que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, de conformidad con el artículo 58 de la Carta.

El Secretario General de la Presidencia apela a los antecedentes del artículo 355 de la Constitución en la Asamblea Nacional Constituyente para precisar que la prohibición en él contenida se refiere a los pagos a título gratuito que realice una entidad pública en favor de una persona de derecho privado y no comprende los pagos que se efectúen a título oneroso, interpretación que concuerda con el artículo 136 del ordenamiento constitucional. Agrega en su defensa el señor Secretario, que el artículo 345 de la Carta condiciona todo el gasto público del Estado a su incorporación a la Ley de Presupuesto General. En consecuencia, no es cierta la afirmación del demandante en el sentido que la norma acusada permita decretar auxilios a través de leyes distintas a las de presupuesto. Señala que el objetivo perseguido por las normas acusadas es aclarar un problema de tránsito constitucional, consistente en establecer si los gastos válidamente decretados en la ley de presupuesto expedida antes de la vigencia de la nueva Constitución podían o no ejecutarse. Correspondía entonces a la ley definir el vocablo "decretar" contenido en el artículo 355 que, de la interpretación sistemática de los artículos 300, 346 y 355 de la Carta, se concluye, se aplica a la creación de un gasto y no a su ejecución.

- **Ley 5ª de 1992 en su integridad:** El demandante considera que la Ley en su integridad es inconstitucional por ser violatoria del artículo 14 transitorio de la CP, el cual autorizó al Congreso a expedir su reglamento por medio de un acto administrativo y no a través de una ley orgánica de las previstas en el artículo 151 de la Carta, como finalmente lo hizo el órgano legislativo.

- **Ley 6ª de 1992:** El demandante considera que la Ley 6ª no se ajustó al trámite establecido por el artículo 160 de la Carta, que ordena que entre la aprobación del proyecto en una Cámara y la iniciación del debate en la otra, transcurran como mínimo 15 días. En su opinión, el proyecto se encontraba los días 10 y 11 de junio en discusión en la Cámara de Representantes y el debate en el Senado se inició el 15 de junio, con lo cual resulta clara la violación que se le imputa. Agrega el demandante que el artículo 160 de la Carta prevalece sobre el artículo 183 del Reglamento del Congreso -Ley 5ª de 1992-. En razón de la expedición irregular de la ley, el Congreso contravino el artículo 29 de la Carta, que consagra el debido proceso.

El Secretario de la Presidencia de la República sostiene que, como lo explicó para el cargo contra el artículo 160, el término constitucional de quince días resulta inaplicable en el evento de que un proyecto de ley sea objeto de un mensaje de urgencia, y en desarrollo del mismo las Comisiones Constitucionales hayan sesionado conjuntamente. El actor, agrega la defensa, pretende demostrar la violación con el ejemplar de los Anales del Congreso del 15 de julio de 1992 en el que aparece publicada la ponencia para segundo debate, publicación de la cual no es posible inferir que en esa fecha se haya iniciado el debate. Por el contrario, señala el Secretario General de la Presidencia, como consta en el Acta N° 48, publicada en los Anales N° 105, que fue en la sesión del 18 de junio en que se inició el debate sobre la Reforma Tributaria, fecha en que comenzó a regir la Ley 5ª de 1992, **"...razón por la cual no se puede afirmar -como lo hace el actor- que dicho reglamento regularizara un trámite que se encontraba viciado. Por esta razón la presunción de constitucionalidad de la Ley 5ª de 1992 y el consiguiente efecto profuturo del eventual fallo de inexecutable de la Ley 5ª de 1992, determinan la validez de la Ley 6ª de 1992"**.

Los apoderados de la Dirección de Impuestos Nacionales señalan que el proyecto fue presentado a consideración del Congreso de la República el 11 de marzo de 1992 ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes, donde se radicó bajo el número 20 y fue repartido a la Comisión Tercera Constitucional Permanente. Allí el proyecto se discutió hasta el 14 de mayo, fecha en la cual fue aprobada la proposición de darle al proyecto debate en sesiones conjuntas de las Comisiones Terceras de Senado y Cámara, atendiendo el mensaje de urgencia del Presidente, fechado el 11 de mayo de 1992. El 29 de mayo fue aprobado el proyecto en primer debate. En consecuencia, el término de quince días previsto en el artículo 160 de la Carta resultaba inaplicable como lo es en todos los casos en que las comisiones constitucionales sesionen conjuntamente para dar

primer debate a los proyectos de ley que sean objeto de mensaje de urgencia por parte del Presidente.

En su concepto, el Procurador reitera sus conclusiones acerca del cargo contra el artículo 183 de la Ley 5ª de 1992, y expresa:

"...En el trámite de la ley acusada, el Gobierno envió un mensaje de urgencia dirigido a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes, así como a los Presidentes de las Comisiones Tercera de Senado y Cámara el día 11 de mayo de 1992, cuando el proyecto se encontraba en estudio ante la Comisión Tercera de la Cámara, por lo cual dando cumplimiento al inciso 2º del artículo 163 C.N., el día 14 de mayo del presente año se aprueba la proposición de darle primer debate a la ponencia presentada en sesión de comisiones conjuntas.

"En atención a ello el día 29 de mayo de 1992, se discute y aprueba en primer debate de sesiones conjuntas, el proyecto de ley que luego se convertiría en Ley 6ª de 1992.

"En consecuencia, el trámite dado por el Congreso al proyecto que finalizó en la Ley 6ª, se ajusta a lo dispuesto por el artículo 163 constitucional sin querer decir ello que viole el 160 del mismo rango".

Por lo anterior, el Procurador solicita a esta Corte desestimar el cargo de inconstitucionalidad contra la Ley 6ª de 1992.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Legitimación del poder público

1. La Constitución de un estado democrático se caracteriza por incorporar garantías, procedimientos y oportunidades para que el **pueblo** efectivamente gobierne. En una sociedad compleja, carente de homogeneidad, la identificación de los intereses y de las necesidades, así como la adopción de compromisos y fórmulas de solución, introducen factores que si bien pueden tornar arduo el proceso democrático, no excusan su aplicación. Esa circunstancia histórica es suficiente para rechazar de plano una justificación formal y a **priori** de las instituciones que conforman el aparato del Estado y de sus actos. Cada institución y acto del Estado para subsistir y pretender eficacia debe poder descansar en el principio democrático y actualizar sustancialmente su significado.

2. Solamente el poder del pueblo, titular de la soberanía, por su carácter social, originario y fundante, no necesita ser justificado. El poder público

atribuido a los órganos del Estado, proviene del pueblo y es derivado. Por tanto, su conformación y actividad deben reflejar fielmente la raíz popular que anima el complejo estructural y dinámico del estado.

3. La rama legislativa se integra con los Senadores y Representantes, elegidos para un período de cuatro años, mediante el voto popular (CP art. 132). Descontados los eventos de democracia directa, el ejercicio ordinario de la soberanía popular ha debido circunscribirse, por razones prácticas e históricas, a la denominada democracia representativa.

La función electoral no legitima completamente la función legislativa. Esta debe, inspirada en criterios de **justicia y bien común**, visualizar intereses dignos de tutela, articular y agregar las pretensiones - muchas veces contrapuestas - originadas en el entorno social, y a todo esto dar respuestas que convoquen el máximo consenso social (CP art. 133). Igualmente, la legitimación de los actos del Legislador depende de la forma cómo regule los derechos de las personas delimitando y armonizando los espacios de la libertad y de los deberes (CP arts. 152-a y 95).

El órgano y el procedimiento legislativos, así sea a través de la mediación de los partidos y movimientos políticos, están dominados por un sentido eminentemente comunicativo con la sociedad que, de potenciarse, contribuye a su cohesión y a obtener un adecuado equilibrio entre lo social y la órbita de lo político. Es evidente que el grado de legitimación del Legislador en últimas dependerá de la cantidad y calidad de la comunicación que entable con la sociedad.

4. El Presidente, Jefe del Gobierno y Suprema autoridad administrativa, se elige para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que depositen los ciudadanos (CP art. 190). La legitimación que el sistema de elección le otorga al Presidente, en alguna medida despliega un efecto irradiador en el ápice de la administración central bajo su dependencia inmediata. La consecución de fines y la satisfacción de concretos intereses - cometido fundamental de la administración - se debe realizar de conformidad con lo señalado por la ley (principio de legalidad), la cual suministra el marco básico para juzgar la legitimidad de su actuación. En un plano más sustancial, la atención de servicios y la satisfacción de intereses, pone a la administración en contacto directo con la comunidad y obliga a considerar su comportamiento desde el punto de vista de su **cumplimiento y eficacia**, factores éstos que constituyen una modalidad nueva de legitimación (CP art. 209).

5. La rama judicial no está por fuera del designio democrático que penetra todos los ámbitos de la vida estatal. A través de un procedimiento electoral de segundo grado, se integra la Corte Constitucional (CP art. 239) y parcialmente el Consejo Superior de la Judicatura (CP art. 254-2). Se supera el antiguo sistema de la cooptación integral en la cúpula de la Justicia. Las competencias nominativas del Consejo Superior de la Judicatura (CP art.

256-2), se conjugan con el origen parcialmente democrático de este organismo con miras a proyectar este espíritu en la entera rama judicial.

La legitimación democrática de la administración de justicia - en el aspecto de su conformación no tan intensa cómo la presente en otras ramas -, sólo adquiere una medida cabal cuando su actuación se endereza, con **independencia e imparcialidad**, a la configuración de un **orden justo** (CP arts. 2 y 228). La libre función interpretativa de los hechos y de las normas, quehacer habitual del Juez, alcanza tanta legitimidad cuanto justicia dimanase de sus fallos, para lo cual deberá cuidar que las reglas sean adecuadas al caso o realidad de que se trate.

6. Las tres ramas del poder público, en términos generales, no se distinguen por el origen mismo de su investidura, pues su autoridad proviene del pueblo, como lo expresa el artículo 3 de la Constitución Política que, por lo visto, no contiene una fórmula puramente retórica. La separación de los poderes públicos, en consecuencia, debe construirse a partir de los diferentes **procedimientos** cuyo agotamiento se precisa para producir los actos que se imputan a los variados órganos que integran cada rama. Los indicados **procedimientos**, que corresponden a la traducción de la respectiva organización o estructura en acción, se distinguen de acuerdo a las finalidades que se proponen alcanzar y se justifican de conformidad con las particulares pautas de legitimación ya examinadas. A éstas cabe agregar una pauta de legitimación esencial común a las tres ramas del poder público y que se superpone a la estructura y a la dinámica de todas las manifestaciones del Estado: el respeto a la Constitución, a sus normas, principios y valores.

7. La reiteración en el texto de la Ley 5 de 1992 de la atribución del Congreso de elegir a los siete Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de establecer su período (Ley 5ª de 1992, arts. 18, 20, 27 y 28), tiene apoyo constitucional en los artículos 3 y 254-2 de la Constitución Política. Las normas citadas consagran un método de integración de la rama judicial destinado a contribuir a su legitimación democrática de conformidad con el ideario del Constituyente que anima la organización del Estado y al cual no podía escapar la administración de Justicia.

La facultad transitoria del Presidente

8. Según el artículo 25 Transitorio de la Constitución Política, "El Presidente de la República designará por primera y única vez a los miembros de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura". En desarrollo de la indicada facultad constitucional, el Presidente designó, el día 23 de Diciembre de 1991, a siete Magistrados de esa Sala.

9. En el concierto de las funciones del Estado, las competencias **transitorias** y **extraordinarias** se definen por oposición a las **permanentes** y

ordinarias. Si la elección de magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura corresponde de manera permanente y ordinaria al Congreso, su ejercicio por otro órgano no puede tener sino carácter excepcional, transitorio y extraordinario y en estos términos, necesariamente restrictivos, deberá juzgarse la facultad que exhiba dichas notas.

10. Las facultades que el Constituyente concede al Presidente en varias disposiciones transitorias, cuya titularidad y ejercicio ordinariamente se atribuye en el cuerpo permanente de la Constitución a otra rama u órgano del Estado, tienen carácter **extraordinario**, independientemente que el Constituyente así las defina - la sistemática jurídica no es propiamente su cometido principal - o que ellas tengan naturaleza normativa, electiva o de pura gestión. En últimas, se trata de funciones ajenas a la órbita constitucional ordinaria del Presidente. Su expansión transitoria, es de suyo **extraordinaria**.

11. El origen de las facultades transitorias concedidas al Presidente se remonta al Constituyente y su finalidad se circunscribe a facilitar el tránsito constitucional. No pueden por ello interpretarse a partir del régimen constitucional ordinario, del cual son excepción y cuya efectiva vigencia - por voluntad del Constituyente - se difiere a un momento posterior al agotamiento de tales facultades transitorias. En consecuencia, no pueden aquéllas homologarse a las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Presidente (CP art. 150-12).

12. Es de la esencia de una facultad transitoria estar sujeta a un término o a una condición. De lo contrario, se convertiría en permanente y, tratándose de la Constitución, aplazaría indefinidamente la vigencia efectiva de aquellas normas permanentes cuya entrada en vigor depende de su agotamiento. Por esta razón, el Constituyente fijó plazos precisos para el ejercicio de algunas facultades extraordinarias que en el cuerpo de las normas transitorias concedió al Presidente, como se desprende de lo prescrito en el artículo transitorio 11. En relación con las restantes facultades extraordinarias señaló: "Las facultades extraordinarias para cuyo ejercicio no se hubiere señalado plazo especial, expirarán quince días después de que la Comisión Especial cese definitivamente en sus funciones" (CP art. transitorio 9). Las normas citadas deliberadamente anteponen al ejercicio de las facultades extraordinarias un término final, extremo que no podía el Constituyente librar a la voluntad del mismo titular de la facultad transitoria, esto es, transformarlo en materia **legal**. Una facultad transitoria de orden constitucional, no puede tener un término inicial establecido por el Constituyente, y uno final a ser definido discrecionalmente por el órgano receptor de la facultad. Si ello no es de recibo en el campo de las funciones legales (CP art. 150.12), menos todavía podía ser admisible en materia constitucional.

13. El término final que debía tenerse en cuenta para el ejercicio de la facultad transitoria conferida al Presidente por el artículo 25 transitorio, no podía ser otro que el previsto por el mismo constituyente en el artículo 9 transitorio. Como quiera que este término constitucional transcurrió sin que el Presidente ejerciera la facultad extraordinaria, ella caducó y mal puede sustentarse su actuación tardía con base en un término final de orden legal que el Gobierno se fijó así mismo y que excede el constitucional del artículo 9 ya referido.

14. En el artículo 28 de la Ley 5ª de 1992, se determina el período de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y se precisa que el 10 de Septiembre de 1992 se tendrá en cuenta como fecha inicial de ese período. La caducidad de la función transitoria atribuida al Presidente significó su agotamiento y puso término al régimen transitorio en punto de la integración de la Sala Disciplinaria del mencionado organismo judicial. El establecimiento de la anotada fecha resulta constitucional, entre otras razones, por la necesidad de marcar en el tiempo la iniciación del régimen constitucional ordinario y la asunción plena y legítima de las facultades y deberes del Congreso.

15. No puede válidamente oponerse a la consagración y ejercicio de la competencia del Congreso que se examina, la existencia de derechos en cabeza de los Magistrados previamente designados por el Presidente (C:P arts. 13, 25, 29 y 40-7). Dejando a salvo los perjuicios que dichos Magistrados han podido sufrir y cuya procedencia y entidad deben ventilarse ante otra jurisdicción, en el plano constitucional las situaciones concretas e individuales derivadas de esta compleja situación, no pueden inhibir el legítimo ejercicio de las atribuciones y deberes del Congreso íntimamente ligados, en este caso, con la debida y regular constitución de un órgano del poder público y con el primado del principio democrático.

16. La consagración legal de una función ordinaria del Congreso, lejos de entenderse como reivindicación de una prerrogativa constitucional, debe ser vista como la primacía de las facultades permanentes sobre las meramente transitorias, cuando se dan las condiciones para poner fin al estado de provisionalidad que siempre acompaña a éstas últimas. La razón de ser de las normas transitorias, esta Corporación lo reitera, es la de servir de puente hacia la instauración del régimen constitucional ordinario al cual ellas se refieren y que se encuentra en suspenso hasta su agotamiento. La instrumentalidad del régimen transitorio explica su carácter eminentemente temporal y precario, llamado a ser superado y sustituido por el régimen ordinario tan pronto sea ello posible jurídica y materialmente. La interpretación, consecuentemente, debe favorecer cuando sea del caso el advenimiento del régimen ordinario, pues sólo a partir de él adquieren vigencia sus disposiciones y mayor contenido de legitimación los actos del estado.

Procedimiento de adopción del artículo 28

17. La ley 5ª de 1992 "por la cual se expide el reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", tiene el carácter de **ley orgánica** y ha debido expedirse, por tanto, con la aprobación de "la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara". Se advierte en las demandas que el artículo 28 de la ley acusada (30 del respectivo proyecto), no recibió dicha aprobación en el segundo debate del Senado (51 votos de un total de 102 miembros) y Cámara (62 votos de un total de 161 miembros).

18. Si bien el artículo 171 de la C.P. se refiere al número de miembros que integran el Senado de la República y precisa ese número en 102, el artículo 151 se ocupa de especificar el quórum decisorio para adoptar una ley orgánica y lo hace en relación con la mayoría absoluta de los **votos** de los miembros de una y otra cámara. La mención de los "miembros" en la determinación del quórum obliga a no tomar como base de la votación a los simples "asistentes". Pero dado que la norma ordena contabilizar la mayoría respecto de los **votos de los miembros**, debe necesariamente tratarse de **miembros activos**, esto es, en ejercicio de sus funciones. No es miembro activo, porque carece de capacidad para votar, el senador a quien se le suspenda o cancele su credencial.

19. Del acta de plenaria del día 6 de mayo de 1992 del Senado de la República (Anales del Congreso N° 67), puede deducirse que el Dr José Ignacio Díaz-Granados, por Decisión del H. Consejo de Estado, tenía suspendida su credencial de Senador. De otra parte, en la plenaria, varios Senadores advierten que el Senador Samuel Alberto Escruera, en virtud de una decisión judicial "está en suspenso en el ejercicio de sus funciones" (Anales del Congreso, N° 67, pág. 11). Así las cosas, en un momento dado la Presidencia se vió en la necesidad de preguntar a la Corporación, "si en las actuales circunstancias para la toma de decisiones, se considera la base de 100 Senadores, a los cuales contestan negativamente dos honorables Senadores y positivamente el resto. En consecuencia ha sido aprobada esta decisión" (ibid, pág. 9).

20. Tanto sobre la base de 100 como de 101 miembros activos, la votación que obtuvo el artículo 28 de la ley 5ª de 1992, califica con mayoría absoluta. No pudiéndose contabilizar la fracción de un voto, en la hipótesis más restrictiva, la interpretación debe favorecer el principio democrático y entender que la mayoría se configura con el voto capaz de dirimir un eventual empate entre los miembros activos. En todo caso, la voluntad legislativa posteriormente en sesión plenaria del Senado ratificó la aprobación integral del proyecto, con base en el informe y el respectivo texto preparado por las comisiones accidentales conjuntas de Senado y Cámara. En efecto, se lee en la página 12 de los Anales del Congreso del día 15 de junio: "cumplidos los trámites constitucionales, legales y reglamentarios, la Presidencia pregunta a la Corporación si desea que el proyecto de ley número 01 de 1991, Senado, "por el cual se expide el Reglamento del Congreso de la República, el Senado y la Cámara de

Representantes y se dictan otras disposiciones", se convierta en Ley de la República y el Honorable Senado responde afirmativamente".

21. Obra en Anales del Congreso (Nº 108, pág. 18) la aprobación inicial de los artículos 27 y 28 del Reglamento, por parte de la Plenaria de la Cámara de Representantes en segundo debate, registrándose 62 votos en favor y 42 en contra. Sin embargo, más adelante, en el mismo ejemplar de Anales del Congreso se lee: "la Presidencia somete a votación la totalidad del articulado del proyecto de Ley número 1 Senado de 1991, Cámara de 1992, y la plenaria por ciento tres (103) votos afirmativos y uno (1) negativo expresa su aprobación. Leído el título del proyecto, es igualmente aprobado por unanimidad. Preguntada la Cámara si quiere que este proyecto sea Ley de la República, ésta responde que sí" (ibid, pág. 27).

De conformidad con el análisis anterior, no alcanza a observar la Corte vicio alguno en el procedimiento de aprobación de las normas acusadas.

Elección de Magistrados por el Congreso en pleno

22. Se acusa los artículos 18 y 20 de la Ley 5ª de 1992, relativos a la elección de los magistrados de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por parte del Congreso en Pleno, por ser presuntamente violatorios del artículo 141 de la C.P. que enumera taxativamente los **únicos** eventos en los cuales el Congreso puede reunirse en un solo cuerpo sin incluir, entre los mismos, la elección de dichos Magistrados.

23. El Congreso de la República está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes, órganos éstos que sin perjuicio de mantener una entidad diferenciada tienen entre sí una íntima relación **funcional** en el procedimiento legislativo. El **principio bicameral** adoptado en la Constitución tiene cabal expresión en el artículo 141 citado. En los eventos allí contemplados el Congreso obra excepcionalmente como **órgano unitario**, lo que de por sí contribuye a reforzar el principio general de **bicameralismo**.

24. La hipótesis que introducen los artículos 18-6 y 20 de la ley 5ª de 1992, tiene carácter **puramente procedimental** y corresponde al ejercicio práctico de una atribución confiada directa y excepcionalmente al Congreso Nacional (C.P. art. 254-2). La ley no adiciona en estricto rigor la lista de excepciones al principio bicameral. Es razonable que los miembros de los dos órganos, Senado y Cámara, confluyan en una reunión o asamblea común con miras a ejercer una facultad que la Constitución encomienda al **Congreso Nacional**.

No se advierte por este concepto inconstitucionalidad alguna de las disposiciones legales demandadas.

La función electoral del Congreso como contenido de la Ley 5a. de 1992.

25. Un cargo común a varias disposiciones de la ley 5ª de 1992 - específicamente los artículos 18-6, 20, 27, 28, 306, 307, 316, 317, 318 y 319, - es el de ocuparse de materias ajenas al reglamento del Congreso y que, por tanto, exceden el ámbito de la respectiva ley orgánica, generándose, por esta vía, según lo sostienen los demandantes, una clara violación de los artículos 151 y 158 de la C.P.

26. Las disposiciones citadas se refieren sumariamente a la integración de los organismos y a la identificación de los funcionarios cuya elección corresponde al Congreso; precisan en cada caso los períodos de ejercicio de sus funciones, la fecha y el procedimiento de nominación y elección y, finalmente, aclaran aspectos puntuales relativos al tránsito constitucional a cuya interinidad pone término el Congreso al asumir plenamente la función electiva que le corresponde. La regulación de los aludidos aspectos se encamina a fijar las pautas conforme a las cuales se desarrollará, en lo sucesivo, la función electoral atribuida por la Constitución al Congreso y a cada una de las Cámaras. Por esta razón tales normas cobijan, desde el ángulo de la función electoral legislativa, al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Defensor del Pueblo, al Designado a la Presidencia en el período 1992-1994 y a los dignatarios de cada Cámara.

27. La ley orgánica tiene por objeto regular el ejercicio de la actividad legislativa - y ella tiene el carácter de ley y no de acto administrativo - (C.P. arts. 151 y 14 transitorio). La ley que establezca el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes, en su carácter de normativa **orgánica**, necesariamente debe tomar en consideración el conjunto de funciones que cumple el Congreso y cuyo ejercicio periódico debe sujetarse a unas reglas y procedimientos uniformes que son precisamente los que se contienen en aquéllas. La actividad de la rama legislativa del poder público comprende, en los términos de la constitución, una función constituyente, legislativa en sentido estricto, de control político, judicial, electoral, administrativa, de control público y de protocolo. De ahí que la regulación de los aspectos mencionados - por lo demás mínimos e indispensables - de la función electoral del Congreso, en modo alguno, exceda el ámbito de esta específica ley orgánica. La asunción de las facultades electorales del Congreso y de sus cámaras y su futuro ejercicio, se realizarán de conformidad con las reglas adoptadas en su reglamento. Justamente éste es el propósito de una ley orgánica.

28. El análisis de cada una de las disposiciones acusadas lleva a esta Corte a la conclusión que la regulación únicamente recae sobre extremos cuya definición y tratamiento eran esenciales para los efectos de la asunción y futuro ejercicio de la función electoral que constitucionalmente compete al

Congreso. El dominante acento electoral - ligado a un conjunto de competencias que conforman un quehacer ordinario del Congreso -, bajo el cual se desenvuelve la regulación, no permite plantear, como lo hacen los demandantes al repudiar las normas relativas al Consejo Superior de la Judicatura y a la Corte Constitucional, una supuesta apropiación de materias propias de la ley estatutaria sobre la administración de justicia por parte de la ley orgánica. De acuerdo con un criterio de conexidad esencial, la regulación del aspecto electoral de estos dos órganos de la Justicia, por referirse a una función permanente del Congreso que exige de un marco regulador general conforme al cual ella se ejercite, tiene mayor proximidad sustancial con la ley orgánica.

29. La regulación de una materia por el Congreso, mediante un tipo especial de ley - v.gr. ley estatutaria -, puede así mismo comprometer el ejercicio de sus facultades legislativas ordinarias y de su cláusula general de competencia. Los contenidos - en este caso orgánicos - de la ley especial, sólo podrán modificarse, adicionarse o derogarse, en virtud una ley del mismo tipo y surtiéndose el procedimiento especial. Por su parte, el contenido ordinario de la ley especial, esto es, producto de una competencia general y no ligado al núcleo esencial de la reserva de ley especial, puede, en el futuro, modificarse, adicionarse o derogarse, mediante el procedimiento legislativo ordinario. El principio democrático obliga a interpretar restrictivamente los procedimientos especiales que aparejan mayorías calificadas y que, en cierta medida, petrifican el ordenamiento jurídico e impiden el desarrollo de un proceso político librado al predominio de la mayoría simple, que garantiza cabalmente su libertad y apertura.

La atribución especial del Congreso para dictarse su propio reglamento (C.P. art. 151), sus facultades en materia electoral y su cláusula general de competencia, le confieren a las disposiciones acusadas arriba citadas suficiente fundamento constitucional.

Fuero especial de los Congresistas

30. El artículo 186 de la Constitución Política dispone: "De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única entidad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación".

La ley acusada reitera el contenido de la norma constitucional y agrega: "la privación de la libertad sólo es procedente cuando se haya proferido resolución acusatoria debidamente ejecutoriada" (parágrafo único artículo 267).

31. El fuero especial consagrado en la norma citada no tiene el carácter de privilegio. No se otorga competencia alguna al Congreso para autorizar o rechazar la investigación o juzgamiento de uno de sus miembros. El origen

popular del poder y la alta misión que la Constitución confía a las autoridades públicas - con mayor razón si se trata de sus representantes - de proteger y hacer cumplir los derechos y las libertades, no se concilia con la creación de prerrogativas que vulneran el principio democrático de la igualdad de todos ante la ley. El estatuto de los servidores públicos debe guiarse por el principio de la responsabilidad y no de su exoneración.

32. De la siguiente manera explicó el Constituyente la abolición del anacrónico privilegio de la inmunidad: "En épocas en las que era posible detener a un Congresista sin que la opinión pública se enterara se justificaba la figura de la inmunidad. Hoy día, cuando los medios de comunicación masiva pueden hacer pública **inmediatamente** cualquier actuación de la justicia que parezca maniobra política, no parece necesaria la inmunidad para proteger al Congresista de las arbitrariedades. En cambio, es una figura que se presta a la impunidad del Congresista que delinque". (Informe - Ponencia "Estatuto del Congresista", Gaceta Constitucional No. 51, pág. 27).

33. En razón de lo anterior, se decidió "recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial, igual al de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y juzgados por este mismo Tribunal" (Informe - Ponencia para primer debate en plenaria "Rama Legislativa del Poder Público", Gaceta Constitucional No. 79, pág. 16-17).

34. El estatuto del Congresista, particularmente la determinación de sus deberes y derechos, es un asunto que en modo alguno puede ser ajeno a la materia propia del Reglamento. La actividad y el funcionamiento del Congreso, se origina y proyecta en la actuación de sus miembros. De ahí que la ley, por la cual se expide su reglamento no pueda ser objeto de censura constitucional, por este concepto. De otra parte, las garantías institucionales previstas en la Constitución, enderezadas a velar por la independencia del Congreso y la existencia de un proceso político abierto, libre y democrático, se expresan en algunos casos tomando como destinatarios directos a los Congresistas individualmente considerados. En estos eventos, la naturaleza institucional - no meramente personal - de la garantía, se colige de su otorgamiento a la persona en **cuanto miembro del Congreso**.

35. Sin embargo, no puede el Congreso, a través de ley instituir privilegios o prerrogativas, cuya concesión sólo podría remitirse al momento constituyente. Más tarde, un poder constituido, sólo a riesgo de abusar de sus propios instrumentos y quebrantar el principio de igualdad (CP art. 13), podría rodearse de tales exenciones. Remplazado el antiguo sistema de la inmunidad, por el de un fuero especial, el único papel que puede asumir el Legislador al dictar su reglamento se contrae a hacer compatible su normal funcionamiento con la existencia y plena operancia de dicho fuero.

En este sentido, la precisión que se introduce en la ley acusada desconoce la independencia (CP art. 228) y la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia para ordenar la detención del Congresista (CP art. 186) y configura en favor de este último la consagración de un privilegio - adicional a su fuero - no previsto por el Constituyente y, por tanto, de imposible concesión unilateral por parte del mismo poder constituido beneficiario del mismo.

De otra parte, la reserva expresa y absoluta de competencia para ordenar la privación de la libertad de un Congresista que la Constitución atribuye **única y exclusivamente** a la Corte Suprema de Justicia - máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria -, independientemente de la etapa de investigación o juzgamiento y de la época de la comisión del delito, constituye suficiente garantía para el Congreso como institución y para cada uno de sus miembros, que no se interferirá de manera arbitraria e inconveniente en su correcto funcionamiento y en el ejercicio de sus deberes y derechos.

Por lo expuesto, cabe declarar la inexecutable del párrafo del artículo 267 de la Ley 5a. de 1992.

36. La inclusión del adverbio "sólo" en el artículo 266 de la Ley 5ª de 1992, resulta igualmente inconstitucional. No se desprende del texto del artículo 277-6 de la Constitución Política que la vigilancia superior de la conducta oficial que compete ejercer al Procurador General de la Nación sobre los funcionarios de elección popular, sea la única manifestación **estatal** de vigilancia y control que en su caso pueda ejercitarse. La expresión glosada puede, adicionalmente, configurar un género de inmunidad o privilegio que en ningún campo autoriza el Constituyente.

Lapso entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra en el evento de trámite de urgencia

37. Si bien entre la aprobación del Proyecto Ley en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días (CP art. 160), la deliberación conjunta de las respectivas Comisiones permanentes de las dos Cámaras para darle primer debate, de producirse como consecuencia del mensaje de urgencia del Presidente de la República (CP art. 163), hace innecesario el cumplimiento de dicho término. En efecto, el período de reflexión querido por el Constituyente como conveniente para la maduración de la ley en formación, carece de sentido cuando las dos comisiones agotan conjuntamente el primer debate. En el esquema ordinario, expirado el término de los quince días, el proyecto se somete a primer debate en una de las dos Cámaras en la que debe concluir el íter legislativo. En el trámite de urgencia, si la iniciativa - sin excepcionar los proyectos de ley relativos a los tributos - se aprueba conjuntamente por las Comisiones respectivas en primer debate, lo que sigue es el segundo debate en cada una de las Cámaras, siempre que medie un lapso no inferior a ocho

días. Es evidente que en el trámite de urgencia, la deliberación conjunta de las dos comisiones obvia el paso del proyecto de una Cámara a la otra, lo cual es uno de los efectos buscados mediante este procedimiento que busca reducir el tiempo que se emplea en el procedimiento legislativo ordinario.

38. El artículo 183 de la ley 5ª de 1992 se limita a contemplar la hipótesis examinada y a establecer en ese caso la simultaneidad del segundo debate en cada una de las Cámaras, sin esperar que transcurra el lapso de quince días. La norma legal armoniza correctamente el supuesto ordinario del artículo 160 con el extraordinario del artículo 163.

39. Acoge la Corte Constitucional los argumentos esgrimidos por el Procurador en defensa de la exequibilidad de la ley 6a. de 1992, acusada por no haberse observado en su tramitación el procedimiento y los términos previstos en la Carta. En realidad, como sostiene la vista fiscal, en la tramitación de dicha Ley, luego de recibido el mensaje de urgencia, se dió primer debate a la ponencia presentada en sesión conjunta de las Comisiones Tercera de Senado y Cámara. Por lo expuesto, no era necesario que transcurriera el lapso de quince días previsto por el artículo 160 de la Constitución Política.

La unidad de materia en la ley

40. El artículo 158 de la C.P. contiene un precepto análogo al que recogía el artículo 77 de la Constitución anterior (Acto Legislativo No. 1 de 1968). Ordena la norma constitucional que "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva Comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma Comisión (...)".

41. La exigencia constitucional se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final. El principio de **unidad de materia** que se instaura, contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma, diseñada bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de sus destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos. El estado social de derecho es portador de una radical pretensión de cumplimiento de las normas dictadas como quiera que sólo en su efectiva actualización se realiza. La seguridad jurídica, entendida sustancialmente, reclama, pues, la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas y métodos de depuración desde la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la República.

42. La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cual por recaer sobre la materia, tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley.

43. La interpretación del principio de **unidad de materia** no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el **principio democrático**, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley.

Anótase que el término "materia", para estos efectos, se toma en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente.

44. En este orden de ideas, no violan el principio de **unidad de materia** (C.P. art. 158), los artículos de la ley, arriba analizados, que se ocupan de aspectos concretos de la función electoral propia del Congreso, que por corresponder a una actividad ordinariamente desplegada por éste, son susceptibles de ser tratados en la norma que adopta el reglamento cuyo objeto - como ley orgánica - justamente es regular la actividad legislativa.

45. No puede sostenerse lo mismo de los apartes acusados de los artículos 146, 273 y del artículo 5º transitorio de la Ley 5ª de 1992. El contenido de estas disposiciones no guarda relación alguna de conexidad con la materia propia del Reglamento del Congreso, Senado y Cámara.

El artículo 146, en su integridad, parte de una premisa contraria a la de la norma constitucional. Un proyecto de ley no puede versar sobre **varias materias**. La Constitución expresamente proscribese semejante hipótesis. Ella ordena que "todo proyecto de ley debe referirse a una **misma materia**" (la Corte resalta).

Por su parte, los artículos 273 y 5º transitorio, se refieren al tema de los auxilios cuya conexidad con la materia del reglamento del Congreso es inexistente. Su prohibición constitucional no permite plantear el ejercicio de una actividad legislativa que, bajo la perspectiva del reglamento del Congreso, sea necesario regular orgánicamente.

Ciertamente, en punto de auxilios, como lo anota el Procurador, de acuerdo con claros criterios de la hacienda pública y de conformidad con los

antecedentes del artículo 355 de la C.P., resulta indispensable distinguir el momento legislativo en que se decretaron o aprobaron con las fases posteriores de la ejecución y ordenación del gasto. De otra parte, la intención del Constituyente fue la de aplicar la prohibición de decretar auxilios, a partir de la vigencia de la Constitución, y no retroactivamente. En la exposición de motivos del "Proyecto de control a los auxilios parlamentarios", se expresa: "La comisión cuarta de esta Asamblea Constituyente aprobó ya la total eliminación de los auxilios Parlamentarios. Esta prohibición será sin duda ratificada por el plenario. **Pero obrará hacia adelante** (La Corte resalta). Mientras tanto, si no hacemos algo, permitiremos que culmine una irregularidad sin nombre con la cifra más alta de la historia. No tendríamos justificación ni perdón si lo hicieramos". (Proyecto de acto Constituyente de vigencia inmediata "control a los auxilios parlamentarios", Constituyentes Luis Guillermo Nieto Roa, Carlos Lleras de la Fuente, Juan B. Fernández R., Juan Gómez M., Lorenzo Muelas H., José Matías Ortiz, Angelino Garzón, María Teresa Garces, Alfonso Palacio Rudas, Alvaro Echeverri U., Alfredo Vásquez Carrizosa, Francisco Rojas B., Jaime Ortiz H., Jaime Fajardo L., Abel Rodríguez y Eduardo Verano, Gaceta Constitucional del 20 de mayo de 199, pág. 11 y ss). En este proyecto de Acto Constituyente de vigencia inmediata, sobre la base de que la prohibición de decretar auxilios "**obrará hacia adelante**", se determinaban las normas y reglas que debían observarse para el pago de los auxilios correspondientes a las vigencias fiscales de 1991 y anteriores pendientes de desembolso, decretados por el Congreso, Asambleas y Concejos. El Acto Constituyente no fue adoptado, entre otras razones, porque el Gobierno expuso a los miembros de la Asamblea su propósito de controlar el pago de ejecución de dichos auxilios - operaciones de naturaleza puramente administrativa que no requerían ser elevadas a rango de normas constitucionales - de acuerdo con pautas análogas a las propuestas y bajo la veeduría moral del Procurador General de la Nación.

No escapa a esta Corte Constitucional la imposibilidad de otorgar efecto retroactivo a las nuevas prohibiciones consagradas en la Constitución, particularmente cuando ellas suprimen antiguas competencias de los órganos del Estado. Los efectos de aquellas normas pueden contrariar el nuevo ordenamiento constitucional de manera frontal y no encontrar acomodo en él. Si este es el caso, tales efectos deberán considerarse extintos. Mas si los mismos se encuentran plenamente consolidados como situaciones jurídicas activas sustentadas en un justo título o pueden conciliarse con el nuevo marco constitucional, no procede desestimarlos y deberán ser tenidos en cuenta como efectos supérstites de normas anteriores válidamente expedidas a la luz del ordenamiento constitucional entonces vigente.

El principio que ordena interpretar el ordenamiento legal producido al amparo de la anterior constitución, de acuerdo con el nuevo texto constitucional y los valores que lo inspiran, se extiende no sólo a las leyes sino a los efectos de éstas bajo el actual sistema constitucional. En este orden de ideas, el programa de control administrativo y fiscal establecido

con el objeto de evitar el abuso y desviación de los auxilios decretados con anterioridad a la promulgación de la Constitución, pendientes de desembolso, pone de presente la necesidad de ajustar los efectos de leyes anteriores válidas a la nueva realidad constitucional. La solución adoptada pretendía concederle a la Constitución la máxima eficacia y hacer compatible con ella la entrega de recursos - ordenada por leyes válidamente expedidas con anterioridad a su promulgación - cuya destinación y pago se sujetaban a estrictos controles, de modo que no se repitieran los abusos que llevaron al Constituyente a proscribir los auxilios.

Dada la naturaleza administrativa de los efectos de las anteriores leyes que decretaron auxilios - ejecución y pago - y el mecanismo que legítimamente se estableció para controlar su correcta destinación, su constitucionalidad no puede predicarse en abstracto. En la medida en que el pago de tales auxilios se sujete al respectivo programa de control y que los fondos se asignen efectivamente a la finalidad social contemplada en la Ley, los efectos de este conjunto de normas provenientes del régimen constitucional anterior gozan de respaldo bajo el nuevo hasta su normal agotamiento. La naturaleza social del Estado Colombiano y las consecuencias inocultablemente perjudiciales que particularmente para la población más desprotegida se seguirían de excluir los "efectos controlados" de las antiguas leyes de auxilios - cuya expedición quedó prohibida a partir de la promulgación de la Constitución -, impiden prohijar esta interpretación que sólo formalmente reivindica el primado de la Constitución pues en la realidad - mediando el control de su destinación - sacrifica posiciones sociales de favor ya ganadas (CP art. 13).

La sustitución rígida y mecánica del antiguo orden por el nuevo no siempre contribuye a su efectivo advenimiento y entronización. A veces se precisa de fórmulas temporales - como la concebida por el Gobierno - para arribar a la situación final postulada por el Constituyente. Atendidas las circunstancias y las consecuencias negativas y desestabilizadoras de otras alternativas, en tales fórmulas pueden recogerse soluciones jurídico-políticas que aseguren la mayor eficacia posible para la Constitución y reduzcan las dificultades y costos sociales e institucionales normalmente asociados al tránsito constitucional.

No obstante lo anterior y pese a lo plausible que pueda ser un criterio interpretativo, éste no podrá hacer tránsito a norma legal si su materia es ajena a la materia dominante de la ley a cuya sombra pretende acogerse.

Sólo por este último concepto se declarará la inexecutablez de los preceptos legales analizados. Si bien se comparten los criterios expuestos por el Procurador General de la Nación y el Fiscal, no cabe acceder a la solicitud del primero de limitar, en este caso, el efecto de la cosa juzgada inherente al fallo de inconstitucionalidad a la vulneración del artículo 355 de la Constitución Política. Las normas declaradas inconstitucionales, así la declaratoria se fundamente en un sólo cargo se excluyen del ordenamiento jurídico y no sobreviven bajo ningún otro concepto, máxime si se repara que

al despachar favorablemente un cargo de inconstitucionalidad no siempre es necesario proceder a analizar los restantes.

Vigencia de la Ley 5ª de 1992

46. El artículo 4o. transitorio de la ley 5ª de 1992 se limita a establecer que el trámite legislativo que estuviere en curso al momento de empezar a regir dicho Reglamento, se acomodará en la medida de lo posible a sus normas. Se trata de una norma típica de transición normativa que no vulnera ningún canon constitucional.

Normas acusadas que carecen de concepto de violación

47. Los artículos transitorios 1o., 2o. y 3o. y el artículo 393 de la Ley 5 de 1992, fueron demandados ante esta Corte (Demanda No. 140), conjuntamente con otros artículos de la misma Ley. Sin embargo, los conceptos de violación relativos a las normas citadas no fueron enunciados y resulta en extremo difícil y aventurado poderlos colegir del planteamiento general de la demanda. En estas condiciones, la Corte encuentra de recibo la solicitud del Procurador y se declarará inhibida para entrar a resolver sobre el fondo tratándose de las citadas normas.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Plena,

R E S U E L V E

PRIMERO.- Declarar constitucionales el encabezamiento del artículo 18 y su numeral 6º y los artículos 20, 24, 27, 28, 183, inciso 2º, 306, 307, 316, 317, 318, 319 y 4º transitorio de la Ley 5ª de 1992, y ésta, en su integridad, por no violar el artículo 14 transitorio de la Constitución Política.

SEGUNDO.- Declarar inconstitucional el artículo 146, el adverbio "sólo" contenido en el artículo 266, el párrafo del artículo 267, el inciso 2º del artículo 273 y el 5º transitorio de la Ley 5ª de 1992.

TERCERO.- Declarar constitucional la Ley 6ª de 1992 por los motivos expresados en esta sentencia.

CUARTO.- Declararse inhibida respecto de los artículos 1º, 2º, 3º transitorios y 393 de la Ley 5ª de 1992 por falta de concepto de violación.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Presidente

**CIRO ANGARITA BARON
MUÑOZ**

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES

Magistrado

**JOSE GREGORIO HERNANDEZ G.
MARTINEZ C.**

Magistrado

ALEJANDRO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Sentencia C-133/12

CAMBIO DE DESTINACION DE UNA PARTE DEL INCREMENTO DEL IVA AL SERVICIO DE LA TELEFONIA MOVIL CELULAR-Vulnera el principio de unidad de materia, en la medida que no está destinado a financiar el Sistema de Seguridad Social en Salud

ADOPCION DE MEDIDAS DIRIGIDAS A LA CONSECUACION DE NUEVAS FUENTES DE RECURSOS PARA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Norma acusada no guarda relación de conexidad con el tema de la ley a la que pertenece

La Ley 1393 de 2010, se expidió por el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, con el propósito específico de fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos, y a la potenciación y optimización de los ya existentes. Dentro de ese objetivo, y de acuerdo con su epígrafe, las medidas adoptas en la ley se circunscriben a: (i) definir rentas de destinación específica para la salud; (ii) adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; (iii) evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; (iv) redireccionar recursos al interior del sistema de salud, y, en su defecto, a (v) adoptar medidas que resulten a fines con tales materias. En el caso de las normas acusadas, las materias en ellas desarrolladas no están relacionadas con la destinación específica de recursos para la salud; no se dirigen a evitar la evasión y la elusión de los aportes; no redireccionan recursos al interior del sistema de salud; y tampoco constituyen asuntos afines a tales propósitos. Según fue mencionado, mientras la Ley 1393 de 2010 tiene por objeto la generación y optimización de recursos para contribuir al financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, en su orden, se ocupan del destino y manejo de recursos dirigidos a las bibliotecas públicas y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura, aspectos éstos que resultan totalmente ajenos al fin perseguido por la citada ley.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Configuración constitucional/**PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-**Reglas aplicables

El principio de unidad de materia se encuentra consagrado expresamente en el artículo 158 de la Constitución Política, conforme al cual “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”. Dicho mandato, a su vez, se complementa con el previsto en el artículo 169 del mismo ordenamiento

Superior, al prescribir éste que “el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”. A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad. Consecuencia de tales condiciones, sería, entonces, que el Congreso actúa en contravía del principio constitucional de unidad de materia, “cuando incluye cánones específicos que, o bien [no] encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado”.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Elemento de análisis para determinar las relaciones de conexidad entre las disposiciones de una ley

A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad. Consecuencia de tales condiciones, sería, entonces, que el Congreso actúa en contravía del principio constitucional de unidad de materia, “cuando incluye cánones específicos que, o bien [no] encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado”. Ha dejado en claro la jurisprudencia, que con la implementación del principio de unidad de materia se busca propiciar un ejercicio transparente y coherente de la función legislativa, de manera que su producto, la ley, se concrete en materias previamente definidas y sea el “resultado de un sano debate democrático en el

que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento”. Su observancia contribuye, entonces, “a la coherencia interna de las normas y facilita su cumplimiento y aplicación al evitar, o al menos reducir, las dificultades y discusiones interpretativas que en el futuro pudieran surgir como consecuencia de la existencia de disposiciones no relacionadas con la materia principal a la que la ley se refiere”. Dentro del propósito de contribuir al logro de un mayor nivel de transparencia en el debate, la Corte ha explicado que con la exigencia de conexidad material, “se trata de evitar que se aprueben como parte de una ley, normas, que se hayan introducido de manera subrepticia o sorpresiva y sobre las cuales no se ha surtido un verdadero debate”. Así, por ejemplo, puede ocurrir que a un proyecto ley, en su versión original o en las modificaciones o adiciones posteriores, se le incorporen normas que no guarden relación con la materia desarrollada por aquél, y que éstas pasen desapercibidas, sin que sobre ellas se presente discusión alguna, e incluso, sin que exista conciencia en los congresistas sobre su verdadero alcance y proyección. En tal evento, lo ha dicho la Corte, con respecto a tales normas, el debate no sería transparente, en cuanto los temas por ellas introducidos no surtieron el proceso de reflexión y discusión propio de la función legislativa, “defecto que afecta no solo la actividad del Congreso, sino que limita las posibilidades de participación democrática inherentes al proceso legislativo, en la medida en que los ciudadanos se verían sorprendidos por la aprobación de normas respecto de cuya incorporación en el proyecto no tuvieron previa y explícita noticia”. De igual manera, en punto al objetivo de contribuir a la coherencia del debate, este Tribunal ha señalado que la unidad de materia propende porque la “tarea legislativa se concentre en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, de manera tal que el debate se desarrolle en torno a un hilo conductor que le de sentido y no sobre materias aisladas y carentes de conexidad”. Esta última situación irregular tendría lugar, precisamente, en los casos en que, aun cuando ciertos contenidos temáticos haya sido introducidos de manera explícita en un proyecto de ley, y respecto de ellos se cumpla con el debate en algunas de las instancias legislativas, tales contenidos no se relacionan con una materia común, ni resultan afines -directa e indirectamente- con el tema general del proyecto. En tales eventos, el debate no sería coherente por razón de la incongruencia interna surgida entre las propias medidas cuestionadas y el texto general de la ley.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Límite al ejercicio del poder de configuración normativa de que es titular el Congreso de la República

El principio de unidad de materia actúa, entonces, como un límite al ejercicio del poder de configuración normativa de que es titular el Congreso de la República, en cuanto le impone al debate legislativo una medida de orden, y al mismo tiempo, como un parámetro de control de las leyes, en el entendido que una vez surtido el proceso legislativo, las mismas pueden ser sometidas al

juicio de inconstitucionalidad con el fin de verificar el cumplimiento de la aludida regla constitucional. Ahora bien, sin desconocer el importante papel que está llamado a cumplir el principio de unidad de materia en el desarrollo de la función legislativa, esta Corporación viene afirmado que, para efectos de darle estricta aplicación al referido principio, es necesario ponderar, por una parte, el alcance constitucional a él reconocido y, por la otra, el amplio margen de configuración política que, en virtud del principio democrático y la cláusula general de competencia, también la propia Carta le otorga al Congreso para regular las distintas materias de ley. En ese contexto, lo ha manifestado la Corte, el principio de unidad de materia “no puede manejarse como un concepto rígido o de interpretación restrictiva, de manera que sobrepase su verdadera finalidad o distraiga su objetivo, y termine por obstaculizar el trabajo legislativo haciéndolo del todo nugatorio”.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-No significa simplicidad temática

La jurisprudencia ha sostenido que la unidad de materia “no significa simplicidad temática”, de tal suerte que se piense, erróneamente, que un proyecto de ley, o la ley en sí misma, solo puede referirse a un mismo o único tema. A juicio de la Corporación, la expresión “materia”, a que hace referencia el artículo 158 Superior, debe entenderse desde una perspectiva amplia y global, de forma tal que “permita comprender diversos temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley”. Ello, sobre la base de considerar que lo que prohíbe la Constitución es que no se relacionen los temas de un artículo y la materia de la ley, esto es, que se incluyan en el texto legal medidas que no apunten a un mismo fin; aspecto éste que, en todo caso, no tiene por qué comprometer la atribución constitucional reconocida al legislador para “determinar el contenido de las normas que expide de la manera que considere más conveniente y acorde con los objetivos de política pública que lo guían”.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Criterios de conexidad

La hermenéutica constitucional también ha dejado sentado que la relación de conexidad interna no tiene que ser directa ni estrecha, razón por la cual se puede manifestar de distintas formas, pudiendo ser de tipo causal, temática, sistemática o teleológica. Recientemente, en la Sentencia C-400 de 2010, la Corte hizo expresa referencia al alcance de los distintos criterios de conexidad que permiten determinar el cumplimiento del principio de unidad de materia. En relación con la (i) conexidad temática, explicó que la misma puede definirse “como la vinculación objetiva y razonable entre la materia o el asunto general sobre el que versa una ley y la materia o el asunto sobre el que versa concretamente una disposición suya en particular”. Como ya se

mencionó, la Corte ha dispuesto que la conexidad temática, analizada desde la perspectiva de la ley en general, “no significa simplicidad temática, por lo que una ley bien puede referirse a varios asuntos, siempre y cuando entre los mismos exista una relación objetiva y razonable”. En cuanto a la (ii) Conexidad causal, manifestó que ésta se refiere a la identidad que debe existir entre una ley y cada una de sus disposiciones, en cuanto a los motivos que dieron lugar a su expedición. Concretamente, la conexidad causal “hace relación a que las razones de la expedición de la ley sean las mismas que dan lugar a la consagración de cada uno de sus artículos en particular, dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley”. Por su parte, frente a la (iii) conexidad teleológica, dijo igualmente que ella también tiene que ver con “la identidad de objetivos perseguidos por la ley vista en su conjunto general, y cada una de sus disposiciones en particular”. Esto significa que en virtud de la conexidad teleológica, “la ley como unidad y cada una de sus disposiciones en particular deben dirigirse a alcanzar un mismo designio o designios, nuevamente dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley”. Finalmente, respecto de la (iv) Conexidad sistemática, la misma fue entendida “como la relación existente entre todas y cada una de las disposiciones de una ley, que hace que ellas constituyan un cuerpo ordenado que responde a una racionalidad interna”.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Para su cumplimiento debe acudirse a una interpretación razonable y proporcional

De este modo, para efectos de establecer el cumplimiento del principio de unidad de materia, debe acudirse a una interpretación razonable y proporcional, que permita verificar si entre las normas y la ley existe conexidad causal, teleológica, temática o sistémica. Con base en tal lectura, la propia jurisprudencia constitucional ha venido considerando que “solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley”.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Su violación constituye un vicio de carácter material y no formal

Violación del principio de unidad de materia constituye un vicio de carácter material y no formal, toda vez que el juicio que debe adelantar el juez constitucional consiste esencialmente en examinar el contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que éste guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte. Ha dejado en claro la Corte que, para efectos de establecer la presunta violación del citado principio, el

juez constitucional no entra a estudiar el procedimiento formal de aprobación de la ley, sino que, como se ha explicado, debe analizar el contenido normativo del artículo impugnado, para compararlo con el tema general de la ley acusada.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA- Metodología

Este Tribunal ha definido la metodología a seguir en el examen de constitucionalidad por vulneración del principio de unidad de materia, destacando que, inicialmente, (i) le corresponde al juez constitucional entrar a determinar el alcance material o contenido temático de la ley parcialmente demandada, para, posteriormente, (ii) proceder a verificar si la norma que ha sido cuestionada guarda con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica, que justifique su incorporación al texto de la ley objeto de revisión. De igual manera, a efectos de precisar los núcleos temáticos de una ley, la jurisprudencia ha estimado que resulta útil acudir: (i) a los antecedentes legislativos, entendiendo por tal la exposición de motivos del proyecto, las diferentes ponencias, los debates en comisiones y plenarios y los textos originales y definitivos; (ii) al propio título o epígrafe de la ley, donde se anuncia y define la temática a tratar; e igualmente, (iii) al contexto o contenido básico del ordenamiento legal que se examina. Para la Corte, la evaluación y valoración de tales elementos, ya sea de forma conjunta o independiente, según lo determinen las circunstancias particulares, “es lo que le permite al órgano de control constitucional entrar a definir si una determinada disposición desarrolla o no la materia de la ley a la cual pertenece y, por tanto, si la misma respeta el principio de unidad de materia previsto en los artículos 158 y 169 de la Carta Política.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos que se deben cumplir cuando se invoca la violación del principio de unidad de materia

De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 158 y 169 de la Constitución, y 2° y 3° del Decreto 2067 de 1991, esta Corporación ha señalado que, para efectos de que la Corte pueda adelantar el control constitucional sobre una ley por la presunta violación del principio de unidad de materia, se requiere que el demandante cumpla previamente con una carga procesal mínima, cual es la de: (i) señalar en la demanda la materia de la que se ocupa la ley acusada, (ii) citar la disposiciones que según su criterio no guardan relación con el tema general de la ley, y (iii) explicar las razones por las cuales considera que dichas disposiciones no son afines a la materia de la ley.

Referencia:

Expedientes D-8486

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, *“Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*.

Demandante:

Gonzalo Castellanos Valenzuela

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Gonzalo Castellanos Valenzuela demandó la inconstitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010 *“por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*; disposiciones que, a su vez, modificaron los artículos 41 de la Ley 1379 de 2010 y 470 del Estatuto Tributario, respectivamente.

Contra los referidos artículos, el actor formuló dos tipos de cargos: (i) unos dirigidos a cuestionar concretamente su contenido sustancial, y otros (ii) en los que se muestran irregularidades relacionadas con su trámite de aprobación en el Congreso de la República y con la presunta violación del principio de unidad de materia.

Por Auto del veintinueve (29) de abril de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda en cuanto a las acusaciones dirigidas a cuestionar la norma del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, toda vez que el demandante no configuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad, específico, claro, suficiente y pertinente, que permitiera establecer la existencia de una oposición objetiva entre el contenido de la norma acusada y la Constitución Política. Entre tanto, en el mismo auto, el Magistrado Ponente admitió la demanda en lo relacionado con la presunta violación del principio de unidad de materia y algunos otros vicios de procedimiento que se le imputan a los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, tras considerar que, por ese aspecto, la demanda se ajusta plenamente a los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991.

El seis (6) de mayo de 2011, dentro del término previsto para la corrección de la demanda, el actor radicó en la Secretaría General de esta Corporación el correspondiente escrito de subsanación. Sin embargo, tras encontrar que no se aportaron nuevos argumentos para demostrar la inconstitucionalidad de la norma del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, por Auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil once (2011), el Magistrado Ponente decidió rechazar la demanda por ese aspecto, y dispuso continuar el trámite en relación con los demás cargos propuestos.

En la misma providencia, el Magistrado Sustanciador ordenó la fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de la referencia. Así mismo, ordenó comunicar la demanda al Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional, del Atlántico, del Norte y Externado de Colombia, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la constitucionalidad de norma acusada.

Contra el Auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil once (2011) el actor no presentó recurso de Súplica, razón por la cual se procedió a su cumplimiento.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 47.768, de 12 de julio de 2010.

“LEY 1393 DE 2010

(Julio 12)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

“Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 10. Modifícase el artículo 41 de la Ley 1379 del 15 de enero de 2010, el artículo quedará así:

“Artículo 41. Fuentes de financiación. En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, se aplicará un porcentaje de no menos del 10% en donde exista, la estampilla Procultura. En todo caso, en los distritos en los que existan fuentes de recursos diferentes a la estampilla Procultura, no inferiores al mínimo establecido en este inciso, estos podrán destinarse sin que sea necesario aplicar el porcentaje ya señalado en dicha estampilla.

En ningún caso los recursos a que se refiere este párrafo podrán financiar la nómina ni el presupuesto de funcionamiento de la respectiva biblioteca”.

ARTÍCULO 11. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

“Artículo 470. Servicio gravado con la tarifa del veinte por ciento (20%). A partir del 1o de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

El incremento del 4% a que se refiere este artículo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

– Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del calendario único nacional.

- El 25% restante será girado al Distrito Capital y a los departamentos, para que mediante convenio con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados, se destine a programas de fomento y desarrollo deportivo e infraestructura, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación, establecidos en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de distribución de estos recursos los cuales se destinarán por los Departamentos y el Distrito Capital en un 50% para cultura dándole aplicación a la Ley 1185 de 2008 y el otro 50% para deporte. Del total de estos recursos se deberán destinar mínimo un 3% para el fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación de deportistas con discapacidad y los programas culturales y artísticos de gestores y creadores culturales con discapacidad.

Los municipios y/o distritos cuyas actividades culturales y artísticas hayan sido declaradas como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura Unesco, tendrán derecho a que del porcentaje asignado se destine el cincuenta por ciento (50%) para la promoción y fomento de estas actividades.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberán informar anualmente a las comisiones económicas del Congreso de la República, el valor recaudado por este tributo y la destinación de los mismos”.

(...)”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante estima que las disposiciones objeto de censura constitucional contenidas en la Ley 1393 de 2010 “*Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover*

actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”, contravienen lo dispuesto en los artículos 151, 154, 158, 161 y 169 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

2.1. De acuerdo con las decisiones adoptadas por el despacho del Magistrado Sustanciador en el trámite de admisión de la demanda, los cargos de que conocerá la Corte en la presente causa, serán los relacionados con la violación del principio de unidad de materia, y aquellos dirigidos a demostrar la existencia de otros vicios en el proceso de formación de la ley. Hecha tal aclaración, la acusación formulada contra los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, se puede resumir de la siguiente manera:

2.2. Según el demandante, los artículos 10 y 11 de la citada Ley 1393 de 2010, a través de los cuales se regula y modifica la fuente de financiación de recursos de la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, en la que participan los distritos y municipios, vulneran el principio constitucional de unidad de materia.

En su criterio, la violación del *principio de unidad de materia* se deriva del hecho de que, del núcleo temático de la ley, definido en su propio título, no es posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con el contenido de las normas acusadas.

Sostiene al respecto que los artículos demandados, por lo demás adicionados al proyecto inicial durante su trámite en el Senado de la República, en nada se relacionan con la búsqueda de recursos para el Sistema de Seguridad Social en Salud, que es la finalidad específica que se persigue con la Ley 1393 de 2010, pues lo que en ellos se regula básicamente, es la fuente de financiación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas públicas y la fijación de una renta nacional con destinación específica al fortalecimiento de la cultura y el deporte, respectivamente, aspectos ajenos al espíritu de la ley.

Refiriéndose concretamente al artículo 11 de la ley demandada, el actor aduce que la violación del principio de unidad de materia puede conllevar también el desconocimiento del principio de identidad relativa, toda vez que en el trámite de conciliación, la referida norma se identificó como una “*adición*” al Estatuto Tributario, a pesar de que en los debates ordinarios aprobados en Senado y Cámara se trató como una “*modificación*” a dicho estatuto.

2.3. A su turno, considera que los artículos 10 y 11 de la Ley 1392 de 2010 desconocen, además, la iniciativa privativa del Gobierno, toda vez que al tratar una materia relacionada con la participación de los municipios en una renta nacional, no debió haber tenido origen en el Congreso de la República, tal y como lo prevén los artículos 151 y 154 de la Constitución Política, en

consonancia con lo dispuesto en el artículo 142, numeral 12, de la Ley 5 de 1992 (Ley Orgánica del Congreso).

2.2.3. Como consecuencia de lo anterior, aduce el actor que, por tratarse de una ley de iniciativa gubernamental, como quiera que, en su entender, plantea una reducción de ingresos (10% del total del incremento de IVA a la telefonía móvil celular), debió contener la correspondiente fuente sustitutiva, una vez analizada y aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sin embargo, dado que no se cumplió con dicho presupuesto, el artículo 10 demandado también quebranta el estatuto superior, en tanto que desconoce abiertamente el imperativo cumplimiento de las normas orgánicas del presupuesto.

IV. INTERVENCIÓN

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 7 de septiembre de 2011, la apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino en el trámite de la presente acción, con el fin de solicitarle a la Corte que declare exequibles los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010.

Con respecto a la violación del principio de unidad de materia, sostuvo la interviniente que los preceptos normativos acusados no desconocen tal principio, toda vez que, a través de las medidas que en ellos se adoptan, se logra, en realidad, el acceso y goce efectivo del derecho fundamental a la salud, desde la óptica del deporte y la cultura como herramienta necesaria para el desarrollo integral de cada individuo.

Sostiene al respecto que, en cuanto la Ley 1393 *“tiene por objeto contribuir a generar recursos adicionales para la salud”*, existe entre ésta y los artículos acusados una relación de conexidad temática, pues, como se mencionó, en dichos artículos se adoptan medidas en favor de la cultura y el deporte, aspectos que coadyuvan a lograr el acceso y goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

También pone de presente la interviniente, que las normas demandadas, al modificar la participación de los municipios en una renta nacional, en ningún momento desconocieron la iniciativa privativa del Gobierno en estos asuntos, pues la propuesta fue radicada por el Gobierno, a través de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, tal y como consta en la Gaceta del Congreso número 128 del 20 de abril de 2010.

Adicionalmente, señala que la obligación de proveer una fuente sustitutiva de recursos cuando se ordena una reducción de ingresos, no se predica respecto de cualquier iniciativa tendiente a redireccionar recursos o a modificar destinaciones específicas, sino en aquellos eventos en que mediante un

beneficio tributario se elimina un ingreso, pues de lo contrario se desconocería la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República.

Para concluir, sostiene que las comisiones accidentales de conciliación están plenamente habilitadas para modificar e inclusive adoptar textos nuevos respecto de determinado proyecto, siempre que surjan discrepancias en las cámaras, de manera que el cambio introducido en el artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, en modo alguno transgrede el artículo 161 de la Carta Política.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS

- En el término de fijación en lista, los ciudadanos **Yulainny Zayhonara Morales, Jackeline Guzmán Buitrago, Nelfy Astrid Barreto Lozada, Ebert Andrés Sánchez Ramírez, Marcela Suárez Torres, Cristian Orlando Díaz Ibarra, Luis Alejandro Carreño, Jorge Hernández Correa, Jhon Alexander Zabala, Lorena Flórez Suárez, Elkin Jovanny Bergaño Forero, Héctor Julio Guarnizo Quintana, Leidy Viviana Téllez Páez, Juan Pablo Morantes Acuña, Johana Patricia Lozada, Yaircinio Barón, Claudia Yaqueline Cárdenas Niño, Ramón Bustamante Clavijo, William Alexander Rivera, Luis Alejandro Camacho, Deisy Jiménez Saldaña, Edwin Díaz Páez, Milena Paola Estupiñán Suárez, Carlos Mauricio Trigos, Carlos Alberto Peláez, Yeison Mauricio Cruz, Sonia Leonor Bustos, Gerardo Carvajal Liévano, Rocío Mateus Cadena, Héctor Claudio González, Ingrid Johanna Talero Sánchez, Irma Cristina Tibaduiza Gonzáles y Darhuid Jonathan Camacho** se hicieron partícipes de la causa suscitada a propósito de la acción pública de inconstitucionalidad ejercida contra los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010 y, en consecuencia, solicitaron a esta Corporación que declarara la inexequibilidad de las referidas normas.

Además de expresar su adhesión a los cargos de fondo propuestos por el demandante, en términos generales, señalan los coadyuvantes que las normas demandadas vulneran la Constitución Política, por cuanto el legislador desconoció la iniciativa privativa del gobierno para expedir o modificar normas sobre participaciones de los distritos y municipios en las rentas nacionales.

Así mismo, manifiestan que dichas disposiciones quebrantan el principio constitucional de unidad de materia, dado que el legislador rebasó su competencia, al entrar a regular temas relacionados con la destinación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, el deporte y la cultura, en una ley que tiene por objeto fortalecer económicamente el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, algunos de los ciudadanos intervinientes se muestran en desacuerdo con el texto conciliado del artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, toda vez que consideran que la comisión accidental respectiva se extralimitó

en el ejercicio de sus competencias al modificar aspectos sustanciales del proyecto de ley debatido y aprobado en Senado y Cámara.

-A su turno, los ciudadanos **Sandra Piedad Botero Bohórquez, Lina María Rodríguez, Camilo Andrés Tovar Perilla, Johan Hernán Lugo Barbosa, Ivone Paola Rodríguez, Diana Carolina Porras Rodríguez, Martha Cecilia Recaman Jaramillo, Natalia Escobar Portela, Linda Magaly Castro Millán, Alejandro López Torres, Ruth Feliciano Garzón y Erwing Rodrigo Moreno** se pronunciaron sobre la demanda de la referencia con el objeto de defender la constitucionalidad de las normas objeto de reproche.

A juicio de los intervinientes, si bien es cierto que el artículo 142 de la ley 5 de 1992, consagra que solo por iniciativa del gobierno el legislador puede dictar o reformar leyes relacionadas con la participación de los municipios en las rentas nacionales o transferencias de las mismas, no lo es menos que el artículo 150 de la Constitución Política le otorga facultad al Congreso de la Republica para expedir leyes, y a través de ellas, establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración, lo cual significa que está haciendo pleno uso de las competencias expresamente atribuidas por la norma superior.

En cuanto hace al cargo por violación del principio de unidad de materia, disienten de la postura del demandante, al señalar que las disposiciones objeto de censura se adhieren plenamente al contenido de la Ley 1393 de 2010, puesto que regulan materias afines a la salud, a través del deporte y la cultura, de manera que el legislador no realizó un cambio abrupto del núcleo temático de la ley, pues ha de entenderse que una disposición normativa puede referirse a varios asuntos, siempre y cuando exista relación objetiva y razonable entre los mismos.

Respecto de los demás cargos de inconstitucionalidad que se alegan en la presente causa, estiman los intervinientes que se trata de simples interpretaciones subjetivas que carecen de todo fundamento jurídico para generar un verdadero debate o escenario de confrontación constitucional.

- Entre tanto, los ciudadanos **Martha Isabel Jiménez Millán y Hernando Quintero Ramírez**, intervinieron en el presente asunto, a fin de solicitarle a esta Corporación que se inhiba de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda propuesta, debido a ineptitud sustancial de la misma.

En criterio de los intervinientes, la demanda formulada por el actor no cumple con los presupuestos mínimos previstos en el numeral 3° del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 para su admisión. Puntualmente, manifiestan que no se advierten razones claras, suficientes y pertinentes que permitan sustentar la inconstitucionalidad de las normas acusadas, pues solo se limita a exponer una serie de argumentos confusos que no facilitan la identificación de una verdadera oposición a la Constitución Política.

No obstante lo anterior, de manera subsidiaria, le proponen a la Corte que declare exequibles los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, en la medida de que no existió vulneración del principio constitucional de unidad de materia, toda vez que a través de dichas normas se pretende obtener recursos para el deporte y así contribuir a la salud de los ciudadanos.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5220, del cuatro (04) de octubre de dos mil once (2011), se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley parcialmente acusada, solicitándole a la Corte declarar inexecutable los artículos 10 y 11 de la misma, con base en las siguientes consideraciones:

Partiendo de un análisis del proceso de formación de la Ley 1393 de 2010, iniciando con la exposición de motivos, la Vista Fiscal advierte que los artículos 10 y 11 objeto censura constitucional, vulneran el principio constitucional de unidad de materia, toda vez que su contenido no se relaciona con ninguno de los propósitos perseguidos por la ley y consignados expresamente en su título, pues no hace referencia alguna a temas puntuales respecto del Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que, por el contrario, *“se ocupa del destino y del manejo de los recursos correspondientes a las bibliotecas públicas”*.

A su turno, aduce que el artículo 11 demandado, además de vulnerar el anterior principio constitucional, desconoce también la iniciativa privativa del Gobierno en la expedición de normas relacionadas con la participación de los municipios en las rentas nacionales, pues al regular una materia de ese alcance, no debió haber tenido origen en la célula legislativa.

Bajo el anterior contexto, el Ministerio Público considera que no es necesario referirse a los demás cargos de inconstitucionalidad formulados por el demandante, pues con lo expuesto en precedencia es suficiente para deprecar la inexecutable de los preceptos normativos acusados.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad que se formula contra los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010.

2. Alcance de la demanda y problema jurídico

2.1. Como ya ha sido mencionado, en el asunto bajo examen el actor le solicita a la Corte que declare inexecutable los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, por considerar que, a través de dichas normas, el Congreso de la República violó el principio de unidad de materia, consagrado expresamente en los artículos 158 y 169 de la Carta, e igualmente, la iniciativa legislativa exclusiva del Gobierno para promover leyes que ordenan participaciones en las rentas nacionales, mandato contenido en el artículo 154 del mismo ordenamiento Superior.

2.2. De acuerdo con el planteamiento de la demanda, la violación del principio de unidad de materia se produjo como consecuencia de que los artículos acusados regulan asuntos que no guardan ninguna relación de conexidad con la materia de la ley. Así, mientras la Ley 1393 de 2010, tiene por objeto la búsqueda y generación de recursos para contribuir al financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, en su orden, se ocupan del destino y manejo de recursos correspondientes a las bibliotecas públicas (art. 10°) y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura (art. 11), aspectos totalmente ajenos al fin perseguido por el ordenamiento al que pertenecen.

2.3. En cuanto hace al desconocimiento de la iniciativa legislativa privativa del Gobierno, se afirma en la demanda que la misma tuvo lugar, dado que las normas acusadas tratan una materia relacionada con la participación de los municipios en una renta nacional, asunto que no debió tener origen en el Congreso de la República, como en efecto ocurrió, sino en el ejecutivo, tal y como lo prevé el artículo 154 de la Constitución Política, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 142, numeral 12, de la Ley 5 de 1992.

2.4. Un grupo importante de intervinientes, entre los que se cuenta el Ministerio Público, se manifestó de acuerdo con el planteamiento de la demanda. En términos concretos, coinciden con el actor en sostener que los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010 violan el principio de unidad de materia, toda vez que regulan temas relacionados con la destinación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas, el deporte y la cultura, en una ley que tiene por objeto fortalecer financieramente el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Consideran, además, que el artículo 11 acusado también desconoce la iniciativa legislativa privativa del Gobierno, ya que regula la participación específica en una renta nacional, medida que se adoptó sin el correspondiente respaldo del Gobierno.

2.5. Por su parte, un segundo grupo de intervinientes se expresó en contra de las acusaciones, por considerar que las disposiciones impugnadas se ajustan a la Constitución Política. En punto a la presunta violación del principio de unidad de materia, afirman que aquellas se adhieren plenamente al contenido de la Ley 1393 de 2010, en cuanto regulan materias afines a la salud, como lo son el deporte y la cultura. Sostienen igualmente que, en cuanto al desconocimiento de la iniciativa legislativa privativa del Gobierno para

impulsar leyes que ordenan participaciones en las rentas nacionales, el actor incurre en abiertas contradicciones, pues, aun cuando en algunos apartes de la demanda sostiene que las normas acusadas no fueron tramitadas a iniciativa del Gobierno, en otros reconoce que fueron los ministros quienes radicaron el proyecto de ley incluyendo los contenidos cuestionados.

2.6. De acuerdo con los planteamientos de la demanda y lo expresado en las distintas intervenciones, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer, inicialmente, lo siguiente:

- Si el legislador desconoce el principio de unidad de materia, por el hecho de incluir en una ley cuyo objeto es contribuir a generar recursos adicionales para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, medidas relacionadas con la destinación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas, el deporte y la cultura.

De concluirse que las normas demandadas no violan el principio de unidad de materia, le corresponderá a la Corte definir:

- Si a través de tales normas el legislador desconoce la iniciativa privativa del Gobierno para promover leyes que ordenan participaciones en las rentas nacionales.

3. El principio de unidad de materia. Configuración constitucional y reglas aplicables

3.1. Según quedó explicado, se le atribuye a las normas acusadas la presunta violación del principio de unidad de materia, sobre la base de considerar el actor, que en ellas se regulan asuntos que no guardan ninguna relación con el tema de la ley a la que pertenecen. Al respecto, habrá de recordarse inicialmente que el mencionado principio ha sido objeto de estudio por parte de esta Corporación, quien, a través de distintos pronunciamientos, ha reconocido el importante papel que éste cumple en el proceso de racionalización y tecnificación del trámite legislativo, ocupándose también de definir los presupuestos básicos que determinan su ámbito de aplicación.

3.2. Como es sabido, el principio de unidad de materia se encuentra consagrado expresamente en el artículo 158 de la Constitución Política, conforme al cual *“todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”*. Dicho mandato, a su vez, se complementa con el previsto en el artículo 169 del mismo ordenamiento Superior, al prescribir éste que *“el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”*.

3.3. A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así

como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: **(i)** definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, **(ii)** mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad¹. Consecuencia de tales condiciones, sería, entonces, que el Congreso actúa en contravía del principio constitucional de unidad de materia, “cuando incluye cánones específicos que, o bien [no] encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado”².

3.4. Ha dejando en claro la jurisprudencia, que con la implementación del principio de unidad de materia se busca propiciar un ejercicio **transparente** y **coherente** de la función legislativa, de manera que su producto, la ley, se concrete en materias previamente definidas y sea el “resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento”³. Su observancia contribuye, entonces, “a la coherencia interna de las normas y facilita su cumplimiento y aplicación al evitar, o al menos reducir, las dificultades y discusiones interpretativas que en el futuro pudieran surgir como consecuencia de la existencia de disposiciones no relacionadas con la materia principal a la que la ley se refiere”⁴.

Dentro del propósito de contribuir al logro de un mayor nivel de **transparencia** en el debate, la Corte ha explicado que con la exigencia de conexidad material, “se trata de evitar que se aprueben como parte de una ley, normas, que se hayan introducido de manera subrepticia o sorpresiva y sobre las cuales no se ha surtido un verdadero debate”⁵. Así, por ejemplo, puede ocurrir que a un proyecto ley, en su versión original o en las modificaciones o adiciones posteriores, se le incorporen normas que no guarden relación con la materia desarrollada por aquél, y que éstas pasen desapercibidas, sin que sobre ellas se presente discusión alguna, e incluso, sin que exista conciencia en los congresistas sobre su verdadero alcance y proyección. En tal evento, lo ha dicho la Corte, con respecto a tales normas, el debate no sería transparente, en cuanto los temas por ellas introducidos no surtieron el proceso de reflexión y discusión propio de la función legislativa, “defecto que afecta no solo la actividad del Congreso, sino que limita las posibilidades de participación democrática inherentes al proceso legislativo, en la medida en que los

¹ Sentencia C-390 de 1996.

² *Ibíd.*

³ Sentencia C-501 de 2001.

⁴ Sentencia C-714 de 2008.

⁵ Sentencia C-230 de 2008.

ciudadanos se verían sorprendidos por la aprobación de normas respecto de cuya incorporación en el proyecto no tuvieron previa y explícita noticia”⁶.

De igual manera, en punto al objetivo de contribuir a la *coherencia* del debate, este Tribunal ha señalado que la unidad de materia propende porque la “tarea legislativa se concentre en asuntos específicos definidos por el propio Congreso, de manera tal que el debate se desarrolle en torno a un hilo conductor que le de sentido y no sobre materias aisladas y carentes de conexidad”⁷. Esta última situación irregular tendría lugar, precisamente, en los casos en que, aun cuando ciertos contenidos temáticos haya sido introducidos de manera explícita en un proyecto de ley, y respecto de ellos se cumpla con el debate en algunas de las instancias legislativas, tales contenidos no se relacionan con una materia común, ni resultan afines -directa e indirectamente- con el tema general del proyecto. En tales eventos, el debate no sería coherente por razón de la incongruencia interna surgida entre las propias medidas cuestionadas y el texto general de la ley⁸.

3.5. Conforme con lo dicho, el principio de unidad de materia actúa, entonces, como un límite al ejercicio del poder de configuración normativa de que es titular el Congreso de la República, en cuanto le impone al debate legislativo una medida de orden, y al mismo tiempo, como un parámetro de control de las leyes, en el entendido que una vez surtido el proceso legislativo, las mismas pueden ser sometidas al juicio de inconstitucionalidad con el fin de verificar el cumplimiento de la aludida regla constitucional.

3.6. Ahora bien, sin desconocer el importante papel que está llamado a cumplir el principio de unidad de materia en el desarrollo de la función legislativa, esta Corporación viene afirmado que, para efectos de darle estricta aplicación al referido principio, es necesario ponderar, por una parte, el alcance constitucional a él reconocido y, por la otra, el amplio margen de configuración política que, en virtud del principio democrático y la cláusula general de competencia, también la propia Carta le otorga al Congreso para regular las distintas materias de ley. En ese contexto, lo ha manifestado la Corte, el principio de unidad de materia “no puede manejarse como un concepto rígido o de interpretación restrictiva, de manera que sobrepase su verdadera finalidad o distraiga su objetivo, y termine por obstaculizar el trabajo legislativo haciéndolo del todo nugatorio”⁹.

3.7. Acorde con tal criterio, la jurisprudencia ha sostenido que la unidad de materia “no significa simplicidad temática”¹⁰, de tal suerte que se piense, erróneamente, que un proyecto de ley, o la ley en sí misma, solo puede referirse a un mismo o único tema. A juicio de la Corporación, la expresión

⁶ Sentencia *Ibidem*.

⁷ Sentencia *Ibidem*.

⁸ Sobre el tema se pueden confrontar, entre otras, las Sentencias C-886 de 2002 y C-230 de 2008.

⁹ Sentencia C-796 de 2004. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-188 de 2006, C-832 de 2006, C-400 de 2010 y C-277 de 2011.

¹⁰ Cfr., entre otras, las Sentencia C-523 de 1995, C-992 de 2001, C-188 de 2006 y C-400 de 2010.

“*materia*”, a que hace referencia el artículo 158 Superior, debe entenderse desde una perspectiva amplia y global, de forma tal que “permita comprender diversos temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley”¹¹. Ello, sobre la base de considerar que lo que prohíbe la Constitución es que no se relacionen los temas de un artículo y la materia de la ley, esto es, que se incluyan en el texto legal medidas que no apunten a un mismo fin; aspecto éste que, en todo caso, no tiene por qué comprometer la atribución constitucional reconocida al legislador para “determinar el contenido de las normas que expide de la manera que considere más conveniente y acorde con los objetivos de política pública que lo guían”.

3.8. Así, dentro del propósito de respetar el amplio margen de configuración política reconocido al Congreso para hacer las leyes, esta Corporación ha precisado que resulta constitucionalmente admisible, desde el punto de vista del principio de unidad de materia, que un proyecto de ley pueda tener diversos contenidos temáticos, “siempre y cuando los mismos se relacionen entre sí y éstos a su vez con la materia de la ley”¹².

3.9. En punto a este último aspecto, la hermenéutica constitucional también ha dejado sentado que la relación de conexidad interna no tiene que ser directa ni estrecha, razón por la cual se puede manifestar de distintas formas, pudiendo ser de tipo causal, temática, sistemática o teleológica¹³.

Recientemente, en la Sentencia C-400 de 2010, la Corte hizo expresa referencia al alcance de los distintos criterios de conexidad que permiten determinar el cumplimiento del principio de unidad de materia. En relación con la (i) **conexidad temática**, explicó que la misma puede definirse “como la vinculación objetiva y razonable entre la materia o el asunto general sobre el que versa una ley y la materia o el asunto sobre el que versa concretamente una disposición suya en particular”. Como ya se mencionó, la Corte ha dispuesto que la conexidad temática, analizada desde la perspectiva de la ley en general, “no significa *simplicidad temática*, por lo que una ley bien puede referirse a varios asuntos, siempre y cuando entre los mismos exista una relación objetiva y razonable¹⁴”. En cuanto a la (ii) **Conexidad causal**, manifestó que ésta se refiere a la identidad que debe existir entre una ley y cada una de sus disposiciones, en cuanto a los motivos que dieron lugar a su expedición. Concretamente, la conexidad causal “hace relación a que las razones de la expedición de la ley sean las mismas que dan lugar a la consagración de cada uno de sus artículos en particular, dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley”. Por su parte, frente a la (iii) **conexidad teleológica**, dijo igualmente que ella también tiene que ver con “la

¹¹ Sentencia C-523 de 1995.

¹² Sentencia C-188 de 2006.

¹³ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-025 de 1993, C-523 de 1995, C-1185 de 2000, C-714 de 2001, C-104 de 2004, C-188 de 2006, C-230 de 2008, C-486 de 2009, y C-400 de 2010.

¹⁴ *Cfr.* Sentencias C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la Sentencia C-992 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

identidad de objetivos perseguidos por la ley vista en su conjunto general, y cada una de sus disposiciones en particular”. Esto significa que en virtud de la conexidad teleológica, “la ley como unidad y cada una de sus disposiciones en particular deben dirigirse a alcanzar un mismo designio o designios, nuevamente dentro del contexto de la posible complejidad temática de la ley”. Finalmente, respecto de la (iv) **Conexidad sistemática**, la misma fue entendida “como la relación existente entre todas y cada una de las disposiciones de una ley, que hace que ellas constituyan un cuerpo ordenado que responde a una racionalidad interna”.

3.10. De este modo, para efectos de establecer el cumplimiento del principio de unidad de materia, debe acudirse a una interpretación razonable y proporcional, que permita verificar si entre las normas y la ley existe conexidad causal, teleológica, temática o sistémica. Con base en tal lectura, la propia jurisprudencia constitucional ha venido considerando que “solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley”¹⁵.

3.11. Respecto a las implicaciones del principio de unidad de materia en el ámbito del control de constitucionalidad, a la luz de las reglas de interpretación por ella fijadas, la Corporación ha precisado que el citado control debe ser **flexible**, de tal manera que, como se ha explicado, se respete el amplio margen de configuración reconocido al Congreso para hacer las leyes, impidiendo a su vez, que una interpretación demasiado rígida o restrictiva, termine por hacer inoperante la labor legislativa.

Sin embargo, como ya lo ha hecho en anteriores pronunciamientos, la Corte ha dejado claro que el hecho de que el control constitucional sobre la observancia del principio de unidad de materia sea **flexible**, “tampoco puede implicar que [éste] quede desprovisto de contenido”¹⁶, pues ello llevaría a desconocer el mandato constitucional que lo consagra y que expresamente le impone al Congreso su estricta observancia. Por eso, si bien el legislador, dentro de su amplio margen de configuración política, se encuentra habilitado para incluir en una misma ley diversos temas, la posibilidad de que dicha habilitación se entienda legítimamente ejercida, según ha quedado dicho, depende de que los temas en ella incluidos guarden una relación de conexidad interna, pudiendo ser ésta causal, temática, sistemática o teleológica, pues solo de esta manera se atiende al propósito perseguido con el principio de unidad de materia, cual es el de evitar las incongruencias normativas en las leyes¹⁷.

¹⁵ Sentencia C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Sentencia C-486 de 2009.

¹⁷ Cfr., entre otras, las Sentencias C-501 de 2001, C-460 de 2004 y C-486 de 2009.

3.12. Sobre la base de los criterios expuestos, este Tribunal ha definido la metodología a seguir en el examen de constitucionalidad por vulneración del principio de unidad de materia, destacando que, inicialmente, (i) le corresponde al juez constitucional entrar a determinar el alcance material o contenido temático de la ley parcialmente demandada, para, posteriormente, (ii) proceder a verificar si la norma que ha sido cuestionada guarda con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica, que justifique su incorporación al texto de la ley objeto de revisión.

3.13. De igual manera, a efectos de precisar los núcleos temáticos de una ley, la jurisprudencia ha estimado que resulta útil acudir: (i) a los antecedentes legislativos, entendiendo por tal la exposición de motivos del proyecto, las diferentes ponencias, los debates en comisiones y plenarios y los textos originales y definitivos; (ii) al propio título o epígrafe de la ley, donde se anuncia y define la temática a tratar; e igualmente, (iii) al contexto o contenido básico del ordenamiento legal que se examina. Para la Corte, la evaluación y valoración de tales elementos, ya sea de forma conjunta o independiente, según lo determinen las circunstancias particulares, “es lo que le permite al órgano de control constitucional entrar a definir si una determinada disposición desarrolla o no la materia de la ley a la cual pertenece y, por tanto, si la misma respeta el principio de unidad de materia previsto en los artículos 158 y 169 de la Carta Política”¹⁸.

3.14. No sobra reiterar, siguiendo el precedente constitucional, que la violación del principio de unidad de materia constituye un vicio de carácter material y no formal, toda vez que el juicio que debe adelantar el juez constitucional consiste esencialmente en examinar el contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que éste guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte. Ha dejado en claro la Corte que, para efectos de establecer la presunta violación del citado principio, el juez constitucional no entra a estudiar el procedimiento formal de aprobación de la ley, sino que, como se ha explicado, debe analizar el contenido normativo del artículo impugnado, para compararlo con el tema general de la ley acusada¹⁹.

4. Requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad cuando se invoca la violación del principio de unidad de materia

4.1.v De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 158 y 169 de la Constitución, y 2° y 3° del Decreto 2067 de 1991, esta Corporación ha señalado que, para efectos de que la Corte pueda adelantar el control constitucional sobre una ley por la presunta violación del principio de unidad de materia, se requiere que el demandante cumpla previamente con una carga

¹⁸ C-188 de 2006.

¹⁹ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-531 de 1995, C-211 de 2007, C-214 de 2007, C-230 de 2008, C-486 de 2009 y C-277 de 2011.

procesal mínima²⁰, cual es la de: (i) señalar en la demanda la materia de la que se ocupa la ley acusada, (ii) citar la disposiciones que según su criterio no guardan relación con el tema general de la ley, y (iii) explicar las razones por las cuales considera que dichas disposiciones no son afines a la materia de la ley.

En el asunto bajo examen, la Corte considera que el actor cumplió con los mencionados requisitos de procedibilidad, toda vez que, en el respectivo escrito de acusación, se refiere al contenido temático de la ley acusada, indica cuales son las normas incompatibles con dicho contenido temático, e igualmente, incluye los motivos por los cuales se presenta la incongruencia normativa alegada. En efecto, conforme quedó ya anotado, el actor estructura el cargo por la presunta violación del principio de unidad de materia, sosteniendo que, mientras Ley 1393 de 2010 tiene por objeto fortalecer financieramente el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los artículos acusados, 10 y 11 del mismo ordenamiento, se ocupan de regular temas totalmente ajenos a dicho fin, cual es la destinación de recursos para la Red Nacional de Bibliotecas, el deporte y la cultura, incongruencia que desconoce el mandato previsto en el artículo 158 de la Constitución Política.

De esa forma, los elementos contenidos en la demanda satisfacen la carga de procedibilidad impuesta, siendo éstos suficientes para que la Corte active su competencia y emita un pronunciamiento de fondo con respecto a la violación del principio de unidad de materia.

5. El núcleo temático de la Ley 1393 de 2010

5.1. La Ley 1393 de 2010, *"Por la cual se definen rentas específicas para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recurso para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones"*, fue expedida por el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, con el propósito específico de fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos, y a la potenciación y optimización de los ya existentes. Tal objetivo se infiere, sin discusión alguna, tanto del título de la ley, como de los antecedentes que hacen parte de la historia legislativa.

5.2. En efecto, de acuerdo con lo expresado por el Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 1393 de 2010, a través del mismo, se pretendía *"adoptar medidas que permitan generar nuevos recursos al sistema para superar el deterioro financiero del mismo, así como para asegurar el avance en materia de cobertura universal y unificación de planes de beneficios. De esta manera, se*

²⁰ Sobre el tema, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-188 de 2006, C-432 de 2010 y C-277 de 2011.

requiere la consecución de nuevas fuentes de recursos, y la potenciación y optimización de los recursos existentes, especialmente a través de medidas integrales que permitan ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema”²¹. (Negrillas fuera de texto).

5.3. En la referida exposición de motivos, destacó el Gobierno la grave situación financiera que, para finales del año 2009, venía enfrentando el Sistema de Seguridad Social en Salud, especialmente frente a la prestación del servicio a los sectores de población más vulnerables, lo que, a su juicio, se derivaba, particularmente, de un aumento en la demanda por servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y de la necesidad de avanzar en materia de cobertura universal y unificación de los planes de beneficios.

5.4. La grave crisis financiera del sistema de salud, se pretendió enfrentar, inicialmente, mediante la declaratoria del Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, lo que ocurrió con la expedición del Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, y los posteriores decretos de desarrollo. No obstante, ante la circunstancia de que dicho Estado de Emergencia fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-252 de 2010, quedando sin efecto las medidas adoptadas a su amparo, se hacía entonces necesaria la expedición de una ley que permitiera conjurar las causas de la crisis financiera del sistema de salud, orientada así, *“a la obtención de recursos con destino a la universalización en el aseguramiento, a la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, y a la financiación de servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda y a la población vinculada que se atiende a través de la red hospitalaria pública”²².*

5.5. Como se mencionó, a juicio del Gobierno, la citada ley debía estar dirigida, entonces, tanto a la búsqueda de nuevas fuentes de recursos para la salud, como al buen uso y optimización de los recursos que ya hacían parte del sistema, especialmente, *“a través de medidas integrales que permitieran ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema”*. En ese contexto, el objetivo de tramitar una ley de salvamento financiero para la salud, pasaba por la idea de incluir en ella algunas de las medidas económicas que se adoptaron durante la vigencia del Estado de Emergencia Social, y que la propia Corte, reconociendo la gravedad de la situación, les reconoció un efecto diferido con el propósito de permitirle al Gobierno y al Congreso sacar

²¹ Oscar Iván Zuluaga Escobar, Ministro de Hacienda y Crédito Público, y Diego Palacio Betancourt, Ministro de la Protección Social. Exposición de motivos al Proyecto de Ley 280-2010 Cámara, Publicada en la Gaceta del Congreso N° 128 del 20 de abril de 2010, pág. 9.

²² ²² Exposición de motivos al Proyecto de Ley 280-2010 Cámara, Publicada en la Gaceta del Congreso N° 128 del 20 de abril de 2010, pág. 9.

adelante la aludida iniciativa legislativa sin crear mayores traumatismos. Así, se pretendía incluir en la ley las medidas contenidas en los Decretos Legislativos 127, 129 y 132 de 2010, que establecían: (i) el primero, modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con los que se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones en salud y la unificación de los planes de beneficios; (ii) el segundo, medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de salud; y (iii) el tercero, mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud.

Sobre el punto se dijo en la referida exposición de motivos:

“Como es de público conocimiento, existen hechos realmente graves que afectan la seguridad social en salud y los derechos de acceso a la salud, especialmente de los sectores de población más vulnerables, en la medida en que estos sucesos han deteriorado las condiciones financieras del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En efecto, la demanda por servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, los cuales no estaban previstos en el esquema fijado por la Ley 100 de 1993, se ha venido generalizando recientemente. Este hecho pone en riesgo el equilibrio financiero del Sistema, puesto que el aumento acelerado de esta demanda compromete los recursos del aseguramiento en salud, y por esta vía amenaza la viabilidad del Sistema, pone en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida de la población. Por ejemplo, en el Régimen Contributivo, los recursos que se orientan a la prestación de servicios No POS superan ya el 20% de la totalidad de los ingresos de la Cuenta de compensación del Fosyga. En las entidades territoriales, para finales de 2009, el déficit financiero en la prestación de servicios se incrementó de manera sustancial, alcanzando cerca de 1 billón de pesos.

El mencionado aumento en los gastos del Sistema ha hecho que los ingresos del mismo sean insuficientes para la atención de la demanda de servicios no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, pues los recursos son apenas suficientes para sostener la financiación del sistema de aseguramiento de ambos regímenes. Por otra parte, la Sentencia T-760 de 2008 de la honorable Corte Constitucional estableció la necesidad de ir avanzando para lograr, no solamente la cobertura universal, lo más pronto posible, sino también instó al Gobierno a plantear una transición para ir logrando la unificación de los planes de beneficios.

Esta situación plantea por tanto la necesidad de adoptar medidas que permitan generar nuevos recursos al sistema para superar el deterioro financiero del mismo, así como para asegurar el avance en materia de cobertura universal y unificación de planes de beneficios. De esta manera, se requiere la consecución de nuevas fuentes de recursos, y la potenciación y optimización de los recursos existentes, especialmente a través de medidas integrales que permitan ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones y mediante la reorientación de los recursos al interior del sistema”²³.

5.6. El objetivo aducido por el Ejecutivo en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1393 de 2010, fue mantenido y respaldado por el Congreso de la República en el curso de los debates en Comisiones y Plenarias de Senado y Cámara. Así, en la ponencia para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, luego de hacer un recuento de las circunstancias que motivaron la iniciativa legislativa, los ponentes coincidieron con el Gobierno en señalar que la finalidad del proyecto era el de adoptar medidas dirigidas a *“la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como a la optimización de los existentes”*²⁴, para lo cual era conveniente incluir, con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos declarados inexecutable por la Corte y que tuvieran por objeto el citado propósito económico. Sobre este particular, se explicó en la ponencia lo siguiente:

“ Mediante Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Social con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria 137 de 1994, ante la grave situación que enfrentaba la prestación del servicio de salud en todo el territorio Nacional, entre otras, dada la insuficiencia de recursos en el sistema General de Seguridad Social en Salud para asumir los crecientes gastos por concepto de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, así como los imperativos de universalización y unificación de los planes de beneficios²⁵[1][1].

Con el fin de conjurar dicha causa de la crisis que da lugar a la declaratoria de emergencia social, el Decreto 4975 planteó la necesidad de generar nuevos recursos originados en la explotación de los

²³ Exposición de motivos al Proyecto de Ley 280-2010 Cámara, Publicada en la Gaceta del Congreso N° 128 del 20 de abril de 2010, pág. 9.

²⁴ Ponencia para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, publicada en las Gacetas del Congreso 220 del 18 de mayo de 2010, Senado, págs..1 y 2, y, 221 del 18 de mayo de 2010, Cámara, págs. 1.

monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos, entre otros. Asimismo, estableció la necesidad de optimizar el flujo de recursos que financian el sistema de seguridad social en salud, así como fortalecer los mecanismos antievasión y antielusión de las rentas que financian el sector.

Dichas determinaciones se materializaron finalmente, en primer lugar, con la expedición del Decreto 127 de 2010, el cual establecía modificaciones al IVA sobre la cerveza y los juegos de suerte y azar, así como a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con base en las cuales se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones excepcionales en salud y la unificación de los planes de beneficios.

En segundo lugar, mediante la expedición del Decreto 129 de 2010, *‘por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones’* y en tercer lugar a través de la expedición del Decreto 132 de 2010, *‘por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones’*.

Como es de amplio conocimiento, la honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-252 de 2010 declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por considerar que la crisis invocada como causante de la misma no se originaba en hechos sobrevinientes ni inminentes, tal y como lo exige la Constitución Política para el efecto.

Como consecuencia de dicha declaratoria de inexecutable se deriva también la inexecutable de las medidas adoptadas mediante decreto legislativo en el marco de la emergencia, la cual ha venido siendo objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en cada caso concreto.

Sin embargo, en tanto que el Alto Tribunal reconoce la excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud, la cual pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho a la salud de los colombianos, reconoce un efecto diferido respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Por tal razón, en Sentencia C-253 de 2010, la Corte estableció que la declaratoria de

inexequibilidad del Decreto 127 de 2010, únicamente se haría efectiva a partir del 16 de diciembre de 2010.

En este orden de ideas, como consecuencia de la decisión adoptada por la honorable Corte Constitucional, se requiere el trabajo coordinado, armónico y urgente del Congreso de la República y el Gobierno Nacional con el fin de adoptar mediante ley de la República y con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos que tenían por objeto la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como la optimización de los existentes. Para tal efecto, el Gobierno Nacional sometió a consideración del honorable Congreso de la República la presente iniciativa legislativa, en la cual se propone incluir como legislación ordinaria y permanente las medidas que desarrollen el objeto antes descrito que hubieren estado incorporadas en los decretos legislativos objeto de la declaratoria de inexequibilidad antes referida.

La explicación detallada del contenido de cada una de las disposiciones propuestas ha sido ampliamente desarrollada en la exposición de motivos del proyecto de ley radicado de manera conjunta por los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social, y no se considera necesario hacer referencia nuevamente a las mismas.

Dentro del término que los ponentes hemos tenido para el estudio del presente proyecto de ley, se han adelantado análisis y reuniones de concertación con el Gobierno Nacional y con representantes de las Entidades Territoriales, procurando que las disposiciones contenidas en el presente no sólo garanticen recursos para la atención en salud de los colombianos, sino que le permitan también a aquellas no perder recursos que comprometan el ejercicio de sus competencias.”²⁶

5.7. Por su parte, en las respectivas ponencias presentadas ante la Plenaria del Senado de la República y la Cámara de Representantes, se reiteró el propósito de circunscribir el objetivo del proyecto que se convirtió en la Ley 1393 de 2010, a la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos para el Sistema de Seguridad Social en Salud, y a la optimización de los recursos que hacían parte del sistema. Para tales efectos, las ponencias se limitaron a reproducir las explicaciones contenidas en la ponencia presentada para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, destacando que: *“como consecuencia de la decisión adoptada por la honorable Corte Constitucional, se requiere el trabajo coordinado, armónico y urgente del Congreso de la República y el Gobierno Nacional con el fin de*

²⁶. Ponencia para primer debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, publicada en las Gacetas del Congreso 220 del 18 de mayo de 2010, Senado, págs..1 y 2, y, 221 del 18 de mayo de 2010, Cámara, págs.. 1 y 2.

adoptar mediante ley de la República y con carácter definitivo, las medidas contenidas en los decretos legislativos que tenían por objeto la consecución de nuevos recursos con destino a la salud, así como la optimización de los existentes”²⁷.

5.8. Dentro del objetivo perseguido por la Ley 1393 de 2010, de fortalecer financieramente el Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la obtención de nuevos recursos y la optimización de los ya existentes, en el propio título o epígrafe de la ley se describen los aspectos concretos materia de regulación. Ellos son: (i) definir rentas de destinación específica para la salud; (ii) adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; (iii) evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; y (iv) redireccionar recursos al interior del sistema de salud.

5.9. Atendiendo pues a su finalidad integral, la Ley 1393 de 2010 se organiza a través de 40 artículos distribuidos en Cinco Capítulos. (i) Del Primer Capítulo hacen parte aquellas medidas dirigidas a la obtención de recursos tributarios para el Sistema de Seguridad Social en Salud; a su vez, (ii) al Segundo Capítulo se integran los recursos para el aludido sistema, provenientes de los juegos de suerte y azar; por su parte, (iii) en el Capítulo Tercero se incluyen las medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes; de igual manera, (iv) el Capítulo Cuarto trata de la transformación de recursos para la unificación de los planes obligatorios de salud, y, finalmente, en (v) el Capítulo Quinto se encuentran las medidas económicas adoptadas en el campo financiero en beneficio del servicio de salud.

5.10. En cuanto a las medidas previstas en los Capítulos Primero y Segundo de la Ley 1393, dirigidas a obtener recursos tributarios para mejorar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, se advierte que las mismas se concretan: (i) en modificaciones al IVA sobre la cerveza y sifones (arts. 1°, 2° y 4°) y sobre los juegos de suerte y azar (arts. 3°, 4°, 12 a 25), y, también, (ii) en modificaciones a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (arts. 5°, 6° y 7°), y licores, vinos, aperitivos y similares (arts. 8° y 9°).

5.11. En ese esquema, se pone en evidencia que el núcleo temático de la Ley 1393 de 2010 se encuentra circunscrito al fortalecimiento financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, razón por la cual, puede sostenerse que resulta relacionada con la materia de la ley, toda norma que persiga dicho fin, dentro del contexto de definir rentas de destinación específica para la salud, promover actividades generadoras de recursos para dicho servicio, evitar la evasión y la elusión de aportes, redireccionar recursos al interior del sistema de salud, o, en suma, adoptar medidas que resulten a fines con tales asuntos.

²⁷ Ponencias para Segundo debate en plenarias de Senado y Cámara, publicadas en las Gacetas del Congreso 317 del 9 de junio de 2010, Senado, y 318 del 9 de junio de 2010 Cámara.

6. Las normas acusadas violan el principio de unidad de materia por cuanto regulan aspectos que no guardan ninguna relación de conexidad con el financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud

6.1. En la presente causa, las normas acusadas de violar el principio de unidad de materia son los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, los cuales hacen parte del Capítulo Primero de la citada ley, que se ocupa de regular el tema referente a los recursos tributarios que se incorporan al Sistema de Seguridad Social en Salud. El primero de tales artículos prevé:

“ARTÍCULO 10. Modifícase el artículo 41 de la Ley 1379 del 15 de enero de 2010, el artículo quedará así:

Artículo 41. Fuentes de financiación. En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, se aplicará un porcentaje de no menos del 10% en donde exista, la estampilla Procultura. En todo caso, en los distritos en los que existan fuentes de recursos diferentes a la estampilla Procultura, no inferiores al mínimo establecido en este inciso, estos podrán destinarse sin que sea necesario aplicar el porcentaje ya señalado en dicha estampilla.

En ningún caso los recursos a que se refiere este párrafo podrán financiar la nómina ni el presupuesto de funcionamiento de la respectiva biblioteca”.

6.2. Tal y como se desprende de su texto, a través del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, se modifica el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, “*Por la cual se organiza la red nacional de bibliotecas públicas y se dictan otras disposiciones*”. El mencionado artículo 41 de la Ley 1379²⁸, regula a su vez lo referente a las fuentes de financiación de la red Nacional de Bibliotecas Públicas, disponiendo -de manera general- que, “[e]n desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, no menos del 10% del total del incremento de IVA a que se refiere el artículo 470 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 1111 de 2006, se destinarán a los efectos previstos en dicho artículo”, esto es, a “*promover la creación, el fomento y el*

²⁸ Ley 1393 de 2010, “ARTÍCULO 41. En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, no menos del 10% del total del incremento de IVA a que se refiere el artículo 470 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 1111 de 2006, se destinarán a los efectos previstos en dicho artículo.

Igual proporción se aplicará, en donde exista, respecto de la estampilla Procultura. En todo caso, en los distritos en los que existan fuentes de recursos diferentes a la estampilla Procultura, no inferiores al mínimo establecido en este inciso, estos podrán destinarse sin que sea necesario aplicar el porcentaje ya señalado de dicha estampilla.

En ningún caso los recursos a que se refiere este párrafo podrán financiar la nómina ni el presupuesto de funcionamiento de la respectiva biblioteca”.

fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan”²⁹.

6.3. La modificación introducida al artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, por parte del artículo 10 de la Ley 1393 de 2010, consiste en suprimir la destinación de no menos del 10% del total del incremento del 4% del IVA impuesto al servicio de telefonía celular, para financiar bibliotecas públicas. Tal supresión conlleva, a su vez, un nuevo destino de los recursos de no menos del 10% del incremento del IVA, contrario al inicialmente previsto por los artículos 24 de la Ley 397 de 1997 y 41 de la Ley 1379 de 2010 -la financiación de bibliotecas públicas-, cual es el de su reinversión en el deporte y la cultura, conforme lo prevé el artículo 11 de la precitada Ley 1393 de 2010, también demandado en esta causa.

6.4. El artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, dispone:

ARTÍCULO 11. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

“Artículo 470. Servicio gravado con la tarifa del veinte por ciento (20%). A partir del 1o de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con la tarifa del 20%.

El incremento del 4% a que se refiere este artículo será destinado a inversión social y se distribuirá así:

– Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación, escenarios deportivos incluidos los accesos en las zonas de influencia de los mismos, así como para la atención de los juegos deportivos nacionales y los juegos paralímpicos nacionales, los compromisos del ciclo olímpico y paralímpico que adquiera la Nación y la preparación y participación de los deportistas en todos los juegos mencionados y los del calendario único nacional.

- El 25% restante será girado al Distrito Capital y a los departamentos, para que mediante convenio con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados,

²⁹ Artículo 24 de la Ley 397 de 1997, cuyo tenor es el siguiente: *“ARTICULO 24. BIBLIOTECAS. Los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal consolidarán y desarrollarán la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, coordinada por el Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, con el fin de promover la creación, el fomento y el fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan. Para ello, incluirán todos los años en su presupuesto las partidas necesarias para crear, fortalecer y sostener el mayor número de bibliotecas públicas en sus respectivas jurisdicciones.*

El Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, es el organismo encargado de planear y formular la política de las bibliotecas públicas y la lectura a nivel nacional y de dirigir la Red Nacional de Bibliotecas Públicas”.

se destine a programas de fomento y desarrollo deportivo e infraestructura, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación, establecidos en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de distribución de estos recursos los cuales se destinarán por los Departamentos y el Distrito Capital en un 50% para cultura dándole aplicación a la Ley 1185 de 2008 y el otro 50% para deporte. Del total de estos recursos se deberán destinar mínimo un 3% para el fomento, promoción y desarrollo del deporte, la recreación de deportistas con discapacidad y los programas culturales y artísticos de gestores y creadores culturales con discapacidad.

Los municipios y/o distritos cuyas actividades culturales y artísticas hayan sido declaradas como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura Unesco, tendrán derecho a que del porcentaje asignado se destine el cincuenta por ciento (50%) para la promoción y fomento de estas actividades.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberán informar anualmente a las comisiones económicas del Congreso de la República, el valor recaudado por este tributo y la destinación de los mismos”.

6.5. En efecto, mediante el artículo 11 de la Ley 1393 de 2010, se adiciona el Estatuto Tributario, con un artículo 470³⁰, a través del cual se dispone la distribución de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA al servicio de telefonía móvil celular. Dicho precepto, tras recordar que a partir del primero de enero de 2007, el servicio de telefonía móvil está gravado con una tarifa del 20% del IVA -y ya no del 16%-, dispone expresamente que el incremento del 4% se destinará a inversión social, distribuyéndose de la siguiente manera: (i) el 75% de tal porcentaje se destinará al fomento, promoción y desarrollo del deporte y la recreación, a escenarios deportivos y atención de juegos deportivos, y a preparar el ciclo olímpico; mientras que (ii) el restante 25% se destinará al Distrito Capital y a los Departamentos, para que por medio de convenios con los municipios o distritos, se destine al fomento y desarrollo deportivo y de infraestructura y, también, para fomentar, promover y desarrollar la cultura y la actividad artística colombiana.

6.6. Con el fin de tener una mayor comprensión sobre el contenido y alcance de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, objeto de análisis en esta causa, resulta relevante el siguiente recuento normativo sobre la destinación

³⁰ Aun cuando el artículo 11 de la Ley 1393 de 2010 dice adicionar el Estatuto Tributario con un artículo 470, técnicamente se trata de una modificación, toda vez que el artículo 470 de dicho estatuto fue adicionado por el artículo 37 de la ley 1111 de 2006.

dada por la ley a los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA al servicio de telefonía móvil.

- Hasta el año 2002, el servicio de telefonía móvil estuvo gravado con un impuesto al Valor Agregado – IVA del 16%. Para ese año, el artículo 35 de la Ley 788 de 2002 (que adicionó el E.T. con el artículo 468-3), estableció en su parágrafo 2°, que, a partir del 1° de enero de 2003, el servicio de telefonía móvil estaría gravado con una tarifa del 20%. Asimismo, dispuso que el 4% adicional a la tarifa que hasta entonces estuvo en el 16%, se destinaría a inversión social, distribuyendo “Un 75% para el plan sectorial de fomento, promoción y desarrollo del deporte, y la recreación...”, y el 25% restante, debería ser “girado a los departamentos y al Distrito Capital para apoyar los programas de fomento y desarrollo deportivo, atendiendo los criterios del Sistema General de Participación establecido en la Ley 715 de 2001 y también, el fomento, promoción y desarrollo de la cultura y la actividad artística colombiana”.
- Posteriormente, se expidió la Ley 1111 de 2006, la cual, en su artículo 37, mantuvo vigente, tanto la tarifa del 20% del IVA para el servicio de telefonía móvil (manifestando que tendría aplicación a partir del año 2007), como la distribución del incremento del 4% previsto en el artículo 35 de la Ley 788 de 2002. No obstante, la Ley 1111, a través del artículo citado, incluyó una modificación al parágrafo 2° del artículo 35 de la Ley 788 de 2002, en el sentido de disponer que, para llevar a cabo la ejecución de los recursos del incremento del IVA, correspondientes al 25% girado al Distrito Capital y a los Departamentos, éstos debían suscribir convenios con los municipios y/o distritos que presenten proyectos que sean debidamente viabilizados (dicha ley fue reglamentada por el Decreto 4934 de 2009).
- Tiempo después, se expidió la Ley 1379 del 15 del enero de 2010, por la cual se organiza la red nacional de bibliotecas públicas. Esta ley, en su artículo 41, ordenó una nueva distribución de parte de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, en el sentido de señalar que no menos del 10% de tales recursos debían destinarse a la promoción, creación, fomento y fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas, y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan.
- Sin embargo, luego de transcurridos seis meses, la Ley 1393 del 12 de julio de 2010, a través de los artículos 10 y 11, decidió modificar el artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, en el sentido de

suprimir los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, que se habían destinado a financiar bibliotecas públicas, disponiendo devolver tales recursos nuevamente al deporte y a la cultura conforme lo habían previsto las Leyes 788 de 2002 (art. 35) y 1111 de 2006 (art. 37).

6.7. Pues bien, examinado el contenido de los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, encuentra la Corte que en éstos se regulan temas relacionados con el destino y manejo de los recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, correspondientes a las bibliotecas públicas (art. 10), y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura (art. 11). Concretamente, a través de las citadas disposiciones, el Legislador modificó el destino de no menos del 10% de los mencionados recursos, pasándolos de contribuir a la financiación de las bibliotecas públicas, decisión que había adoptado recientemente el propio legislador a través del artículo 41 de la Ley 1379 de 2010, a financiar actividades relacionadas con el deporte y la cultura, conforme lo habían dispuesto las leyes 788 de 2002 y 1111 de 2006.

6.8. Conforme con ello, comparte la Corte la posición de la demanda y del Ministerio Público, en el sentido de considerar que las normas acusadas violan el principio de unidad de materia consagrado en los artículos 158 y 161 de la Carta, pues no se evidencia que los temas en ellos tratados guarden con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica.

6.9. Como ya se mencionó, la Ley 1393 de 2010, se expidió por el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, con el propósito específico de fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, mediante la adopción de medidas dirigidas a la consecución de nuevas fuentes de recursos, y a la potenciación y optimización de los ya existentes. Dentro de ese objetivo, y de acuerdo con su epígrafe, las medidas adoptas en la ley se circunscriben a: *(i)* definir rentas de destinación específica para la salud; *(ii)* adoptar medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud; *(iii)* evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud; *(iv)* redireccionar recursos al interior del sistema de salud, y, en su defecto, a *(v)* adoptar medidas que resulten a fines con tales materias.

6.10. En el caso de las normas acusadas, las materias en ellas desarrolladas no están relacionada con la destinación específica de recursos para la salud; no se dirigen a evitar la evasión y la elusión de los aportes; no redireccionan recursos al interior del sistema de salud; y tampoco constituyen asuntos afines a tales propósitos.

6.11. Según fue mencionado, mientras la Ley 1393 de 2010 tiene por objeto la generación y optimización de recursos para contribuir al financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, en su orden, se ocupan del destino y manejo de recursos dirigidos a las bibliotecas públicas y

al fomento y desarrollo del deporte y la cultura, aspectos éstos que resultan totalmente ajenos al fin perseguido por la citada ley.

6.12. Desde ese punto de vista, entre los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010 y la materia de la mencionada ley, (i) no existe ningún tipo de **conexidad temática**, pues no se aprecia una vinculación objetiva y razonable entre la materia sobre la que versa la ley -la consecución y optimización de recursos para la salud- y el asunto tratado en las normas acusadas -manejo de recursos de las bibliotecas públicas, el deporte y la cultura-. Tampoco existe **Conexidad causal**, pues las razones que dieron lugar a la expedición de la ley -la crisis financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud- no coinciden con aquellas que surgen de los artículos acusados -distribución de los recursos provenientes del incremento del IVA, destinados a la financiación de bibliotecas públicas, el deporte y la cultura-. En consonancia con ello, no se presenta el fenómeno de la conexidad **teleológica**, pues no es posible establecer una identidad de objetivos entre la materia de la ley y las materias de que tratan las normas impugnadas, ni puede afirmarse que unas y otras persiguen un mismo designio. Así, mientras la Ley 1393 de 2010 busca mejorar la situación financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, las normas acusadas, a pesar de hacer parte de dicho ordenamiento, persiguen una finalidad distinta a ella, cual es la de distribuir recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, en sectores sociales distintos a la salud, como las bibliotecas públicas, el deporte y la cultura. Finalmente, tampoco surge **Conexidad sistemática**, en cuanto que no se aprecia una racionalidad u orden normativo interno entre la materia de la ley y el contenido de las normas acusadas. En punto a este último aspecto, debe destacar la Corte que los temas tratados en las normas acusadas, resultan, en realidad, totalmente ajenos y extraños a los que constituyen el eje temático de la Ley 1393 de 2010.

6.13. La ausencia total de conexidad material entre las normas acusadas y la Ley 1393 de 2010, sea ésta temática, causal, teleológica y sistemática, se refuerza también por la circunstancia comprobada de que ninguna de las medidas adoptadas para fortalecer financieramente el Sistema de Seguridad Social en Salud, involucró o se dirigió a afectar recursos provenientes del IVA al servicio de telefonía móvil celular, ni de su incremento del 4%. En efecto, revisado el contenido de la Ley 1393 de 2010, advierte la Corte que, en el ámbito de los recursos tributarios que la misma ley dispuso afectar para mejorar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, éstos se concretaron, única y exclusivamente, en modificaciones al IVA sobre la cerveza y sifones (arts. 1°, 2° y 4°) y sobre los juegos de suerte y azar (arts. 3°, 4°, 12 a 25), así como también, en modificaciones a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (arts. 5°, 6° y 7°), y licores, vinos, aperitivos y similares (arts. 8° y 9°). En ese sentido, la Ley 1393 de 2010, mantuvo vigente la idea expresada durante su trámite de aprobación, por el Gobierno en la exposición de motivos, y por el propio órgano legislativo en las distintas ponencias presentadas, de obtener recursos destinados a financiar el servicio de salud de las fuentes correspondientes a “*modificaciones al IVA sobre la*

*cerveza y los juegos de suerte y azar, así como a los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, licores, vinos aperitivos y similares, con base en las cuales se obtendrían recursos destinados a financiar prestaciones excepcionales en salud y la unificación de los planes de beneficios*³¹.

6.14. Algunos intervinientes aducen que las normas acusadas no violan el principio de unidad de materia, en la medida en que si bien aquellas regulan asuntos relacionados con el deporte y la cultura, tales aspectos guardan, en todo caso, relación con la salud, desde el punto de vista de lo que puede ser una política de prevención. La Corte no comparte el referido criterio, pues el objetivo de la Ley 1393 de 2010 estaba dirigido, específicamente, a fortalecer el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, razón por la cual, no le resultaba posible al legislador incluir materias que, si bien remotamente podían tener algún grado de vinculación con el tema general de la salud, ni directa ni indirectamente contribuían a la finalidad prevista en la ley.

6.15. Aun cuando la Corte ha sostenido que la interpretación del principio de unidad de materia debe ser *flexible*, también ha dejado en claro que, para efectos de no anular el contenido del citado principio, es necesario que las materias de una ley se relacionen internamente -desde una perspectiva estrictamente sustancial- y apunten a un mismo fin, circunstancia que no tiene lugar en el presente caso, pues, como se ha dicho, en una ley dirigida fortalecer la situación financiera del Sistema General de Salud, se incluyeron medidas que se ocupan del destino y manejo de recursos dirigidos a las bibliotecas públicas y al fomento y desarrollo del deporte y la cultura. Tales medidas, aun cuando pueden perseguir un fin loable, no responden por sí mismas a un criterio mínimo de conexidad material con respecto a los fines perseguidos por la ley a la que se integran, lo cual, a su vez, no contribuye al objetivo constitucional de propiciar un ejercicio *transparente* y *coherente* de la función legislativa.

6.16. En este caso, es claro que la coherencia que debe primar en el ejercicio de la función legislativa se ve afectada, por el hecho de que, en el contexto de una ley destinada a fortalecer financieramente el sistema de salud, el Congreso decidió introducir modificaciones a otra ley que organiza las bibliotecas públicas. La falta de conexidad entre una y otra, sin duda, no garantiza que el cambio introducido por las normas acusadas, de modificar el destino de ciertos recursos provenientes del incremento del 4% del IVA a la telefonía móvil, pasándolos de financiar las bibliotecas públicas a financiar actividades deportivas y de cultura, haya sido producto de un juicioso y ponderado debate democrático, ni tampoco que los congresistas hubiesen tenido verdadera conciencia sobre el alcance y proyección de la aludida medida modificatoria.

³¹ Ponencia para Primer Debate en Comisiones Terceras Conjuntas de Senado y Cámara, Gaceta del Congreso 221 del 18 de mayo de 2010. Ponencia para Segundo Debate Senado, Gaceta del Congreso 317 del 9 de junio de 2010. Ponencia para Segundo Debate Cámara, Gaceta del Congreso 318 del 9 de junio de 2010. La misma relación aparece en la Exposición de Motivos presentada por el Gobierno, Gaceta del Congreso 128 del 20 de abril 2010.

6.17. Así, medidas relacionadas con las fuentes de financiación de las bibliotecas públicas, que en su momento concentraron toda la atención del Congreso, por haber sido adoptadas dentro del marco de un proceso legislativo especial, dedicado exclusivamente al tema de las bibliotecas, fueron materia de modificación posterior, esta vez, en el escenario de un proceso legislativo distinto, concentrado exclusivamente en la adopción de medidas dirigidas a apropiarse nuevos recursos para la salud y racionalizar el uso de los existentes, lo cual es muestra de una evidente falta de coherencia legislativa. Esto último, teniendo en cuenta, además, que la decisión legislativa de financiar las bibliotecas públicas con recursos provenientes del incremento del IVA a la telefonía móvil, fue adoptada por el Congreso de la República, tan solo seis meses antes a la expedición de la ley sobre financiamiento de la salud, pues mientras la primera -la Ley 1379-, se expidió el 15 de enero de 2010, la segunda -la Ley 1393- lo fue el 12 de julio del mismo año.

6.18. De acuerdo con lo expuesto, la Corte procederá a declarar la inexecutable de los artículos 10 y 11 de la ley 1393 de 2010, por encontrar que los mismos violan el principio de unidad de materia, previsto en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política.

6.19. En la medida en que el cargo contra las normas acusadas por violación del principio de unidad de materia se encuentra probado, no hay lugar a analizar los cargos restantes, pues se presenta el fenómeno de la sustracción de materia.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **INEXECUTIBLES** los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, “*por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones*”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA C-133/12**

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Naturaleza del vicio (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Trasgresión no constituye un vicio material sino formal (Salvamento de voto)

VICIOS DE FORMA-Clasificación (Salvamento de voto)

CADUCIDAD DE LA ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Operancia por vicios de forma (Salvamento de voto)

UNIDAD DE MATERIA COMO VICIO DE FORMA-Argumentos (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Vicios objeto de control (Salvamento de voto)

UNIDAD DE MATERIA COMO VICIO DE FORMA NO SUSCEPTIBLE DE SANEAMIENTO (Salvamento de voto)

UNIDAD DE MATERIA EN LEY QUE DEFINE RENTAS DE DESTINACION ESPECIFICA PARA LA SALUD-Trasgresión no constituye un vicio de competencia y no puede asimilarse a un juicio material (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-8486

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10 y 11 de la Ley 1393 de 2010, “Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Salvo mi voto frente a la sentencia de constitucionalidad C- 133 de 2012, aprobada por la Sala Plena en sesión del veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), por las razones que a continuación expongo:

La posición que defiendo acerca de la naturaleza del vicio por desconocimiento de la unidad de materia implica un cambio en la naturaleza que se le ha venido asignando por la jurisprudencia. Es así como, hasta ahora, esta Corporación ha estimado que la violación al principio de unidad de materia no implica la ocurrencia de un vicio de forma, sino que se considera un vicio material³², o un vicio de competencia³³. La razón fundamental de adscribirle naturaleza material o competencial al desconocimiento de la regla de unidad de materia radica, para el primero de los casos, en la naturaleza del juicio que realiza la Corte Constitucional para determinar el incumplimiento de este requisito, sosteniendo que es necesario analizar el contenido material de la norma demandada para determinar si corresponde con el tema general de la ley donde se inserta. Frente al tema de competencia, surgido de un desarrollo del argumento anterior, sostienen que el Congreso de la República sólo estaría facultado para legislar sobre el tema general de la ley tramitada, y que hacerlo por fuera del mismo implica la trasgresión de los límites de su competencia.

Estos argumentos, sin embargo, corresponden en realidad a una situación que ha sido declarada por la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia, y es que la Corte, al adscribirle esas naturalezas, lo que buscó fue determinar si la limitación para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad impuesta por el artículo 242 de la Carta para los vicios de forma, se debía extender a las situaciones del desconocimiento del principio de unidad de materia. Es así, como en la sentencia C-551 de 2003 se dijo:

“La doctrina del carácter material, y no formal, de la violación de la regla de unidad de materia fue desarrollada exclusivamente para determinar si ese vicio estaba o no cubierto por la regla de caducidad de la acción prevista por el artículo 242 superior”³⁴.

Como consecuencia de la naturaleza adjudicada por la Corte al desconocimiento del principio de unidad de materia, se derivan dos consecuencias importantes, la primera prevista desde el momento en que se plantea la discusión sobre la naturaleza del vicio, que es hacer inaplicable la caducidad de la acción contemplada en el artículo 242 de la Carta, y el segundo, convertir en insubsanable el vicio por desconocimiento del principio analizado.

³² Cfr. Sentencias C-025 de 1993, C-070 de 1994, C-531 de 1995, C-1161 de 2000, C-551 de 2003, C-120 de 2006, C-506 de 2006, C-211 de 2007, C-214 de 2007.

³³ Cfr. Sentencias C-546 de 1993, C-1161 de 2000, C-551 de 2003, C-539 de 2008, C-859 de 2008.

³⁴ Sentencia C-551 de 2003.

Desafortunadamente, los argumentos que la Corte ha utilizado para basar su decisión han estado más enfocados a evitar el tema de la caducidad que a dilucidar la realidad de dónde encuadra mejor el desconocimiento de un elemento que decididamente está inscrito en el aspecto procedimental y no en lo material. Mi argumentación parte, al igual que la utilizada por la posición mayoritaria, en lo que tiene que hacer el juez para determinar la ocurrencia del desconocimiento de la unidad de materia.

El proceso judicial constitucional principia preguntándose cuándo ocurre una vulneración constitucional de carácter material. La respuesta a este cuestionamiento sólo puede encontrarse cuando se demuestre la incompatibilidad del contenido normativo analizado con la materialidad de la Constitución Política. Si esto es cierto, la contrastación que se haga del contenido normativo con una norma de inferior jerarquía al de la Constitución, como por ejemplo con una ley, implica que no se está analizando si ocurre o no una incompatibilidad de la norma con la materialidad de la Constitución, sino otra cosa distinta. El hecho de que se analice el contenido de la norma legal para verificar el cumplimiento de un requisito, no implica automáticamente que se esté verificado si hay o no una incompatibilidad de dicha norma con la Constitución. Es así como en el caso del requisito de unidad de materia lo que se hace es verificar la compatibilidad de la norma con el cuerpo legal que la contiene, pero bajo ninguna consideración se le está contrastando con la Constitución. Así, no puede decirse que el vicio por desconocimiento del principio de unidad de materia sea de naturaleza material, porque tal aserción sólo puede hacerse cuando un contenido de rango legal sea contrastado con el contenido material de la Constitución Política.

Es cierto que la exigencia de cumplimiento de la unidad de materia proviene de la Constitución, pero ello no implica que el contenido material de la norma analizada esté en contra del ámbito material de la Constitución, pues ello nunca se analiza cuando se verifica si lo demandado concuerda con el tema general de la ley que lo contiene. Así, el control constitucional material sólo existe como tal, en cuanto el parámetro de cotejo de la norma legal acusada sea un contenido constitucional. Así, el vicio por falta de unidad de materia, al no emanar de un juicio material -de la norma legal contra un contenido sustancial de la Constitución- no es un vicio de tal naturaleza.

Por otro lado, y frente a la supuesta naturaleza de la omisión del principio de unidad de materia como vicio de competencia, cabe anotar que la Corte Constitucional ha reconocido que la competencia es el "*presupuesto esencial que da, al funcionario o a la Corporación, legitimidad para acceder a la forma*"³⁵, aunque ha caído en el error de identificarlo con un vicio de carácter material, a pesar de que como se dijo antes, se refiere al puro procedimiento. Al respecto debe decirse que la falta de competencia de un órgano para

³⁵ Sentencia C-1161 de 2000.

proferir un acto no puede entenderse como un asunto de fondo, material o sustancial. El poder jurídico para expedir una norma a través de un trámite legislativo es un presupuesto de la formación de las leyes, no un aspecto del contenido normativo de éstas. En tal sentido, el juicio de competencia, esto es, de la existencia de capacidad jurídica para tramitar y dictar una disposición legal, no puede asimilarse a un juicio material.

Como consecuencia de lo anterior, pueden formularse las siguientes conclusiones³⁶:

(i) Los vicios de forma pueden ser: vicios de competencia o vicios de procedimiento. Tanto la ausencia de competencia como la irregularidad en el trámite entraña un vicio formal. Siendo la competencia un supuesto para iniciar un proceso de expedición de una ley, el juicio de competencia precede a los demás y antecede al juicio sobre el procedimiento. En otras palabras, el examen formal de la titularidad de la potestad legislativa que se ejerce es previo al examen de la observancia de las formas que se despliegan. Y por supuesto, anterior al juicio de contenido material de las disposiciones decretadas.

(ii) El defecto de unidad de materia se configura como un vicio de competencia, esto es un vicio de forma, bajo el entendido jurisprudencialmente reiterado del límite a la potestad legislativa para expedir una disposición sustancialmente divergente de la ley que la incorpora. En modo alguno se puede considerar como un vicio material, ya que en el examen de unidad de materia el contenido sustancial de la Constitución está ausente de confrontación alguna con la norma legal acusada.

(iii) Como vicio de forma, el defecto por unidad de materia solo puede ser alegado en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en el término de un año -caducidad-. Y al no ser un vicio formal de los referidos en el párrafo del artículo 241 de la Constitución -vicios de procedimiento-, no es susceptible de saneamiento.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

³⁶ Estas conclusiones han sido adaptadas de las ya sugeridas por mí en la aclaración de voto que formulé frente a la sentencia C-812 de 2009.

Sentencia C-273/11

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE FORMA-Caducidad

ZONAS EXCLUIBLES DE LA MINERIA-Modificación introducida por la Plenaria del Senado en proyecto de ley de Código de Minas, para la protección de páramos y humedales, no vulnera la Constitución

La Corte reconoce la amplia facultad que la Constitución Política concede a las plenarias y las comisiones para introducir modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley debatidos, que si bien no es ilimitada, resultan aceptables aquellas variaciones al texto que se juzguen necesarias y se refieran a la misma materia o que se relacionen con ella. En el caso concreto de la regla incluida en el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, relacionada con la protección de los páramos y humedales como zonas excluidas de la minería, fue una modificación debatida y aprobada por la Plenaria del Senado, antes de la remisión del proyecto para los correspondientes debates a la Cámara de Representantes, además de su clara conexidad temática con los objetivos, el contenido y la finalidad del proyecto de Ley.

COMISION DE CONCILIACION-Objeto e integración

PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-Alcance

El principio de consecutividad exige que los proyectos de ley se tramiten en cuatro debates de manera sucesiva en las comisiones y en las plenarias de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales.

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE LEGISLATIVO-Alcance/PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE LEGISLATIVO-Introducción de modificaciones, adiciones y supresiones por Plenarias o Comisiones de las Cámaras Legislativas

El principio de identidad flexible o relativa supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios, bajo el entendido que las comisiones y las plenarias de las cámaras pueden introducir modificaciones al proyecto, y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara se puede superar mediante el trámite de conciliación por Comisiones de Mediación, que no implica repetir todo el trámite. Por este principio, no resulta admisible cualquier adición en cualquiera de las etapas de formación de la ley, ya que se exige que dicha relación sea de conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente.

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE O RELATIVA EN TRAMITE LEGISLATIVO-Criterios para determinar qué constituye un asunto nuevo

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN TRAMITE LEGISLATIVO-Alcance/**PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN TRAMITE LEGISLATIVO**-No se vulnera por cambios relacionados con la materia general del proyecto

El principio de unidad de materia, con relación al proceso legislativo, si bien es amplio en aras de respetar el principio democrático y el margen de configuración del legislador, sirve para establecer si durante el trámite del proyecto se ha observado o no el principio de identidad. Así pues, si bien el principio de identidad flexible permite a las comisiones y a las plenarias de cada cámara hacer modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos en curso, en virtud del principio de unidad temática, esos cambios sólo pueden producirse si versan sobre la misma materia general del proyecto.

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD, IDENTIDAD FLEXIBLE Y UNIDAD TEMATICA EN TRAMITE LEGISLATIVO-Reiteración jurisprudencia

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD FLEXIBLE EN PROYECTO MODIFICATORIO DEL CODIGO DE MINAS-No se vulneran por inclusión de norma sobre protección de páramos y humedales por Plenaria del Senado dada su relación de conexidad con el tema, contenido y objeto del proyecto

La regla incluida en el artículo 3º de la Ley 1382 de 2010, relacionada con la protección de los páramos y humedales como zonas excluidas de la minería, no viola los principios de consecutividad y de identidad flexible, por cuanto fue una modificación debatida y aprobada por la Plenaria del Senado, que en el presente caso era la cámara de origen, en aras de ajustar la protección al medio ambiente en las zonas excluidas de la minería, antes de la remisión del proyecto para los correspondientes debates en la Cámara de Representantes, además de su clara conexidad temática con los objetivos, el contenido y la finalidad del proyecto de Ley, no siendo la decisión de la Plenaria del Senado improvisada, sorpresiva o arbitraria, pues respondió a una preocupación clara y declarada de un asunto discutido en cada uno de los debates anteriores

Referencia: expediente D-8167

Demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 3 de la Ley 1382 de febrero 9 de

2010, “*por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas.*”

Actora: Daniela González Manascero

Magistrada Ponente:
MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 31 de mayo de 2010, Daniela González Manascero presentó acción de inconstitucionalidad, contra el artículo 3 de la Ley 1382 de febrero 9 de 2010, “*por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas*”. Mediante Auto de 13 de julio, la magistrada sustanciadora admitió la demanda. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada.

LEY 1382 DE 2010¹

Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.

[...]

Artículo 3°. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así:

Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

¹ Publicada en el Diario Oficial N° 47618 de 9 de febrero de 2010.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.

Parágrafo 1º. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no

estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás interesados en dicho proceso.

Parágrafo 3°. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.”

III. DEMANDA

La ciudadana Daniela González Manascero presentó acción de inconstitucionalidad, parcial el 31 de mayo de 2010, contra artículo 3 de la Ley 1382 de 2010, “*por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas*”, por considerar que la modificación introducida al artículo vulnera el principio constitucional de consecutividad, aplicable a los trámites legislativos. A juicio de la demanda, el artículo acusado no fue debatido ni aprobado por el Senado de la República; ni en primer debate en la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República, ni en la Plenaria del Senado.

Para la demanda, el texto que aprobó la Cámara de Representantes para restringir la explotación en zonas de páramo y humedales y para regular la transición de tales casos, no fue asunto de debate por la comisión quinta constitucional del Senado de la República, lo que constituye una grave violación a la Constitución. Concretamente, argumenta que el principio de consecutividad fue violado en este caso, en los siguientes términos,

“Cuando al Proyecto de ley 010 de 2007 se le daba curso en el primer debate del Senado de la República, nada se dijo sobre la conveniencia de introducir una reforma al artículo 34 del Código de Minas.

Asimismo, en el texto propuesto para el segundo debate en Senado, tampoco se propuso reformar el artículo 34 del Código de Minas. Empero, con ocasión del debate en la Plenaria del Senado, surgió una pequeña mención a la modificación del artículo 34 del Código de Minas. [...]

[...] el texto del artículo 3° que fue aprobado en Plenaria del Senado, fue aprobado incurriendo en un vicio de forma en su

procedimiento, pues el asunto relativo a las zonas excluibles de la minería, no fue objeto de discusión y mucho menos de aprobación en el primer debate, como ha debido ocurrir para preservar los principios que gobiernan constitucionalmente la formación de las leyes.

[...] esta situación es una violación directa del artículo 157 de la Carta pues éste dispone que ningún Proyecto de Ley podrá ser Ley si no ha sido aprobado en primer debate en la comisión permanente de cada Cámara. La Comisión permanente Quinta constitucional del Senado, no debatió ni aprobó el artículo en mención.”²

Para la demandante, el hecho de que el texto se haya debatido en la Cámara de Representantes y que finalmente se haya aprobado en la Comisión accidental de conciliación, pero no haya sido debatido en el Senado, lo hace inconstitucional. *“La Cámara de Representantes incluyó un texto dentro de sus debates, que no fue sometido a consideración del Senado, por lo que la Comisión accidental de conciliación no puede suplir los debates de que debieron haberse surtido respecto del texto propuesto en Cámara de Representantes”*.³

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Mediante escrito de 11 de octubre de 2010, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial participó en el proceso de la referencia, para solicitar a la Corte que declare exequible la norma acusada. Luego de analizar cuidadosamente el trámite legislativo de la disposición legal en cuestión (el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010) y de la importancia de esa norma dentro del sistema de protección ambiental, afirmó lo siguiente,

“De manera que la modificación contenida en el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, fue ampliamente conocida y debatida especialmente en la Plenaria del Senado, donde incluso el Ministro de Minas y Energía fijó una posición al respecto de dicha modificación [...]”.

A su juicio *“[...] el simple hecho de resaltar que un artículo nuevo fue introducido durante el trámite legislativo, sin que haya sido de conocimiento de la Comisión respectiva o incluso sin que la otra Cámara lo hubiere*

² Acción de inconstitucionalidad del proceso de la referencia. Expediente, cuaderno principal, folios 1 a 11.

³ Acción de inconstitucionalidad del proceso de la referencia. Expediente, cuaderno principal, folios 1 a 11.

conocido no amerita su inexecutableidad [...].” Ello es así, por cuanto la Constitución Política y la Ley 5ª, el reglamento del Congreso, lo permiten, para permitir la deliberación democrática.

2. Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC

El Consejero de Territorio, Recursos Naturales y Biodiversidad, Javier Alexander Sánchez Reyes, participó en el proceso para manifestar la posición de su organización.

2.1. En primer lugar, consideran que la demandante tiene razón. A su juicio, el Congreso “[...] *procedió de forma irregular en el proceso de aprobación de la iniciativa legislativa, la cual ulteriormente se convirtió en la Ley 1382 de 2010, coligiéndose que resulta ineluctable e imperioso declarar la inexecutableidad del precepto demandado, so pena de cohonestar la pervivencia de una disposición legal que quebranta los mandatos de la Carta Política.*”

2.2. En segundo lugar, advierte la intervención que “[...] *más allá de la disposición acusada, los pueblos indígenas de Colombia, representados en la Autoridad Nacional de Gobierno Indígena – ONIC, manifestamos nuestro profundo rechazo a la política minera del país y llamamos a que organismos democráticos y progresistas como la Corte Constitucional, encomiable defensora de nuestros derechos humanos y colectivos, contribuyan a redefinir esta nefasta apuesta del Estado Colombiano en contra de la vida, el ambiente y la Madre Tierra, sintetizada en la ‘visión Colombia 2019: país minero’.*”

3. Intervenciones ciudadanas

3.1. Γ φ A; M y G, *Grupo Empresarial SAS*. Mediante escrito de 4 de octubre de 2010, Jefferson David Montoya, en calidad de representante legal de Γ φ A; M y G, *Grupo Empresarial SAS*, participó en el proceso, para solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la norma acusada. Sin embargo, la intervención no hace referencia a los argumentos presentados por la demanda que fue admitida y dio lugar al presente proceso, sino a argumentos materiales, que tiene que ver con el fondo del artículo 3º de la Ley 1382 de 2010 y no con el trámite que se le dio en el Congreso de la República.

3.2. Mediante escrito de 11 de octubre de 2010, los ciudadanos Alex Julián Humberto Cediél Romero y Luis Eduardo Alvarado Pulecio participaron en el proceso, para pedir a la Corte que declare inexecutable la norma acusada. Los argumentos de la intervención, son similares a los que presentó la demanda.

3.3. El 11 de octubre de 2010, Yibe Katherine Gómez Moreno también presentó un escrito para solicitar la inconstitucionalidad de la norma acusada. Fundándose en los mismos argumentos de la demanda, la interviniente considera que si la Corte constata que se desconocieron las reglas

constitucionales para el trámite de una Ley, no tiene otro camino diferente a declarar la inexequibilidad del artículo demandado.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias descritas en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, presentó el concepto N° 5039, solicitando a esta Corporación que se declare exequible la norma acusada. Para el Procurador, “[...] *la introducción del artículo 3° de la Ley 1382 de 2010 durante el segundo debate en el Senado de la República, se ajustó a lo dispuesto en el artículo 160 superior, el cual no impide que las plenarias de cada cámara le introduzcan a los proyectos de ley las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias.*” El jefe del Ministerio Público sustentó su posición en los siguientes términos.

“La Ley 1382 de 2010 tuvo su origen en el Proyecto de Ley Número 010, acumulado al 042 de 2007 Senado y 344 de 2008 Cámara. Este proyecto fue publicado inicialmente en la Gaceta del Congreso No. 344 de 2007.

Al examinar las pruebas allegadas al proceso, se encuentra que la disposición acusada no fue incluida en el proyecto original, ni en el texto aprobado por la Comisión Quinta del Senado de la República. No obstante lo anterior, en el expediente obra prueba de que el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, que modifica el artículo 34 del Código de Minas, fue incluido y aprobado, parcialmente, en la Sesión Plenaria del Senado de la República, el 11 de junio de 2008, antes de llegar a la Comisión de Conciliación. Así se desprende del texto publicado en la Gaceta del Congreso No. 503 del 5 de agosto de 2008, que dice:

*TEXTO DEFINITIVO AL PROYECTO DE LEY 010
DE 2007 SENADO.*

*ACUMULADO AL PROYECTO DE LEY NUMERO
042 DE 2007 SENADO, por la cual se modifica la
Ley 685 de 2001, Código de Minas*

*El Congreso de Colombia
DECRETA:*

(...)

Artículo 3º. Modifíquese el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, en su segundo inciso, el cual quedará así:

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales, páramos y humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

La Comisión Accidental de Conciliación acogió en su totalidad el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes, el cual corresponde en su integridad al artículo 3º de la Ley 1382 de 2010. El informe de conciliación fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 521 del 17 de junio de 2009.

El texto conciliado fue sometido a consideración de las Plenarias, siendo aprobado por ellas, según consta en el Acta de Plenaria del Senado No. 63 del 18 de junio de 2009, publicada en la Gaceta del Congreso No. 835 del 2 de septiembre de 2009, y en el Acta de Plenaria de la Cámara No. 189 del 17 de junio de 2009, publicada en la Gaceta del Congreso No. 861 del 8 de septiembre de 2009.

La revisión del material probatorio que obra en el expediente, según se da cuenta de manera breve en los párrafos anteriores, permite afirmar que en el proceso de formación del artículo 3º de la Ley 1382 de 2010 no se vulneró el principio de consecutividad. La materia regulada por el artículo fue objeto de los cuatro debates exigidos por el artículo 157 Superior para el trámite de los proyectos de ley. Vale la pena resaltar que no se trata de un tema nuevo, pues con la exclusión de las zonas de protección de los recursos naturales renovables o del ambiente, del ámbito propio de la exploración y explotación minera, se busca que la actividad minera se realice de manera armónica con el principio del desarrollo sostenible.

Lo anterior se infiere de la exposición de motivos del proyecto de ley objeto de estudio, publicada en la Gaceta del Congreso

No. 530 del 18 de octubre de 2007, en la cual se señaló que: *“Entre los principios que enmarca esta política (la política minera) se destacan:...el desarrollo de una minería económica y ambientalmente sostenible...”*. De igual manera, se indica en el citado documento que: *“para alcanzar las metas particulares asociadas a estos objetivos (objetivos específicos propuestos por la reforma del Código de Minas), se deben implementar estrategias relacionadas con... el manejo ambiental...”*. (Negrilla fuera de texto).”

Concluye entonces el concepto del Ministerio Público, que el trámite del artículo 3° de la Ley 1382 de 2010 demandado no vulneró las disposiciones superiores invocadas por la demandante. *“Su inclusión fue realizada en ejercicio de la facultad constitucional de modificación y adición de los proyectos de ley que tienen las plenarias de las cámaras del Congreso de la República, conforme lo establecido en el artículo 160 Superior.”*

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De acuerdo con el mandato contenido en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer y decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2. Problema jurídico

En el presente caso, la Sala debe entrar a resolver el siguiente problema jurídico: ¿viola una norma el principio de consecutividad por el hecho de ser un artículo nuevo, introducido por la Plenaria de la Cámara del Congreso en donde haya iniciado su estudio, a pesar de que se trata de de una discusión que, temáticamente, ya se venía dando desde el debate en Comisión? Para la Corte Constitucional este problema jurídico plantea una cuestión que ha sido resuelta en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional. En el caso concreto, se considerará que la pregunta debe responderse de forma negativa.

Para mostrar su posición, la Sala presentará la jurisprudencia sobre los principios de consecutividad e identidad flexible, en la jurisprudencia constitucional. Posteriormente, mostrará cuál fue el trámite surtido por la norma para, finalmente, indicar por que los mentados principios constitucionales no fueron violados en el presente caso.

3. La acción de inconstitucionalidad por vicios de trámite fue interpuesta dentro del término constitucional

De acuerdo con lo prescrito en el numeral 3° del artículo 242 de la Carta Política, las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma caducan en el término de un (1) año, contado desde la publicación del respectivo acto.

En el caso objeto de examen, la Ley 1382 de 2010, fue expedida y publicada en el Diario Oficial No. 47.618 de 9 de febrero de 2010. La demanda de inconstitucionalidad fue presentada el 31 de mayo de 2010, es decir, cuando todavía no había vencido el término mencionado, motivo por el cual se cumple con la previsión del Constituyente para ejercer la acción.

4. Reiteración de jurisprudencia acerca de los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad temática, en el procedimiento de formación de las leyes

4.1. El artículo 157⁴ de la Constitución Política de 1991 establece que ningún proyecto será ley de la República sin haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara y, posteriormente, haber sido aprobado en la plenaria de cada corporación legislativa en segundo debate. Son pues, cuatro los debates que reglamentariamente debe tener toda ley en el Congreso.

4.2. Pero a la vez, como lo ha resaltado esta Corporación en múltiples ocasiones,⁵ la propia Constitución (artículo 160) y el Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992, artículo 160 y siguientes)⁶ permiten que cada cámara, en plenaria o en comisión, introduzca a los proyectos de ley las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. De hecho, así lo sostuvo esta Corte en una de las sentencias que pone de presente la demanda bajo estudio.⁷ La facultad de las comisiones y las plenarios de alterar

⁴ Constitución Política, artículo 157.– “Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: (1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. (2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. (3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. (4) Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

⁵ A lo largo de este apartado serán citadas varias sentencias al respecto.

⁶ Ley 5ª de 1992, artículo 160.– “*Presentación de enmiendas.* Todo Congresista puede presentar enmiendas a los proyectos de ley que estuvieren en curso. Para ello se deberán observar las condiciones siguientes, además de las que establece este Reglamento: (1) El autor o proponente de una modificación, adición o supresión podrá plantearla en la Comisión Constitucional respectiva, así no haga parte integrante de ella. (2) El plazo para su presentación es hasta el cierre de su discusión, y se hará mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión. (3) Las enmiendas podrán ser a la totalidad del proyecto o a su articulado. || Artículo 161. *Enmiendas a la totalidad.* Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto, o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto”. Artículo 162. “*Enmiendas al articulado.* Estas podrán ser de supresión, modificación o adición a algunos artículos o disposiciones del proyecto”.

⁷ En la sentencia C-702 de 1999 (MP Fabio Morón Díaz SPV Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, y Fabio Morón Díaz; Álvaro Tafur Galvis; José Gregorio Hernández Galindo; SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte consideró que en el segundo debate de cada Cámara puede modificarse o adicionarse el proyecto, pero sí se ha aprobado un texto en el primer debate en la Comisión Constitucional Permanente. Es decir, en el segundo debate puede

los proyectos de ley sometidos a su consideración exige que se surtan los cuatro debates, sin que necesariamente el texto tenga que tener exactamente el mismo tenor literal durante todos y cada uno de éstos.

Los textos aprobados en cada cámara, por tanto, no necesariamente serán idénticos, caso en el cual, las divergencias deberán resolverse de acuerdo con el artículo 161 de la Carta, mediante una *Comisión de Mediación* que deberá conciliar los textos aprobados, y someter a consideración de la plenaria de cada cámara una versión definitiva.⁸ Es claro entonces que las comisiones y las plenarios pueden agregar al proyecto que se tramita nuevos artículos no considerados en la otra Cámara. Esta posibilidad de alterar el texto del Proyecto de ley a lo largo de su trámite en el Congreso, como lo ha señalado la jurisprudencia,⁹ responde a la visión deliberativa de la democracia que consagra la Constitución de 1991 y el actual Reglamento del Congreso,¹⁰ de acuerdo a la cual, las leyes aprobadas por el Congreso de la República deben reflejar la voluntad de la mayoría de los representantes políticos, una vez sean debatidos y confrontados los diversos puntos de vista, en especial los de las minorías.¹¹ Los textos de la ley deben ser producto de la deliberación democrática.

existir un artículo nuevo bajo la forma de una adición o modificación, siempre y cuando se trate de un asunto o una materia que haya sido objeto de aprobación en primer debate. Como lo muestran el número de salvamentos de voto a la sentencia, parciales o totales, se trató de una sentencia polémica y controvertida.

⁸ Al respecto ver el artículo 186 y siguientes del Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992).

⁹ Ver entre otras, la sentencia C-453 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) En este caso la Corte Constitucional, reiterando su jurisprudencia, decidió que los artículos 4º, 7º, 11, 12, 16, 17, 18 y 19, párrafo transitorio, no desconocen los principios de *consecutividad* y de *identidad flexible* o *relativa*. Estas normas fueron declaradas exequibles por los cargos analizados. Asimismo, la Corte considero que el artículo transitorio 20 contemplaba un tema nuevo, con autonomía normativa, que fue introducido, sin mediar debate, en el cuarto debate, ante la Plenaria de la Cámara de Representantes. Por ello, fue declarado inexecutable.

¹⁰ Ley 5ª de 1992, artículo 2º– *Principios de interpretación del Reglamento*. En la interpretación y aplicación de las normas del presente Reglamento, se tendrán en cuenta los siguientes principios: [...] (3) *Regla de mayorías*. El Reglamento debe aplicarse en forma tal que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión y consulte, en todo momento, la justicia y el bien común. (4) *Regla de minorías*. El Reglamento garantiza el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse tal como lo determina la Constitución.

¹¹ La Corte Constitucional ha señalado acerca de la posibilidad que tiene cada Cámara de modificar los textos de los Proyectos de ley durante su trámite: “La actividad legislativa consiste en la facultad reconocida en los regímenes democráticos a los órganos representativos, de regular de manera general, impersonal y abstracta, a través de la ley, los distintos supuestos de hecho relevantes para la obtención de los fines esenciales del Estado. Esta facultad regulatoria, admite una gama amplia de posibilidades, es decir, un mismo supuesto de hecho puede ser regulado de distintas maneras, y la elección de la fórmula precisa que finalmente es recogida en la ley, es fruto de variados factores, como lo son la particular concepción política mayoritaria en el cuerpo legislativo, la influencia del pensamiento de las minorías que propicia fórmulas de conciliación, las circunstancias históricas que ameritan adecuar las formas jurídicas a las especificidades del momento, y otros factores que, como los anteriores, confluyen a determinar las fórmulas de regulación jurídica que resultan ser las finalmente adoptadas. || En los regímenes democráticos, el mecanismo mediante el cual se llega a la formación y determinación de la voluntad del legislador en cada fórmula legal concreta, debe estar abierto a la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentran su espacio en las corporaciones que ostentan esa representación popular. Por ello, las distintas normas que tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso regulan el trámite de la adopción de la ley, están dirigidas a permitir un proceso en el cual puedan intervenir

4.3. Ahora bien, es preciso señalar que la facultad que la Constitución Política concede a las plenarias y las comisiones para introducir modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley debatidos no es ilimitada. Expresamente, la Constitución señala que serán aceptables aquellas variaciones al texto que se “*juzguen necesarias*” (artículo 160, inciso 2º, CP)¹² y se refieran a la “*misma materia*”, que “*se relacionen con ella*” (artículo 158, CP).¹³

4.4. La jurisprudencia constitucional ha concluido “[...] *que el proceso legislativo se rige por los principios de consecutividad, de identidad flexible y de unidad de materia*”¹⁴, a partir de las reglas constitucionales y legales referentes al trámite de las leyes, previamente citadas. (i) El principio de *consecutividad* “exige que los proyectos de ley se tramiten en cuatro debates de manera sucesiva en las comisiones y en las plenarias de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales”.¹⁵ (ii) El principio de *identidad flexible* o *relativa* “supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios”, bajo el entendido que las comisiones y las plenarias de las cámaras pueden introducir modificaciones al proyecto (artículo 160, CP), y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara se puede superar mediante un trámite especial (conciliación mediante Comisiones de Mediación), que no implica repetir todo el trámite.¹⁶ (iii) El principio de *unidad de*

todas las corrientes mencionadas, y en el cual la opción regulativa finalmente adoptada sea fruto de una ponderada reflexión. Por ello se han previsto cuatro debates, dos a nivel de las comisiones del Congreso, y dos a nivel de la plenaria de cada Cámara (Art. 157 C.P.), lo cual permite, de un lado, que las propuestas sean estudiadas y debatidas con la especialidad y puntualidad que ello amerita, y de otro, que todo el universo de las opiniones representadas en el Congreso, tenga la oportunidad real de incidir en la adopción final de ley. También por esto, la posibilidad de introducir modificaciones a los proyectos que vienen de etapas anteriores del trámite, reconocida por el segundo inciso del artículo 160 de la Constitución, es propia de los regímenes que conceden amplia importancia a la efectividad del principio democrático.” Corte Constitucional, sentencia C-760 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra & Manuel José Cepeda; AV. Jaime Araujo Rentería; SPV Clara Inés Vargas Hernández; SV. Rodrigo Escobar Gil), en este caso la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), por vicios de procedimiento en su formación.

¹² Constitución Política, artículo 160, inciso segundo: ‘Durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias’.

¹³ Constitución Política, artículo 158. “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003 por vicios de procedimiento en su formación, entre otros cargos, por cuanto habían sido introducidos al Proyecto de ley por el Senado de la República, luego de haber hecho tránsito en la Cámara de Representantes.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En la sentencia, la Corte consideró que el principio de identidad “(...) adquiere en la Constitución de 1991 una connotación distinta a la que tenía en el régimen constitucional anterior, (...) si en la Carta de 1886 se exigía que el texto aprobado en cada uno de los debates fuera exactamente el mismo, por lo cual cualquier modificación aun menor implicaba repetir todo el trámite, hoy en día se ha

materia, con relación al proceso legislativo, “sirve para establecer si durante el trámite del proyecto se ha observado o no el principio de identidad.”¹⁷ Así pues, si bien “[...] *el principio de identidad flexible permite a las comisiones y a las plenarias de cada cámara hacer modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos en curso, [...] en virtud del principio de unidad temática, esos cambios sólo pueden producirse si versan sobre la misma materia general del proyecto.*”¹⁸

4.5. La jurisprudencia ha sostenido que “[...] *el concepto de unidad temática es amplio en aras de respetar el principio democrático y el margen de configuración del legislador.*”¹⁹ Si las Cámaras del Congreso de la República no tuvieran un margen razonable de libertad para diseñar y construir el ordenamiento jurídico a lo largo del trámite legislativo, una vez se somete un proyecto de ley específico a su consideración, ¿cuál sería el propósito de la deliberación? ¿Para qué debatir y encontrar, en democracia, los errores y problemas de un proyecto de ley, si esta no puede ser arreglada ni ajustada? En una visión del procedimiento legislativo en la cual tan sólo importara que cada Comisión y Plenaria diera un visto bueno al texto, quizá tendría sentido tan rígida visión del procedimiento. Pero en un estado social y democrático de derecho, la deliberación es en sí una dimensión fundamental del procedimiento parlamentario. No sólo importa que se apruebe la norma propuesta, es preciso que ello se haya hecho en un contexto de discusión y deliberación.

4.6. No obstante, como se indicó previamente, el carácter amplio del principio de *identidad flexible* o *relativa* no admite cualquier adición a un proyecto de ley en cualquiera de sus etapas de formación. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia lo siguiente,

“(...) no cualquier relación con lo que ha sido debatido en las etapas anteriores basta para que se respete el principio de *identidad relativa* o *flexible*. La Corte ha descartado las relaciones ‘remotas’, ‘distantes’, o meramente ‘tangenciales’. Ha insistido la Corte en que la relación de conexidad debe ser ‘*clara y específica*’²⁰, ‘*estrecha*’,²¹ ‘*necesaria*’,²² ‘*evidente*’.²³ En

abandonado el principio de identidad rígido, para permitir que las comisiones y las plenarias de las cámaras puedan introducir modificaciones al proyecto (CP art. 160), y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara no obliguen a repetir todo el trámite, sino que las comisiones accidentales preparen un texto unificado que supere las diferencias, texto que es entonces sometido a la aprobación de las plenarias.”

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-453 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-307 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa, Alfredo Beltrán Sierra; SV. Jaime Araujo Rentería; SV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SPV. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett y Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso la Corte consideró: “La simple comparación del texto originalmente aprobado y el texto definitivo del proyecto muestra que, sin necesidad de examinar los textos intermedios, no obstante las modificaciones y adiciones que el proyecto recibió a lo largo de los

ocasiones, refiriéndose a leyes, no a actos legislativos, según las especificidades del caso, ha exigido una relación especial de conexidad, al señalar que si la “adición” tiene autonomía normativa propia y no es de la esencia de la institución debatida en las etapas anteriores, entonces la adición es inconstitucional.²⁴

[...] Para la determinación de qué constituye “*asunto nuevo*” la Corte ha definido algunos criterios de orden material, no formal: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente;²⁵ (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o

debates legislativos, se ha respetado el principio de identidad relativa, por cuanto lo finalmente aprobado tiene una *clara y específica* relación de conexidad con lo aprobado en el primer debate de manera que puede predicarse la existencia de identidad temática entre el texto definitivo del proyecto y lo inicialmente aprobado en el primer debate en la Comisión Primera del Senado. Las diferencias entre los dos textos obedecen a precisiones técnicas, opciones y alternativas que giran alrededor de un mismo concepto, y que claramente son un desarrollo de la propuesta inicialmente aprobada.”

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-1147 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil; SV. Eduardo Montealegre Lynett; AV. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil). En este caso la Corte consideró que “(...) a propósito del principio de identidad, es entonces claro que un proyecto de ley puede ser objeto de cambios y modificaciones en el transcurso de las diversas etapas parlamentarias, pero sólo en la medida en que dichos cambios y modificaciones se refieran a temas tratados y aprobados en primer debate, sin perjuicio de que también éstos deban guardar *estrecha relación* con el contenido del proyecto, es decir, respeten igualmente el principio de unidad de materia.” (acento fuera del texto original). Esta posición ha sido reiterada, por ejemplo en la sentencia C-372 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; SV. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis). En la sentencia C-754 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Álvaro Tafur Galvis) la Corte señaló que el principio de identidad relativa no se viola cuando se introducen modificaciones ha de tratarse de ‘*asuntos [que] estén estrechamente ligados*’.

²² El segundo inciso del artículo 160 de la Constitución Política señala que durante “el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue *necesarias*.”

²³ En la sentencia C-753 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Jaime Araujo Rentería) se declaró exequible un aparte de el Acto Legislativo N° 01 de 2003 (artículo 15, parcial) adicionado en el séptimo debate por considerar que se trataba de un ‘*instrumento necesario*’ y con una ‘*relación de conexidad evidente*’ con el resto de la norma aprobada.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-312 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra; SV. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; AV. Jaime Araujo Rentería) La Corte resolvió declarar *inexequibles* varias expresiones del artículo 44 de la Ley 795 de 2003, mediante la cual se modifica el numeral 5° del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues consideró que “(...) que el texto final del artículo 44 de la Ley 795 de 2003 en cuanto incluyó la contribución al Fondo de Solidaridad y Garantía y la manera de calcularla en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito es una materia que por sí misma tiene autonomía y relevancia jurídica que no hacen indispensable su inclusión en las cláusulas que de suyo ha de contener el contrato de seguro que se recoge en la póliza correspondiente (...)”.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), en este caso se examinó los cambios sufridos por el artículo 51 de la Ley 789 de 2003 (jornada laboral flexible), frente al cual el Congreso ensayó distintas fórmulas en todos los debates. El artículo, tal y como fue finalmente aprobado, no hizo parte ni del proyecto del gobierno, ni de la ponencia para primer debate en comisiones. En la ponencia para segundo debate en plenaria de la Cámara fue incluido y aprobado el artículo sobre jornada laboral flexible. En la ponencia para segundo debate en plenaria del Senado, no existía el artículo sobre jornada laboral flexible, pero sí el asunto de la jornada laboral. La comisión de conciliación adopta el artículo sobre jornada laboral flexible y fórmula que es aprobada por las Cámaras. Aun cuando el artículo como tal sólo es aprobado inicialmente en la

precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición este comprendida dentro de lo previamente debatido;²⁶ (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico;²⁷ (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema.²⁸ En el ámbito de los actos legislativos, el concepto de asunto nuevo es más amplio porque existe una relación estrecha entre distintos temas constitucionales dadas las características de la Constitución de 1991. Así, se ha admitido que la adición de un tema de orden orgánico y funcional –un artículo sobre la participación del Ministerio Público en el nuevo sistema acusatorio– guarda relación suficiente con un aspecto sustantivo –las garantías del investigado o acusado en el proceso penal–.²⁹

30

La Corte ha precisado que los cambios en el texto pueden ser considerables, si se respeta el principio de identidad flexible o relativa, a partir de los temas principales del proyecto, no de un artículo específico.³¹ Por tal motivo la Corte ha sostenido que en “[...] *el análisis acerca del cumplimiento de los principios de identidad relativa y de consecutividad, el proyecto se examine en su conjunto, sin que sea posible una consideración aislada de normas para encontrar diferencias en los textos aprobados en los distintos debates, en la medida en que tales diferencias pueden carecer de significación en el*

Plenaria de la Cámara, el asunto sobre la regulación de la jornada laboral si fue aprobado en los 4 debates.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis; SPV. Jaime Araujo Rentería, AV. Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte resolvió, entre otras cosas, declarar *exequible* el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cargo analizado en la parte motiva de la sentencia.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-920 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil). La Corte declara la inexequibilidad de una disposición. Introducida en el último debate, que constituía un asunto nuevo, sin relación con la materia debatida hasta ese momento.

²⁸ Ver Corte Constitucional, sentencia C-198 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis).

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-996 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-332 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; AV. Jaime Araujo Rentería; Jaime Córdoba Triviño; Marco Gerardo Monroy Cabra, y Álvaro Tafur Galvis). En este caso la Corte resolvió declarar inexequible el artículo 10º del Acto Legislativo 01 de 2003.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). En este caso, la Corte consideró que “(...) como resultado de los debates en segunda vuelta, el proyecto aprobado en la primera puede ser objeto, en primer lugar, de modificaciones que tengan un alcance meramente formal, como cambios en las palabras, o en la redacción. Tales cambios puede afectar también la estructura de un artículo, de tal modo que se fundan en uno solo los contenidos de varios incisos, o, en un proyecto complejo, puede ocurrir que haya intercambio de textos entre distintos artículos. Y puede ocurrir que en ninguno de tales eventos se modifique el contenido de regulación del proyecto. Y así, puede suceder que el inciso que se echa de menos en una disposición se encuentre incorporado en otro de la misma norma, o que el artículo que parece ser nuevo no sea sino el producto de la regulación separada de materias que antes se habían tratado de manera conjunta en una sola norma, etc.”

contenido de regulación del proyecto mirado como un todo.”³² La jurisprudencia ha concluido que el principio de consecutividad exige que el objeto de lo decidido a lo largo de los cuatro debates corresponda al mismo tema, así el sentido de las decisiones sea diferente e, inclusive, contrario. Ahora bien, en caso de contradicción o de divergencias, sobre el mismo objeto de la decisión, es posible armonizar el proyecto mediante el mecanismo de las comisiones de conciliación.³³

4.7. Siguiendo esta misma jurisprudencia, por ejemplo, la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-940 de 2003, a propósito de un problema jurídico similar al analizado en el presente caso,³⁴ que cuando una norma legal guarda “*una relación cercana*”, “*una relación temática importante*” con el objeto de la ley de la cual forma parte, no desconoce el principio de identidad flexible.³⁵

³² Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). Para la Corte, “[c]omo resultado del debate, en cualquiera de sus etapas, pueden presentarse modificaciones que afecten el contenido normativo de las disposiciones de un proyecto, o le incorporen regulaciones complementarias, con la condición de que no comporten cambios esenciales sobre lo que ha sido previamente aprobado.” Por ‘*cambios esenciales*’ dice la Corte en este caso, se entiende modificaciones “(...) en las disposiciones aprobadas, en tal medida significativas, que no permitan afirmar que se trata de modificaciones o adiciones a una iniciativa aprobada con anterioridad, sino que constituyan verdaderas propuestas nuevas, que no habrían recibido los debates reglamentarios y que no habrían sido consideradas en la primera vuelta.”

³³ Tal como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, la competencia de las comisiones de conciliación “(...) está circunscrita únicamente a las diferencias que hubieren podido surgir entre lo aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes y lo aprobado en la plenaria del Senado. Tales discrepancias se pueden expresar de diversas formas, por ejemplo: (i) cuando no hay acuerdo sobre la redacción de un texto normativo, (ii) cuando el contenido de un artículo difiere del aprobado en la otra plenaria y, (iii) cuando se aprueban artículos nuevos en una cámara.” Corte Constitucional, sentencia C-292 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett; SPV. Jaime Araujo Rentería; Manuel José Cepeda Espinosa; Eduardo Montealegre Lynett; AV. Álvaro Tafur Galvis). Mediante esta sentencia la Corte revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria número 022 de 2001 Senado, 149 de 2001 Cámara, “*por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas*”.

³⁴ En la sentencia C-940 de 2003, entre otros cargos, la Corte Constitucional resuelve el siguiente: “A [juicio del demandante], los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, que fueron introducidos al proyecto correspondiente durante el primer debate en el Senado de la República sin haber sido considerados antes ni en la comisión permanente ni en la plenaria de la Cámara de Representantes, versan sobre un asunto nuevo que carece de unidad temática con el resto del proyecto que se venía tramitando, por lo cual no podían ser objeto de la actividad de la comisión accidental. Por lo anterior, los mencionados artículos habría sido aprobados si cumplir con el requisito de los cuatro debates parlamentarios a que se refiere el artículo 157 de la Constitución, y con infracción del canon 158 *ibidem*, que exige que los proyectos de ley se refieran a un mismo tema.”

³⁵ En la sentencia C-940 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte consideró que “(...) la materia de la que versan las normas acusadas sí tienen una relación cercana con aquella que de manera general regula el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que la Ley 795 de 2003 entra a modificar. En efecto, dicho Estatuto establece las directrices generales para la actividad aseguradora en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria. Son destinatarias de su regulación las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros (EOSF art. 38). En tal virtud, no resulta extraño que en una ley que pretende entre otros objetos modificar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se introduzcan presiones relativas a la calidad no aseguradora de cierta actividad, en este caso la prestación de servicios funerarios. En efecto, estima la Corte, la definición del punto sí cobra importancia de cara a la aplicación o no aplicación a dicha actividad de las normas generales que regulan la actividad

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mantenido la misma línea jurisprudencial. Esto es, reclamando el cumplimiento de las reglas constitucionales del debate parlamentario, so pena de que la norma mal aprobada sea declarada inconstitucional, pero a la vez, aplicando tales reglas de forma tal, que no se obstaculice el debate ni la autonomía del Congreso. Conservar este delicado balance, caso a caso, es la tarea encomendada a la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la sentencia C-333 de 2010, la Corte resolvió declarar inexecutable una norma que, además de violar el principio de unidad de materia, había sido introducida al cuerpo del texto del proyecto por las comisiones de conciliación; un texto que nunca fue discutido por ninguna de las Comisiones constitucionales de cada Cámara.³⁶ En la sentencia C-321 de 2009 se consideró que no se violó el principio de consecutividad, a pesar de tratarse de una norma que había sido introducida por la Plenaria del Senado de la República.³⁷ Esta línea jurisprudencial también ha sido objeto de desarrollo en contextos de leyes con especificidades en su proceso de aprobación, como lo es el de los proyectos de ley de iniciativa ciudadana,³⁸ o que requieran consultas etnoculturales previas.³⁹

aseguradora, contenidas precisamente en el mencionado Estatuto. || La jurisprudencia constitucional considera que el principio de unidad de materia pretende alcanzar objetivos de seguridad jurídica sustancial, propiciando normas legales que observen una coherencia material interna, sin embargo la relación de conexidad no puede ser interpretada con tal rigidez que termine por acabar con el principio democrático (...)"

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo; SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La Corte decidió que, "[...] teniendo en cuenta que las normas acusadas y el tema al que ellas se refieren estuvieron enteramente ausentes durante el trámite surtido por este proyecto de ley ante las comisiones constitucionales competentes, y que en razón a la ya explicada inexistencia de unidad de materia entre tales preceptos y las restantes disposiciones de la Ley 1328 de 2009, no podría en forma alguna asumirse que el tema fue conocido o debatido por tales comisiones, concluye la Corte que los incisos y el párrafo aquí demandados no cumplieron con la totalidad de los requisitos necesarios para su expedición y puesta en vigencia, situación que igualmente ocasiona su inexecutable." Finalmente la Corte resolvió declara inexecutable "desde la fecha de su promulgación, los incisos 3º, 4º, 5º y 6º y el párrafo del artículo 77 de la Ley 1328 de 2009, *'Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones Ley de Reforma Financiera'*."

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-321 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); en las objeciones, el Presidente de la República alegaba "[...] que el párrafo 3º del artículo 4º del proyecto de ley fue adoptado en violación de los principios de identidad relativa y consecutividad, por cuanto aquél fue incorporado durante el último debate, es decir, en la Plenaria del Senado de la República. El Congreso de la República, por su parte, no acoge la objeción, trayendo a colación un aparte del debate que tuvo lugar en la Comisión VI del Senado." Para la Corte, luego de analizado el proceso legislativo, "[...] si bien fue en el Senado de la República donde se discutió acerca de si las nuevas licencias iban a ser gratuitas, simplemente es la continuación de un debate, que tuvo lugar en el seno de la Cámara de Representantes, referente a dotar de nuevas especificaciones técnicas a las futuras licencias de conducción. En otras palabras, no se trató realmente de un tema novedoso planteado exclusivamente durante el tercer debate del proyecto de ley." Por ello resolvió "[...] que la objeción presidencial [era] infundada por cuanto no se vulneraron los principios de identidad relativa y consecutividad."

³⁸ Sobre los proyectos de ley de iniciativa ciudadana, puede verse, por ejemplo, la sentencia C-141 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto; AV. María Victoria Calle Correa; Nilson Elías Pinilla Pinilla; Humberto Antonio Sierra Porto; SV. Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); en este caso se resolvió declarar inexecutable, en su totalidad, la Ley 1354 de 2009 "*Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional'*".

4.8. De acuerdo con los parámetros y criterios jurisprudenciales expuestos, la Sala evaluará la constitucionalidad de la norma acusada de la Ley 1382 de 2010. A continuación, se presentará el sentido y propósito de la Ley en cuestión, así como el trámite que se le dio, específicamente, a la norma en cuestión.

5. Sentido y propósito de la Ley 1382 de 2010 y trámite de su artículo 3°

5.1. El Proyecto de ley 010 de 2007, Senado, fue presentado por el Gobierno Nacional, por medio del Ministro de Minas y Energía.⁴⁰ El objetivo del mismo, según se informó en la exposición de motivos, era introducir una serie de reformas al Código de Minas, Ley 685 de 2001, en la medida que había transcurrido un tiempo prudencial para evaluar la política legislativa aprobada (5 años), y era posible (i) corregir las deficiencias detectadas y (ii) fortalecer la Autoridad Minera en el ejercicio de sus competencias; especialmente, “*su deber de administrar de manera racional y responsable los recursos mineros de propiedad del Estado, acorde con la preservación del medio ambiente*”.⁴¹ El Proyecto de ley propuesto, respondía a la evidencia⁴² que ha confirmado la “*la urgencia de implantar en la administración de la importante riqueza minera de nuestro país criterios técnicos y económicos en la asignación y contratación de áreas*”, con el fin de “*lograr una mejor y más racional explotación de los recursos mineros, acorde [i] con la preservación del medio*

³⁹ Al respecto ver, por ejemplo, la sentencia C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Nilson Elías Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto; Cristina Pardo Schlesinger, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En este caso se decidió al respecto “de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.”

⁴⁰ Ministro Hernán Martínez Torres.

⁴¹ GACETA DEL CONGRESO, N° 344 de 2007. Concretamente se dijo: “El proyecto de ley que hoy presentamos al honorable Congreso de la República tiene por objeto la modificación de algunas disposiciones de la Ley 685 de 2001 - Código de Minas. Los cinco años que han transcurrido desde la aprobación de dicha ley han permitido detectar deficiencias que deben ser corregidas e identificar la necesidad de fortalecer a la Autoridad Minera en el ejercicio de sus competencias, principalmente de su deber de administrar de manera racional y responsable los recursos mineros de propiedad del Estado.”

⁴² La exposición de motivos hace referencia al “estudio de experiencias exitosas en el manejo y contratación de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, como es el caso de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH”. GACETA DEL CONGRESO, N° 344 de 2007.

*ambiente, [ii] beneficiosa para la economía nacional, y [iii] en condiciones de mayor seguridad para los compatriotas que trabajan en las minas”.*⁴³

5.1.1. En la medida que el proyecto buscaba lograr un avance y un desarrollo en la industria minera,⁴⁴ pretendía a la vez que este desarrollo e incremento en la inversión en el campo minero, se hiciera buscando un justo y adecuado retorno, con el respeto del marco legal y el orden constitucional vigente. Por ello, el Gobierno recordó al Congreso que, de “[...] *conformidad con el artículo 80 de la Constitución Política le corresponde al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y tiene el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. Asimismo, por mandato del artículo 332 de la Carta el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados conforme a las leyes preexistentes. || La libertad económica y la iniciativa privada son garantizadas por el artículo 333 superior dentro de los límites del bien común, en tanto que la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones.*”

El Gobierno precisó que el Proyecto de ley, en tanto modificación parcial, se enmarcaba en el artículo 1° del Código de Minas, de acuerdo con el cual,

“[...] son objetivos de interés público del Código [...] fomentar la exploración técnica de los recursos mineros de propiedad nacional y privada y estimular estas actividades en orden a que su aprovechamiento se realice de manera armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.”⁴⁵

⁴³ GACETA DEL CONGRESO, N° 344 de 2007, p. 19 y 22.

⁴⁴ Dijo al respecto la exposición de motivos del Proyecto de ley: “Si bien es indiscutible que la Ley 685 de 2001 unificó y redujo trámites en la contratación de áreas mineras con el propósito de incentivar la inversión extranjera y de promover la minería en un marco de estabilidad jurídica tendiente al desarrollo económico, social y ambiental del país, no es menos cierto que después de casi seis años de su entrada en vigencia y no obstante los niveles de seguridad alcanzada en el país, las inversiones no reflejan el progreso esperado. || La figura única del Contrato de Concesión ha sido precaria en sus requisitos y exigencias lo que ha conducido a que cualquier persona, sin acreditar capacidad técnica y económica alguna, adquiriera la calidad de titular de contratos y sean muy escasos los proyectos serios y eficientes de desarrollo sostenible y racional del recurso minero. || Las modificaciones que el Gobierno Nacional somete a consideración del órgano legislativo se encaminan a conseguir para Colombia una verdadera industria minera como la que poseen otros países, incluso menos ricos que el nuestro en variedad y reservas de minerales. El desarrollo de la industria minera permitirá la ejecución de los grandes proyectos estratégicos y de especial importancia para la economía del país por parte de empresas sólidas y expertas, a la vez que hará posible tecnificar y mejorar las condiciones de la minería artesanal o de pequeña escala que se desarrolla en diversas regiones del territorio nacional y que constituye la fuente de subsistencia de muchos de nuestros conciudadanos.”

⁴⁵ GACETA DEL CONGRESO, N° 344 de 2007.

Explícitamente, el Gobierno sostuvo en las motivaciones de la propuesta de política legislativa que el alcance y contenido de las modificaciones al Código de Minas propuesto al Congreso, se debía entender dentro del marco constitucional y legal descrito.⁴⁶

5.1.2. La segunda parte de la exposición de motivos, se ocupa de señalar el fundamento de las medidas legales concretas a adoptar, para lograr los objetivos y fines propuestos. La preocupación por ponderar adecuadamente el impulso a la actividad minera con la protección a los derechos laborales de los trabajadores, de las comunidades tradicionales y la protección al medio ambiente, se incluyeron en las diferentes propuestas normativas. Así, por ejemplo, la primera norma que se propuso reformar, fue el artículo 31 del Código de Minas, el cual se ocupa de establecer ‘reservas especiales’, esto es, fijar en cabeza del Gobierno Nacional la función de delimitar zonas en las cuales, temporalmente, no se admitirán nuevas propuestas, sobre todos o algunos minerales, (i) por motivos de orden social o económico determinados en cada caso, (ii) de oficio o por solicitud expresa de la comunidad minera, en aquellas áreas en donde existan explotaciones tradicionales de minería informal. Se propuso introducir una adición al artículo, *“a efecto de establecer la facultad del Estado para delimitar áreas en las que la información geológica existente indique la existencia de potencial minero importante [...] De esta forma el área será previamente delimitada por el Gobierno Nacional con base en el conocimiento geológico que posea, lo cual evitará que la misma sea fraccionada por los solicitantes mineros en perjuicio de la explotación integral y racional del yacimiento.”* Específicamente, el Gobierno manifestó interés por garantizar en los contratistas “el conocimiento y la capacidad” para cumplir con la obligaciones tributarias.⁴⁷ Respecto a esta modificación normativa se insistió en que “[...] es objetivo fundamental del Código de Minas que la explotación de los recursos naturales no renovables se haga dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y de fortalecimiento económico y social del país. A la cumplida ejecución de estos mandatos legales se dirige la potestad del Estado, a través de la Autoridad Minera, para la reserva de áreas especiales planteada en la adición propuesta.”

5.2. Este propósito se mantuvo y fue objeto de discusiones a lo largo de los debates en el Congreso. En la ponencia para primer debate ante la Comisión Quinta Permanente del Senado se mencionó como objetivos del proyecto el que la explotación minera se diera dentro de un concepto de desarrollo

⁴⁶ Dentro del marco constitucional y legal antes descrito explicamos a continuación el alcance y contenido de las modificaciones al Código de Minas que proponemos al honorable Congreso de la República. GACETA DEL CONGRESO, N° 344 de 2007.

⁴⁷ Añadió al respecto la exposición de motivos del Proyecto de ley: “Adicionalmente, al imponerse la selección objetiva de los participantes la Autoridad Minera podrá fijar las reglas necesarias para garantizar contratistas cuya capacidad y conocimiento del negocio les permitan no sólo cumplir con las obligaciones legales y convencionales en materia minera, ambiental y tributaria, entre otras, sino realizar las inversiones y labores requeridas para el desarrollo eficiente del proyecto minero, aumentando así la productividad del mismo y generando por ende mayores regalías para la Nación.”

sostenible, que incluyera la prevención de factores de deterioro ambiental.⁴⁸ Hubo incluso una ponencia minoritaria negativa que proponía archivar el proyecto porque consideraba que las medidas propuestas no propendían por el desarrollo de una industria minera de tal forma que se garantizara la adecuada extracción de los recursos minerales propiedad de la Nación sin menoscabo de la diversidad biótica y cultural, y de los derechos fundamentales de todos los colombianos.⁴⁹

Si bien es cierto que la ponencia para primer debate en la Comisión Quinta del Senado encargada de tramitar la cuestión no incluyó un texto específico cuyo objeto fuera modificar el artículo acerca de las zonas de exclusión minera (artículo 34 del Código de Minas),⁵⁰ ni tampoco la ponencia para segundo debate en el Senado,⁵¹ el asunto relativo a la explotación minera en un marco ambientalmente sano siempre estuvo presente, a lo largo de los cuatro debates.⁵² Es por ello que no resultó sorprendente que la Plenaria de esa Corporación decidiera incluir de manera más precisa aquellas zonas ambientalmente protegidas, que debían quedar excluidas de manera expresa de la posibilidad de explotación minera.

El texto del Proyecto de ley aprobado por el Senado de la República, en Pleno, incluyó una modificación al inciso segundo del artículo en cuestión, precisamente con el objeto de incluir como zonas excluidas de la minería, junto a las reservas forestales, *“páramos y humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar.”*⁵³

5.2.1. La decisión de la Plenaria del Senado no fue improvisada, sorpresiva o arbitraria. Respondió a una preocupación clara y declarada de un asunto que fue discutido en cada uno de los debates anteriores. De hecho, como se sigue del debate parlamentario, la inclusión por parte del Senado de la modificación en cuestión, surgió del trabajo conjunto de varios senadores, tanto para

⁴⁸ Gaceta del Congreso No.493 de 2007, Ponencia para I debate ante la Comisión Quinta del Senado.

⁴⁹ Ver Gaceta del Congreso No. 575 de 2007, p.2.

⁵⁰ El texto del Proyecto de ley aprobado por la Comisión Quinta del Senado de la República se publicó en la GACETA DEL CONGRESO, N° 83 de 2008.

⁵¹ El texto del Proyecto de ley propuesto por la ponencia para segundo debate a la Plenaria del Senado de la República se publicó en la GACETA DEL CONGRESO, N° 83 de 2008.

⁵² El proyecto de ley N° 007 Senado Gaceta 344 de 2007, pág. 2.

⁵³ El artículo 34 del Código, tal como fue aprobado y, posteriormente, declarado exequible, establecía que *‘Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.’* El texto aprobado por la Plenaria del Senado de la República fue el siguiente: *“Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales, páramos y humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar. Estas zonas [...].”* Gaceta del Congreso, N° 503 de 2008.

presentar la propuesta, como para pulir y definir la redacción específica del texto normativo.

5.2.2. A continuación se reproduce en extenso la parte pertinente del debate, tal cual como se dio en torno a la forma que la norma acusada fue incluida, en su primera versión, por el Senado de la República. Este recuento del debate, evidencia cómo el Senado de la República tomó consciente y claramente la decisión de proteger explícitamente a los páramos y a los humedales. Si bien consideraban los legisladores proponentes de la modificación era en principio innecesaria, puesto que tales zonas deberían entenderse incluidas en virtud de las protecciones existentes, se consideró necesario explicitar que tales categorías se encontraban incluidas en la ley, para evitar interpretaciones que busquen eliminar o minimizar la protección en estas áreas. La preocupación, como se evidencia a lo largo del debate, respondía a varios miembros del Senado, los cuales manifestaron la importancia y el carácter estructural que a su juicio tiene el problema de la protección de páramos y humedales. Precizando que no se trataba de cualquier tipo de humedal, sino de aquellos jurídicamente protegidos; que el derecho al agua debe primar sobre la explotación minera; o que era preciso poner frenos y contrapesos a los poderes de grandes compañías internacionales o multinacionales que pueden adquirir un gran poder de facto y poner en riesgo caros bienes constitucionales. Dijeron al respecto las Senadoras y Senadores lo siguiente,

“Por Secretaría se da lectura a un artículo ... presentado por los honorables Senadores Julio Alberto Manzur Abdala y Manuel Guillermo Mora Jaramillo.

El artículo 32, presentado por el Senador Manzur y el Senador Manuel Guillermo Mora, con la firma del Ministro dice: modifíquese el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, en su segundo inciso el cual quedará así: las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a la disposiciones vigentes como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reservas forestales y páramos, Senador Jaramillo, estas zonas para producir estos efectos deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental, con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, con la colaboración de autoridad minera en aquellas áreas de interés minero, en consideración el artículo nuevo, 32, señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra a la honorable Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda.

[...]

bueno yo lo quiero explicar Senador Manzur, para que la Plenaria decida, entonces usted ha hecho referencia en un proyecto que acaba de leer, de excluir de la zona de minerías las reservas forestales, los páramos y los humedales, Senador Manzur, pregunto si la, (sic) el Senador acaba de leer la exclusión de reservas forestales, páramos y humedales.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Y páramos, no humedales porque es que allí, si cualquier persona dice que esto es humedal y lesionan la exploración y la explotación minera, eso no está bien definido que eso es un humedal, cómo está un humedal, o cómo está constituido y cualquier persona puede decir que es un humedal con páramo, sí claro, y lo tenemos bien determinado, con lo otro no lo aceptó el Gobierno Nacional y ese texto fue además conciliado con el Ministerio del Medio Ambiente, señora Presidenta del Senado de la República.

Recobra el uso de la palabra la honorable Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda:

A ver, yo quiero explicarle a la Plenaria, que mi propuesta incluye ampliar más allá de las reservas forestales y de los páramos, por lo siguiente: hay varias zonas que entrando en vigencia esta modificación al Código de Minas, han sido declaradas o delimitadas bajo otras categorías como reservas, no solamente las categorías de orden nacional, sino también las regionales que buscan la preservación y protección de algunos recursos que han sido estudiados por las Corporaciones Autónomas Regionales.

También le solicito a la Plenaria excluir el área de parques nacionales, un área que está previamente delimitada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que tienen, puede ser los parques nacionales o los parques regionales decretados por la respectiva autoridad ambiental, es decir: la Corporación Autónoma Regional.

Además propongo también el tema de los humedales; Colombia firmó el Convenio de Ramsar donde está determinado qué es un humedal, razón por la cual, señor Ministro y señor Ponente, si se sabe cuáles son las zonas de humedales, ¿por qué Colombia firmó ese convenio?

Ya está determinado, yo lo solicito es para que amplíemos la exclusión; además de las zonas de reserva forestal nacional a

lo que he mencionado que incluye también obviamente los páramos y los humedales.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Mauricio o Jaramillo Martínez:

Gracias Presidente, fíjese que nos estamos poniendo de acuerdo con la doctora Nancy Patricia, yo había presentado, voy a solicitar que se vote la proposición mía, de la modificación del artículo 34.

Porque me parece que concuerda mucho con lo que la doctora Nancy Patricia estaba hablando, y es nosotros que de alguna manera garantizar el futuro ambiental para nuestros hijos y para los hijos de nuestros hijos, y la verdad es que en un país como el nuestro donde infortunadamente no se controla y no se vigila.

Aquí ya acaba de reconocer el Ministro que hay concesionarios que llevan 20 años sin pagar, que es una cosa mucho más sencilla, entre otras el Senador Manzur concuerda en el sentido de que no se puede decir que no hay ley, porque cada tipo de estos contratos fueron celebrados a través de un contrato y en el contrato está establecido, que hay que pagar.

Si ni siquiera es capaz de regular y de vigilar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, mucho menos la de vigilar y la de proteger zonas tan delicadas como son precisamente estas zonas.

La proposición que yo hago es, modifíquese el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas, el cual quedará así: para efecto de la presente ley se considerarán zonas exclusivas de la minería las siguientes: las áreas del sistema de parques nacionales naturales, doctora Nancy Patricia para que vea que nos estamos poniendo de acuerdo, los parques naturales regionales, las reservas forestales protectores existentes o que se declaren en el futuro, y por qué señor Ministro las que se declaren en el futuro.

Porque si solamente quedan las zonas forestales, las reservas forestales, cualquier mañana una zona que se declare forestales, entonces puede llegar cualquier vivo a decir que eso no entra dentro las excluidas, los ecosistemas de páramos no solamente Senador Manzur, los páramos, sino todo el ecosistema, porque el páramo es una cosa y otra cosa es el ecosistema, todo lo que hace parte de este páramo, y los humedales designados o que se designe dentro de la lista de

humedales de importancia internacional de la Convención de Ramsar.

Acá no se está pidiendo, Ministro, aquí no estamos pidiendo nada del otro mundo, cuando se habla de los humedales estamos hablando no de cualquier humedal, sino de aquellos que declara de importancia internacional de acuerdo con la Convención de Ramsar, las demás categorías nacionales o regionales de protección de los recursos naturales renovables o de ambiente existentes o que se creen por la legislación ambiental cuya normatividad aplicable o acto de aclaraciones excluya la compatibilidad con trabajos y obras de explotación o exploración minera.

Porque honorables Senadores, resulta que una Sentencia de la Corte Constitucional, la 339 de 2002, estableció precisamente de que no solamente se deben excluir las 3 categorías que están establecidas en el Código actual, sino que precisamente dejó abierto y decía que era también posible para que se categorizara otra serie de recursos para poderlos excluir y por supuesto proteger el medio ambiente.

Entonces yo también estoy de acuerdo cuando se plantea, primero que se excluyan los humedales, y como lo dijo allá no cualquier humedal sino los de importancia internacional de acuerdo a la lista establecida en la Convención de Ramsar y que no quede solamente el páramo como páramo sino los ecosistemas de páramos ya que estos ecosistemas no los conforma únicamente y exclusivamente el páramo como tal sino todo, que por supuesto lo hace viable.

En ese orden de ideas señor Presidente, yo solicito que se someta a consideración la proposición de modificación el artículo 34 de la Ley 685; gracias.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Manuel Antonio Virgüez Piraquive:

Gracias Presidente, es para acompañar la proposición del Senador Jaramillo y la Senadora Nancy Patricia, en el sentido que sean excluidos los humedales y los ecosistemas de páramo, es muy importante, aquí no puede prevalecer el derecho a la minería sobre el derecho fundamental al agua.

Recordemos que Colombia, los colombianos no tienen cobertura de agua potable y el Ministerio de Ambiente, está haciendo un gran esfuerzo a través de los planes

departamentales para que finalmente todos los colombianos podamos consumir agua potable y so pretexto de una explotación Minera, no podemos acabar con los humedales y mucho menos con los ecosistemas de páramos, si el Gobierno no accede a esa proposición, a mí sí me da mucha pena, yo sí solicito votación nominal para esa proposición señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Juan Carlos Vélez Uribe:

Gracias señor Presidente, no, a mí me parece muy importante esa proposición y de verdad yo también la voy a apoyar me parece que incluir ahí los humedales designados así por la Convención de Ramsar, es bien importante.

Los humedales tiene un valor ecológico no de carácter local, sino internacional muchos de ellos, sirven para el paso de aves migratorias y así es como Ramsar lo ha venido considerando, pero yo quisiera hacer una pregunta al señor Ponente y es, qué pasa con las áreas de importancia arqueológica, porque hay unos parques arqueológicos que deben tener también una garantía de protección.

Entonces yo quisiera preguntarle al señor Ponente si los parques arqueológicos están también excluidos o las áreas de importancia arqueológica, por ejemplo el Parque San Agustín, la ciudad perdida de la Sierra Nevada de Santa Marta, y otras zonas que han sido declaradas así por el propio Ministerio de la Cultura, entonces señor Ponente yo le pediría el favor si me puede responder la pregunta.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Jorge Eliécer Guevara:

Gracias Presidente, sí, yo creo que este artículo que propone el Senador Mauricio Jaramillo, y que habíamos hecho alusión en el debate a este proyecto de ley, de excluir las zonas de páramos, las reservas forestales, es supremamente importante.

Me parece a mí que hay que ponerle una pequeña, diría yo, una importante talanquera a las multinacionales que no tienen ninguna consideración en conseguir cuanto sitio tenga un mínimo de riqueza para su explotación.

Es una condición necesaria, yo creo que es un artículo de los más necesarios aquí, para impedir que esas zonas que son

patrimonio de todos los colombianos y de las colombianas, tenga una posibilidad de preservarse y que se salven de la voracidad de las multinacionales que en lo fundamental es lo que hace este proyecto al entregársela.

Por eso nosotros acompañamos esta importante propuesta, la habíamos anunciado inicialmente y creo que si se recoge en esa misma manera igualmente con el planteamiento de ampliarlo a los parques arqueológicos como lo ha planteado el Senador Vélez, yo creo que nos quedaría todavía mejor redactado el artículo y tendría por supuesto una mayor consideración y creo que pudiera ser votado por unanimidad en esta Plenaria.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Presidente, le agradezco al Senador Jaramillo que me haya dado la razón por la cual no colocamos los humedales en el artículo propuesto, porque el mismo dice que: la Corte Constitucional, en un artículo por el principio de precaución, indica que el Ministerio de Medio Ambiente, puede excluir algunas áreas, determinadas si las considera de conveniencia para ser retiradas.

Los humedales en el país no están determinados y de aquí en adelante, empezar a discutir qué humedales están o no están determinados nos va a prescribir la posibilidad de adelantar una exploración y una explotación minera, yo le sugiero a la Plenaria del Senado de la República, que votemos eso tal como está allí, con la palabra páramo incluida que mejora la redacción del artículo 34 del Código de Minas.

De lo contrario sugeriría que abriéramos la discusión del artículo y lo votáramos tal como está en el Código, lo dejáramos tal como está en el Código de Minas, y no aceptáramos ningún artículo nuevo, yo creo que no es procedente además poner el ecosistemas de páramos nadie sabe dónde comienza o si podremos saber dónde comienza un ecosistemas de páramos, pero no sabemos dónde termina y de allí en adelante en las cercanías de un páramo quién delimita dónde termina un ecosistema de un páramo, si alguien puede decir, una autoridad indígena, una autoridad competente o el medio ambiente no puede determinar dónde termina el ecosistema del páramo.

Porque un ecosistema del páramo, puede ser algo muy complicado, por eso sugiero que dejemos la redacción tal como está allí y ya está votada, yo sugiero que no abramos la discusión y que permanezca la votación tal como estuvo votada ya por la Plenaria del Senado, mil gracias señor Presidente.

La Presidencia manifiesta:

No se ha votado, este artículo no se ha votado, es el artículo nuevo.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador José David Name Cardozo:

Señor Presidente, le solicito que someta a votación, si la Plenaria quiere incluir la palabra humedales, o no, si la Plenaria lo acepta pues queda la palabra humedales si no nos vamos a quedar toda la noche aquí esperando, pero Senador Julio, tenemos todavía dos debates más en la Cámara.

Julio es para conseguir una salida a esto porque nos vamos a quedar aquí, señor Ministro todavía hay dos debates más en la Cámara, uno en la Comisión y uno en Plenaria, aquí nos vamos a quedar toda la noche en este punto, entonces sométalo a la votación de la Plenaria señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Mauricio Jaramillo Martínez:

Gracias; primero, Senador Manzur no se ponga bravo, cálmese un poquito, porque es que usted ya quiere la ley del látigo y del fuerte, y que si no le aprobamos así que entonces no aprobamos nada, no, si nos ponemos en ese plan, entonces si ustedes no nos aprueban el artículo, nosotros nos salimos; no nos pongamos en ese plan, seamos conscientes aquí usted no puede imponer la voluntad del Senado.

Aquí estamos planteando, señor Presidente y quiero que en el artículo quede incluido el siguiente párrafo, para que sea sometido a consideración tal como está, le acepté Senador Manzur que se excluyera los ecosistemas de páramos, por las consideraciones que hiciera el Ministro y bueno en aras de la discusión vamos acceder en ese punto en cuanto que sea páramo.

Pero lo que sí yo creo que debe quedar claramente es qué es, dice: y los humedales designados o que se designe dentro de la lista de humedales de importancia internacional de la Convención de Ramsar.

Yo no sé cuál será la mina que encontraron en algún páramo, que la están defendiendo con tanto entusiasmo, pero la verdad es que no entiendo, porque esta es una legítima solicitud del Congreso de la República, en el sentido de que hombre, los humedales no pueden estar viéndose en riesgo y en peligro para que se adelante una explotación minera allí, esto no cabe en ninguna cabeza señor Ministro, esto es lo más lógico y por lo tanto simplemente le pido que si el Ministerio no lo acepta, entonces que someta a consideración el mismo artículo redactado y leído por el Senador Manzur, pero incluyéndole lo siguiente, los humedales designados o que se designe dentro de la lista de humedales de importancia internacional de la Convención de Ramsar; gracias señor Presidente.

Recobra el uso de la palabra la honorable Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda:

Ministro y Senador Manzur, mi proposición como la expliqué es mucho más amplia, de los humedales, porque hablo de los parques naturales del sistema de parques naturales y de las reservas forestales, yo creo que tenemos que buscar un punto medio, ahora le decía, la Convención Ramsar determina claramente qué se considera humedales Ramsar.

No son todos los humedales del país, se está limitando, a mí me parece que la limitación, solamente a las de Convención Ramsar, no sé si aquí haya alguien del Ministerio de Ambiente, pero no son muchas en el país, no son más de 5, los humedales que están en convención Ramsar y a eso se está delimitando.

Yo preferiría que se incluyeran parques naturales y reservas forestales, pero lo mínimo es el tema de los humedales.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Oscar Josué Reyes Cárdenas:

Gracias, mira, yo creo que aquí estamos confundidos, están creyendo que una concesión minera necesita la aprobación ambiental, aquí no vamos todavía a acelerarnos, el Medio Ambiente, el Ministerio del Medio Ambiente que es diferente que el Ministerio de Minas, tendrá que darle, por eso tenga la

seguridad absoluta que ni en humedales, ni en páramos, ni en parques arqueológicos, ni en ninguna zona donde el Ministerio del Medio Ambiente tenga protección, se irá a dar explotación, entonces no le metamos tanta finura al artículo de hoy; gracias señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador interpela el señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres:

Estoy totalmente de acuerdo con lo que dice el Senador Reyes, el Ministerio de Medio Ambiente tiene la potestad de dar o no la licencia Ambiental en las áreas que lo considere pertinente.

Pero además yo quiero poner un punto, y quiero poner un ejemplo de lo que está pasando en Ecuador, tienen unos descubrimientos de petróleo en una zona selvática y el mundo no quiere que destruyan selva para hacer esta explotación.

Entonces Ecuador está diciendo; a mí me pagan una plata y yo protejo la selva, pero no puedo dejar enterrado ese recurso, porque el mundo diga que quiere tener la selva, yo sí creo que mirando en eso, no se debe prohibir aquí de plano los humedales, sino con el Ministerio del Medio Ambiente, en el momento que haya un caso de esos, se hable se negocie y se discuta.

Sin embargo, déjeme y termino por favor, sin embargo, si ponemos la definición que sugiere el Senador Jaramillo y la Senadora Nancy Patricia, y nos limitamos únicamente a esos, yo estaría dispuesto a aceptar esa Convención, pero estamos dando, estamos cediendo una parte importante de los derechos que tendría Colombia para negociar una cosa de estas.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez:

Presidente yo creo que es el momento de hacer una reflexión respecto de lo que significa esta modificación al Código de Minas, precisamente señores Senadores, pasados varios años de la vigencia de esta legislación, y con los avances y la nueva tendencia mundial de la protección al Medio Ambiente, como un elemento fundamental para la preservación de la vida del ser humano, es que se armonizó desde el Gobierno a través del Ministerio, en coordinación y en armonía con la autoridad Ambiental, que es el Ministerio del Medio Ambiente, a efectos de que esta sea una Ley Minero-Ambiental sustentable.

No podemos ir al extremo de cercenárseles unas grandes posibilidades de que Colombia se convierta muy pronto en una gran potencia minera bajo el prurito de actuar de manera absolutamente extremista en lo ambiental, es decir: Ecologista.

Pienso además, que Colombia por el solo hecho de ser suscriptor de Ramsar está obligado por supuesto de proteger esos, 4 ó 5 recursos fundamentales para el equilibrio de los Ecosistemas en Colombia.

De tal manera que yo le pido a la Plenaria que avancemos, aquí hay uno de los ponentes que no ha entrado en razón sobre un tema fundamental de procedimiento, tenemos otras instancias para poder debatir más a fondo si se quiere, e incluso pedir la intervención de autoridades ambientales, mundiales que pertenezcan y sean desde luego determinantes en el Pacto de Ramsar y que desde luego también consultemos al Ministerio de Ambiente.

Pero yo le rogaría a esta Plenaria que avanzáramos, y que desde luego acatemos tal y conforme está presentado el artículo, que el ponente Manzur, y que desde luego con el aval del Ministro sea presentado haciéndole las dos adiciones que ha considerado el Senador Jaramillo; eso es todo señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Rodrigo Lara Restrepo:

Presidente, sí efectivamente existen las licencias ambientales, previos a cualquier tipo de explotación minera.

Pero yo creo que pensando en las grandes inversiones que llegarán al país, y que serán facilitadas por este Código, que es muy oportuno, y también mirando un poco los antecedentes de la explotación minera en Colombia, no sobra de ninguna forma, adoptar todo tipo de medidas que nos lleven a pensar en precauciones para proteger el medio ambiente.

Yo simplemente viendo la forma como se hace la explotación minera en el sur del departamento del Cesar, la forma como se explota el mineral del carbón y la irresponsabilidad impresionante de algunas mineras a la hora de proteger las cuencas hidrográficas, y la salud de los habitantes de todos estos municipios del sur del Cesar.

Yo creo que aquí en el Congreso no podemos ser inferiores a la responsabilidad de exigir las mayores precauciones en materia ambiental, ni las licencias, ni la capacidad del Ministerio de Medio Ambiente, han sido suficientes para poner en cintura a muchas de esas empresas que hacen la explotación carbonífera en el sur del departamento del Cesar.

Así que yo me permito con esta intervención, apoyar plenamente la proposición de la Senadora Nancy Patricia Gutiérrez y del Senador Jaramillo.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Álvaro Ashton Giraldo:

Gracias Presidente, la verdad señor Ponente y señor Ministro que aquí hay que conciliar, en la medida en que nos pongamos de acuerdo podemos avanzar en la discusión de este importante proyecto.

Yo sugiero que si en este aspecto hay mucha discusión, por qué, señor Ponente por favor, por qué en el ánimo de conciliar coloquemos un elemento básico que diga, en el caso de humedales se necesitará el concepto indispensable del Ministerio del Medio Ambiente.

Independientemente a que sea obligatorio, porque ustedes a pesar de que es obligatorio han insistido que necesariamente se contemple el tema de humedales, de todas maneras aquí hay que ponernos de acuerdo y yo estaría dispuesto a votar ese artículo tal como lo ha presentado el Senador Jaramillo, sí y solo si concertamos en la redacción.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Señor Presidente, ponga en consideración por favor el artículo nuevo, 32, con la proposición presentada por el Senador Ashton.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Mire, claro que, mire, lo que propongo es que, voy a nombrar una Comisión encabezada por la Senadora Nancy Patricia Gutiérrez, el Senador Mauricio Jaramillo, que entre otras nos sirven para que ya empiecen a hacer las pases, que se sienten con el señor Ministro.

Muy rápidamente, hagan una redacción y lo ponemos en consideración ya en común acuerdo, y está resuelto el tema, y entonces le solicito señor Ponente que pasemos al siguiente artículo, le vamos dando lectura de acuerdo a lo que acuerden ellos.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

El Ministro y el Gobierno aceptan reservas forestales, páramos y humedales Ramsar.

La Presidencia manifiesta:

Sí Senador Manzur, pero resulta que la redacción del Senador Jaramillo es diferente a la de la Senadora Nancy Patricia Gutiérrez.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Si lo acepta así Senador.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Entonces si la Senadora Nancy Patricia acepta esa redacción, entonces no hay ningún inconveniente, entonces mientras se ponen de acuerdo pasemos al siguiente artículo, Senador Manzur, cuál es el siguiente artículo.

*La Presidencia designa a los honorables Senadores: Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, Mauricio Jaramillo Martínez, Jorge Eliécer Guevara y el señor Ministro de Minas y Energía, para que conjuntamente redacten el artículo nuevo, presentado por los honorables Senadores Julio Alberto Manzur Abdala y Manuel Guillermo Mora Jaramillo; e indica a la Secretaría continuar con el siguiente artículo nuevo.*⁵⁴

Posteriormente, la cuestión se retomó, en los siguientes términos,
“Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Señor Presidente, leamos entonces cómo queda el artículo 34, la modificación del artículo 34 de la Ley 685, que ya fue discutido aquí, que ya está acordado por el Gobierno Nacional,

⁵⁴ GACETA DEL CONGRESO, N° 560 de 2008.

el Senador Jaramillo, la Senadora Nancy Patricia Gutiérrez, etc.

Las zonas de exclusión mencionadas, serán las que constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el Sistema de Parque Nacionales, Naturales, Parques Naturales de Carácter Regional, Zonas de Reserva Forestal, Páramos, y Humedales designados o que se designen de importancia internacional, por la Convención Ramsar.

Estas zonas para producir estos efectos deberán ser delimitados geográficamente por la autoridad ambiental, con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, con la colaboración de la autoridad minera en aquellas áreas de interés minero.

Firmada por el Coordinador Ponente, Julio Manzur. Señor Presidente, le solicito la ponga en consideración.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Mauricio Jaramillo Martínez:

No, me preocupa señor Presidente y Senador Manzur, es que esas áreas tengan que estar coordinadas con la parte minera, o sea, yo no sé la autoridad minera qué tiene que hablar allá.

O sea, a mí me parece supremamente peligroso que esas delimitaciones tengan que estar coordinadas con autoridad minera, eso es supremamente peligroso, porque el día de mañana la autoridad minera le dice que no, y que no, y que no, y que no, entonces nunca las van a delimitar, cómo le vamos a quitar la potestad a la autoridad ambiental para que determine y delimite esas áreas.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:

Pero dijeron no.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Mauricio Jaramillo Martínez:

O sea, hasta en eso se quiere meter la autoridad minera, no, yo esa parte no la comparto, y yo sí le pido al Senador Manzur que corrija eso.

Me parece que es la autoridad ambiental la que tiene que delimitar esas áreas, sin la influencia y sin la intervención y sin

ningún tipo de problemas que pueda tener con la autoridad minera, porque si no pongamos en ese caso, la autoridad minera no está de acuerdo, entonces nunca van a poder delimitar el área, eso tiene que ver la competencia de una sola autoridad, y en este caso, ninguna otra diferente a la autoridad ambiental.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela la honorable Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda:

A ver, frente a lo que dice el Senador Jaramillo, en la redacción de mi texto hay un párrafo que dice: La exclusión de la minería en las áreas aquí previstas, opera de pleno derecho y no requiere procedimientos posteriores para surtir su efecto.

Es la única forma realmente que se garantiza que no haya alguna otra decisión posterior a la identificación por parte de la autoridad ambiental.

La Presidencia manifiesta:

¿Está de acuerdo Senador Jaramillo, está de acuerdo con esa redacción?

La Presidencia cierra la discusión del artículo nuevo leído por el honorable Senador ponente, Julio Alberto Manzur Abdala con las modificaciones propuestas por la honorable Senadora Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, y pregunta: ¿Adopta la Plenaria el artículo con las modificaciones propuestas? Y esta responde afirmativamente; con la abstención de voto de los honorables Senadores: Edgar Espíndola Niño, Jorge Enrique Gómez Montealegre, Antonio Guerra de la Espriella, Ricardo Arias Mora y Yolanda Pinto Afanador.”⁵⁵

⁵⁵ GACETA DEL CONGRESO, N° 560 de 2008. Una vez aprobado el artículo se dio la siguiente discusión: “*La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador ponente, Julio Alberto Manzur Abdala.* Palabras del honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala. || *Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:* Presidente, Presidente mire, Presidente, juguémonos despacito, mire, yo tengo un documento en la mano, firmado por los Senadores, por el Ministro y por mí. || Yo quiero decir que es que si la firma de ellos no es una firma válida o que ya cambiaron de parecer, pero no podemos modificar un artículo incluyéndole un artículo leído a la velocidad del rayo, sin que el Gobierno Nacional, que es un Código de Minas. || Estamos hablando de un Código de Minas, no estamos hablando de circunstancias fáciles de digerir, de la manera así como se está proponiendo. Yo sugiero respetuosamente que se apruebe el texto que está firmado por los Senadores y por el Ministro del ramo. || *La Presidencia manifiesta:* Ya fue aprobado. || *Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Julio Alberto Manzur Abdala:* Yo lo quiero poner a consideración y si quiere lo votamos señor Presidente. || *La Presidencia manifiesta:* No, no, ya fue aprobado, sigamos con el siguiente artículo. || [...] || *Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Julio Alberto Manzur*

5.2.3. La Plenaria del Senado, por lo tanto, debatió, deliberó y, finalmente, decidió proteger los páramos y los humedales de forma más clara y decidida en los textos legales. Consciente del impacto que las normas y modificaciones propuestas para impulsar el progreso y desarrollo de la minería pueden tener en el respeto, protección y garantía de varios derechos constitucionales, en especial en el medio ambiente y en derechos íntimamente ligados a éste, como lo son el agua, la vida, la salud o el mínimo vital en condiciones de dignidad. El Senado consideró apropiado reforzar y precisar la protección constitucional y legal a las áreas de exclusión minera.

5.3. Una vez el Proyecto de ley para modificar el Código de Minas, fue remitido del Senado –cámara de origen– a la Cámara de Representantes –cámara de destino–, los Representantes ponentes para el primer debate en la Comisión Quinta manifestaron su aceptación a introducir modificaciones en la norma del Código de Minas dedicada a establecer y delimitar las zonas de exclusión minera, con el fin de que asegurar que la promoción de esta actividad de la economía, se haga con el debido respeto del orden constitucional vigente. No obstante, ejerciendo las facultades constitucionales y legales propias de las cámaras parlamentarias, se introdujeron varias modificaciones al proyecto del artículo acusado [artículo 3° de la Ley 1382, mediante el cual se modificó el artículo 34 del Código de Minas], que, atendiendo en parte los reclamos y cuestiones que fueron planteados en el debate de la Plenaria del Senado acerca de esta disposición, se orientaron a fijar criterios legales más precisos para excluir los páramos y humedales de ser objeto de explotación minera.

5.3.1. De acuerdo con la ponencia presentada para el debate en Comisión, el fin de la modificación propuesta al texto, era “*dar claridad*” al artículo, cambiando la técnica jurídica. Se proponía respetar el texto del artículo 34 del Código de Minas y se adicionaban unos incisos, con el fin de establecer en qué zonas no es factible hacer minería y dónde hay lugar a que haya exclusiones para hacer minería bajo métodos especiales. Se propuso también adicionar un párrafo donde se establece que “*la sustracción no opera para aquellas áreas que se encuentren en etapa exploratoria.*” Se buscaba establecer que “*en principio en el área de paramos, no se deben otorgar títulos mineros, sin embargo si hay títulos mineros otorgados en etapa de explotación se deberán respetar hasta tanto se terminen y si existen títulos en etapa de exploración la*

Abdala: Señor Presidente, hay otro artículo presentado de la modificación del 34, presentado por el Senador Jaramillo, pero ya estuvo concertado con nosotros, solicito que el Senador Jaramillo retire el artículo de manera oficial en la noche del día de hoy, el 34. || El artículo 34 que es exactamente del mismo que estabas hablando donde se incluyeron los páramos, las zonas de humedales, del Proyecto Ramsar, que usted anotó y que la doctora Nancy Patricia, incluyó y que debe quedar así, registrada en el acta, gracias. || *Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Mauricio Jaramillo Martínez:* Sí señor Presidente para retirarlo porque fue aprobado con la modificación que usted anotó y que la doctora Nancy Patricia incluyó y que debe quedar así, registrada en el acta.”

*Autoridad Ambiental determinará si otorga o no Licencia Ambiental para la etapa de explotación.*⁵⁶

Artículo 3°. Adiciónase el artículo 34 con los siguientes incisos:

‘También se entienden como zonas excluidas para la minería, los ecosistemas de páramo de conformidad con la información cartográfica identificada por el Instituto Alexander Von Humbolt, y los humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar.

Los Títulos Mineros otorgados en las áreas de ecosistemas de páramo de conformidad con la información cartográfica identificada por el Instituto Alexander Von Humbolt y los humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar, se respetarán hasta su vencimiento, siempre y cuando cuenten con licencia ambiental. Estos títulos no tendrán la opción de prórroga.

La autoridad ambiental tendrá un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, con el fin de que decida si otorga o no el licenciamiento ambiental para aquellos títulos mineros que se encuentran en etapa de exploración y se superpongan con ecosistemas de páramo de conformidad con la información cartográfica identificada por el Instituto Von Humbolt y los humedales designados o que se designen de importancia internacional por la Convención Ramsar. En caso de obtener la licencia ambiental dichas actividades mineras de explotación se adelantarán en forma restringida o por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de dichos ecosistemas, previo análisis de la información entregada por el titular minero.

Parágrafo. La sustracción de que trata el presente artículo no aplicará para aquellas áreas que se encuentren en etapa exploratoria.’

5.3.2. Se propuso también eliminar el artículo 4° aprobado por la Plenaria del Senado, por considerar que era contrario al propósito de la norma, pretender que la misma requería de trámites y procedimientos adicionales, si no se

⁵⁶ GACETA DEL CONGRESO, N° 896 de 2008. Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 334 de 2008, Cámara, y 010 de 2007, Senado.

aclaraba expresamente que los mismos no era necesarios.⁵⁷ Para los ponentes, “*el texto contradice el fin del artículo 34 del Código de Minas. En efecto en algunas zonas del territorio nacional se prohíbe otorgar títulos mineros y en otras se pueden otorgar pero exige el trámite de sustracción y solo se puede hacer minería bajo ciertos métodos, para lo cual son necesarios los estudios de que habla el artículo 34 del Código Minero.*”⁵⁸

5.4. La Ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, retomó la cuestión y propuso nuevos ajustes y modificaciones al artículo propuesto, con el propósito de lograr mejor ambos cometidos propuestos. Lograr la protección y salvaguarda efectiva de los páramos y los humedales, sin que ello implique el desconocimiento de derechos adquiridos, cuando, conservando el ambiente, puedan ser reconocidos y protegidos. El texto normativo propuesto fue el siguiente,

“Artículo 3°. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así:

‘Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las ya constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestales protectoras y demás reservas forestales, ecosistemas de páramos y los humedales designados dentro de la lista de humedales de importancia internacional de la Convención Ramsar, declarados o por declarar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

⁵⁷ La Plenaria del Senado aprobó como artículo 4° del Proyecto de ley en cuestión, el siguiente texto: ‘Adiciónase el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, con el siguiente párrafo: ‘Párrafo. La exclusión de la minería en las áreas aquí previstas opera de pleno derecho y no requiere de procedimientos posteriores para surtir su efecto.’” GACETA DEL CONGRESO, N° 503 de 2008.

⁵⁸ GACETA DEL CONGRESO, N° 896 de 2008.

No obstante, la Autoridad Minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decreta la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques nacionales naturales o de carácter regional, ecosistemas de páramos, humedales designados dentro de la lista de humedales de importancia internacional de la Convención Ramsar y las reservas forestales protectoras nacionales, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión, aprobados por la Autoridad Minera y avalados por la autoridad ambiental que sustrae el área. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos.

Parágrafo 1º. En caso de que a la entrada en vigencia de la presente ley se esté adelantando explotación minera en las áreas excluidas de la minería, con base en títulos legalmente otorgados y licencia ambiental de la autoridad ambiental o su equivalente, se respetará su explotación hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga. Lo anterior no aplicará para el Sistema de Parques Nacionales y Regionales Naturales.

Parágrafo 2º. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de tres años, presentará al Congreso la propuesta de redelimitación de las áreas de reservas forestales de Ley 2ª de 1989; la cual se adelantará asegurando la participación de la Autoridad Minera y de los demás interesados en dicho proceso.

Parágrafo 3º. Para las nuevas áreas señaladas en el presente artículo que se declaren, se asegurará la participación de la Autoridad Minera y de los demás interesados en dicho proceso?.”

L a ponencia para debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes no realizó comentarios específicos para justificar las modificaciones propuestas en el texto.⁵⁹

⁵⁹ GACETA DEL CONGRESO, N° 396 de 2009.

5.5. Finalmente, teniendo en cuenta que el texto del Proyecto de ley aprobado por cada una de las Cámaras fue distinto al de la otra, era preciso, de conformidad con el artículo 161 de la Constitución Política, conciliar los textos. En tal sentido, las Comisiones Quintas de Senado y Cámara presentaron el 17 de junio de 2009 el Informe de Conciliación al Proyecto de Ley 010, 042 de 207, Senado, 334 de 2008, Cámara. El texto conciliado fue el siguiente,

“Artículo 3º. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así:

Artículo 34. *Zonas excluibles de la minería.* No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales

establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.

Parágrafo 1º. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

Parágrafo 2º. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás interesados en dicho proceso.

Parágrafo 3º. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.⁶⁰

5.6. Finalmente el proyecto de ley en cuestión fue publicado en el Diario Oficial N° 47.618 de 2010, incluyendo el artículo 3º en los términos que fue conciliado.⁶¹

⁶⁰ GACETAS DEL CONGRESO, N° 521 y 522 de 2009 (publicación de los informes de conciliación)

⁶¹ El artículo fue publicado en los siguientes términos: *Artículo 3o.* El artículo [34](#) de la Ley 685 de 2001 quedará así: ‘Artículo 34. *Zonas excluibles de la minería.* No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. || Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales. || Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt. || No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2ª de 1959 y

Una vez efectuado el recuento anterior, pasa la Corte a señalar por qué en el presente caso, la norma en cuestión no desconoció el principio constitucional de consecutividad en el procedimiento legislativo.

6. La protección a los páramos y humedales, como zonas excluidas de la minería, una regla incluida en el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, por la Plenaria del Senado de la República, y ratificada y modificada por la Comisión y la Plenaria de la Cámara. Posteriormente conciliada y aprobada, no desconoce el principio de consecutividad.

6.1. El artículo 3° de la Ley 1382 de 2010 no violó los principios de consecutividad y de identidad flexible, por cuanto fue una modificación introducida, relativa a un asunto debatido y aprobado por la Plenaria del Senado, antes de remitir el Proyecto para los correspondientes debates en la Cámara de Representantes, sobre una cuestión que tiene una clara conexidad temática con los objetivos de proyecto de ley y que hace parte del contenido temático del Proyecto de Ley, es decir no se trataba de un asunto nuevo, ajeno al sentido y finalidad del mismo.

Como lo muestra el recuento de los hechos ocurridos durante el trámite legislativo del artículo acusado de inconstitucional dentro del presente proceso, se trata de una norma que fue introducida por el Senado de la República, no por la Cámara de Representantes, como lo parece sugerir la demandante. Como se dijo en los antecedentes, la acción de inconstitucionalidad presentada, alega que *“cuando al Proyecto de ley 010 de 2007 se le daba curso en el primer debate del Senado de la República, nada se dijo sobre la conveniencia de introducir una reforma al artículo 34 del Código de Minas”*. Adicionalmente, considera que *“[...] en el texto propuesto para el segundo debate en Senado, tampoco se propuso reformar el artículo 34 del Código de Minas. Empero, con ocasión del debate en la Plenaria del Senado, surgió una*

las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal. || Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída. || El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en que operará la sustracción temporal en la etapa de exploración. || *Parágrafo 1o.* En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga. || *Parágrafo 2o.* El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de Ley 2ª de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuáles no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás interesados en dicho proceso. || *Parágrafo 3o.* Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.”

pequeña mención a la modificación del artículo 34 del Código de Minas. [...]”.

6.2. Como se señaló, desde el inicio del trámite legislativo, el tema del Proyecto de ley en cuestión fue corregir la promoción del sector de la minería. En la medida que el proyecto buscaba lograr un avance y un desarrollo en la industria minera, pretendía a la vez que este mayor avance, este incremento en la inversión en el campo minero, se hiciera buscando un justo y adecuado retorno, con el respeto del marco legal y el orden constitucional vigentes. En la exposición de motivos del Proyecto de ley, el Gobierno recordó al Congreso que, de “[...] *conformidad con el artículo 80 de la Constitución Política le corresponde al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y tiene el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.*”

6.3. Así pues, es con el propósito de cumplir los objetivos específicos de la política legislativa, que se buscó desde la Plenaria del Senado de la República –en este caso la Cámara de origen, ajustar la protección al medio ambiente en las zonas excluidas de la minería. La decisión de la Plenaria del Senado, como se concluye a partir de los apartes transcritos, no fue improvisada o arbitraria. Respondió a una preocupación clara y declarada, que fue discutida y deliberada. De hecho, como se sigue del debate parlamentario, la inclusión por parte del Senado de la modificación en cuestión, surgió del trabajo conjunto de varios senadores, tanto para presentar la propuesta, como para pulir y definir la redacción específica del texto normativo. La Cámara de Representantes, en gran medida, se ocupó de precisar y desarrollar las medidas normativas adoptadas por la Plenaria del Senado.

6.4. Es claro que la norma acusada es un artículo introducido por la Plenaria del Senado, la primera Cámara que discutió el Proyecto de ley, que guarda relación temática con el mismo. Posteriormente, discutido en Comisión y Plenaria de la Cámara, conciliado en Comisión de conciliación y aprobado finalmente por ambas Plenarias. Se trata pues, de una disposición legal que no desconoce el principio de consecutividad ni el principio de identidad flexible.

6.5. La aplicación que se hace de los principios de consecutividad e identidad flexible en este caso, además de coincidir con las decisiones jurisprudenciales previamente citadas, está de acuerdo con los fallos referidos en la demanda. Por ejemplo, en la sentencia C-702 de 1999⁶² la Corporación decide que sí hay

⁶² MP. Fabio Morón Díaz. SPV. Álvaro Tafur Galvis, José Gregorio Hernández Galindo, Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. En esa ocasión la Sala Plena sostuvo lo siguiente: “Resulta, pues, evidente, que el caso presente difiere en sus supuestos de hecho de la hipótesis a que alude el artículo 178 de la Carta, pues el texto nuevo sobre las facultades extraordinarias es, sin lugar a dudas, una materia nueva, que mal podría haber aprobado en primer y en segundo debate la Cámara de Representantes, cuando, la solicitud del gobierno, se planteó durante el primer debate en la

violación del principio de consecutividad en el caso estudiado en aquella oportunidad, pero es un asunto muy distinto al que se analiza en el presente. En aquella ocasión, la Cámara de origen [en ese caso, la Cámara de Representantes] recibió un artículo nuevo sobre un tema nuevo, sólo después de que la Comisión de Conciliación llegara a un acuerdo sobre el texto definitivo a aprobar. En el presente caso, la Cámara de origen [el Senado], antes de remitir el proyecto a la Cámara de destino [Cámara de Representantes], fue la que introdujo en el debate en Plenaria la modificación al artículo 34 de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”, sobre un tema que se venía tratando desde la Comisión, luego de deliberar sobre la cuestión, y de acuerdo con el Gobierno.

6.6. Así pues, la Sala concluye que el principio de consecutividad no fue violado por el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010 y, en tal medida, se declarará exequible, por lo cargos analizados en la presente sentencia. No entra la Corte a pronunciarse sobre los aspectos de fondo de la norma acusada, a pesar de haber sido tratados por algunos de los intervinientes, en razón a no ser parte de los cargos admitidos con la demanda que dio inicio al presente proceso.

7. Conclusión

La Sala reitera que la facultad que la Constitución Política concede a las plenarias y las comisiones para introducir modificaciones, adiciones y supresiones a los proyectos de ley debatidos no es ilimitada; son aceptables aquellas variaciones al texto que se “*juzguen necesarias*” (artículo 160, inciso 2°, CP)⁶³ y se refieran a la “*misma materia*”, que “*se relacionen con ella*” (artículo 158, CP).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, por los cargos analizados en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado que fue en el tiempo, posterior a los ya mencionados.”

⁶³ Constitución Política, artículo 160, inciso segundo: ‘Durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias’.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

Sentencia C-501/01

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE NORMA DEROGATORIA-Efectos

Se debe recordar la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a que la declaratoria de inexecuibilidad de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexecuibilidad conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA-Reincorporación por inexecuibilidad de la derogatoria

LEY-Vicio material

Una ley incurre en vicios materiales cuando entre el contenido de las disposiciones en ella contempladas y la Carta surge una relación de contradicción, esto es, cuando los ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental.

LEY-Vicios de forma

Vicios de forma son aquellas irregularidades en que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley y que ha sido establecido por el constituyente.

PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD Y DE IDENTIDAD-Alcance

Un proyecto sólo podrá ser ley si ha sido discutido y aprobado en dos debates en cada Cámara, uno en la Comisión Permanente y otro en la Plenaria, y sólo podrá ser objeto de modificaciones, supresiones o adiciones en el segundo

debate de cada Cámara y siempre y cuando haya sido aprobado en primer debate.

PROYECTO DE LEY-Vicio de forma y material

PROYECTO DE LEY-Omisión de debates

PROYECTO DE LEY-Usurpación de competencia en debates/PROYECTO DE LEY-Usurpación de competencia es vicio material

PROYECTO DE LEY-Pretermisión de debates/PROYECTO DE LEY-Agotamiento de debates

LEY-No agotamiento de debates es vicio de forma/LEY-Caducidad por vicio de forma

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Importancia

Genéricamente al principio de unidad de materia se le ha reconocido la virtualidad de racionalizar el proceso legislativo. Sobre la base de que la instancia legislativa del poder público constituye un espacio por excelencia idóneo para la concreción de la democracia, el constituyente implementó ese principio para afianzar el perfil democrático tanto del proceso legislativo como de su producto. Buscó que la configuración del derecho positivo se cumpliera prioritariamente en la instancia del poder con mayor ascendencia democrática y para asegurar su producción racional y legítima lo sometió a principios como ese.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Manifestaciones de la importancia

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Efecto vinculante

La primera manifestación del principio de unidad de materia se presenta al interior del proceso legislativo pues en razón de él el constituyente confirió a los presidentes de las comisiones ante las que se ejerce la iniciativa legislativa, la atribución de rechazar las iniciativas que no se refieran a una sola materia. Esto es, se trata de un principio que tiene efecto vinculante desde la primera etapa del proceso de expedición de la ley y por eso se habilita al presidente

para ejercer actos de control sobre los contenidos de las iniciativas pues ellos deben estar identificados por el tratamiento únicamente de la materia que es objeto de regulación. Adviértase cómo el constituyente le reconoce tal naturaleza vinculante a ese principio, que su inobservancia conlleva la frustración de la iniciativa legislativa.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Materia predefinida

El principio de unidad de materia tiene la virtualidad de concretar el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta. Permite que la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. Esa conexión unitaria entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento. Con ello se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquellas que fueron debatidas y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo. De este modo, al propiciar un ejercicio transparente de la función legislativa, el principio de unidad de materia contribuye a afianzar la legitimidad de la instancia parlamentaria.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Implicaciones/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Intensidad

El principio de unidad de materia también tiene implicaciones en el ámbito del control constitucional. Cuando los tribunales constitucionales entran a determinar si una ley ha cumplido o no con el principio de unidad de materia deben ponderar también el principio democrático que alienta la actividad parlamentaria y en esa ponderación pueden optar por ejercer un control de diversa intensidad. Esto es, el alcance que se le reconozca al principio de unidad de materia tiene implicaciones en la intensidad del control constitucional pues la percepción que se tenga de él permite inferir de qué grado es el rigor de la Corte al momento del examen de las normas. Así, si se opta por un control rígido, violaría la Carta toda norma que no esté directamente relacionada con la materia que es objeto de regulación y, por el

contrario, si se opta por un control de menor rigurosidad, sólo violarían la Carta aquellas disposiciones que resulten ajenas a la materia regulada. La Corte estima que un control rígido desconocería la vocación democrática del Congreso y sería contrario a la cláusula general de competencia que le asiste en materia legislativa. Ante ello, debe optarse por un control que no opte por un rigor extremo pues lo que impone el principio de unidad de materia es que exista un núcleo rector de los distintos contenidos de una Ley y que entre ese núcleo temático y los otros diversos contenidos se presente una relación de conexidad determinada con un criterio objetivo y razonable.

LEY-Núcleo temático

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Vicio material

La violación del principio de unidad de materia es un vicio de carácter material, puesto que el juicio que debe hacer el juez constitucional consiste esencialmente en examinar el contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que éste guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte. Además, el referido vicio compromete la competencia del Congreso, puesto que, por disposición constitucional, a éste le está vedado expedir disposiciones o modificaciones que no estén ligadas a la materia del respectivo proyecto de ley. Así que, cuando se incurre en la señalada irregularidad, se debe concluir que el Legislador ha rebasado su competencia.

LEY DE DESCONGESTION JUDICIAL-Partes

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Modificación de norma para extensión de competencia judicial

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Referencia a tema específico

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Relación de conexidad y no directa

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN COMPETENCIA DESLEAL-Incidente de liquidación de perjuicios

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Ejercicio excepcional de funciones judiciales

Referencia: expediente D-3168

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 52 (parcial), 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999

Actor: Rodolfo Beltrán Cubillos

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Rodolfo Beltrán Cubillos contra los artículos 52 (parcial), 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe, subrayando lo demandado, el texto de las disposiciones objeto de proceso:

"LEY 510 DE 1999
(agosto 3)

por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 52. El artículo 148 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

Artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y el fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.

Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso.

Parágrafo 1. Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de los asuntos que por virtud de la cláusula general de competencia atribuida en la presente ley son susceptibles de ser conocidos por ella, el cliente deberá presentar, cuando la hubiere, una reclamación directa ante el Defensor del Cliente o figura análoga en la respectiva entidad vigilada. Con todo, cuando la entidad no haya designado un Defensor o no mantenga una figura análoga, el cliente o usuario podrá acudir directamente ante esa autoridad para que le sea resuelta la controversia.

No obstante, en aquellos eventos en que el cliente se encuentre inconforme con la decisión adoptada por el Defensor del Cliente o figura análoga, podrá someter a la competencia de la superintendencia Bancaria la definición de dicha controversia.

De igual forma, la Superintendencia Bancaria podrá resolver las controversias en los eventos en que la reclamación ante el Defensor del Cliente o figura análoga no haya sido resuelta en el tiempo asignado en el propio reglamento interno para proferir respuesta definitiva o cuando haya sido formalmente denegada la admisión de la petición.

En estos eventos, a la petición deberá adjuntarse copia de la decisión y señalar las razones de inconformidad con la misma, la prueba de que la controversia no ha sido resuelta dentro del término señalado en el reglamento interno o la copia del documento mediante el cual el Defensor del Cliente o figura análoga inadmite la petición.

Parágrafo 2. Para acudir ante la Superintendencia de Valores, los accionistas minoritarios a que se refiere el artículo 141 de la presente ley deberán probar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la reunión de la asamblea general de accionistas en la cual se tomaron las decisiones que no están dirigidas al desarrollo y protección del interés social, que previamente se informó de tales hechos a la junta directiva y al representante legal y que han transcurrido treinta (30) días desde que se informó a los administradores y éstos no han adelantado ninguna actuación conducente a verificar las irregularidades denunciadas ni a corregirlas o contrarrestarlas, cuando fuere el caso.

En los casos en que las decisiones o actuaciones sean de la junta directiva o de los representantes legales, el trámite previo a que se refiere el presente párrafo, deberá surtirse ante la asamblea general de accionistas y los dos (2) meses a que se refiere el inciso anterior se contarán desde la fecha de la reunión de la junta directiva o desde la fecha de la actuación del representante, según fuere el caso.

Para establecer el cumplimiento del trámite previsto en el presente párrafo, se analizarán las actuaciones que el órgano respectivo pueda realizar, de acuerdo con su competencia legal y estatutaria.

Parágrafo 3. En firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

(...)

Artículo 105. El numeral 4 del artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

4. Suplencias y procedimiento en caso de vacancia. En los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, sociedades de capitalización y sociedades de servicios financieros, al tiempo de hacer las elecciones de directores, por cada miembro de la junta directiva se elegirá un suplente de dicho miembro para el mismo período. Las suplencias serán personales y los suplentes ocuparán el lugar del principal en caso de ausencia temporal o definitiva de éste. La ausencia de un miembro de la junta directiva por un período mayor de tres (3) meses producirá la vacancia del cargo de Director y en su lugar, ocupará el puesto su suplente por el resto del período para el que fuere elegido.

Artículo 106. El literal b) del artículo 313 del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, quedará así:

"b) La Junta Directiva quedará integrada por tres (3) miembros, con sus respectivos suplentes, así:

-Un representante del Presidente de la República, y
-Dos (2) representantes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, designados por el Ministro, quienes deben tener experiencia en el sector financiero y reunir las condiciones de idoneidad profesional y personal establecidas para los administradores y representantes legales de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria".

(...)

Artículo 108. La publicidad de los actos administrativos de carácter general emitidos por las Superintendencias Bancaria y de Valores, para efectos de vigencia y oponibilidad respecto de las entidades sometidas a su inspección, control y vigilancia, se realizará a través de los Boletines que para el efecto expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo. El Banco de la República tendrá un régimen equivalente al mencionado en el presente artículo y la publicidad de sus actos se realizará a través del Boletín previsto en el artículo 51 de la Ley 31 de 1992.

(...)

Artículo 111. El artículo 884 del Código de Comercio, quedará así:

"Artículo 884. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todo los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

Parágrafo. El inciso primero del artículo 1080 del Código de Comercio quedará así:

El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador

reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

(...)

Artículo 119. Adiciónase el siguiente numeral al artículo 71 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

7. Formalizado el proceso de fusión o adquisición, se prohíbe el uso, registro o depósito de los nombres, enseñas, marcas y lemas comerciales distintivos de las entidades financieras y/o aseguradoras absorbidas, por parte de cualquier persona natural o jurídica, salvo que la absorbente o la nueva entidad quisiera utilizarlos para sí misma.

La absorbente tendrá igualmente derecho a ceder a terceros, los nombres, enseñas, marcas y lemas comerciales distintivos de la entidad o entidades absorbidas, como parte de estos procesos.

En todo caso, si la entidad absorbente o la nueva entidad renunciara al derecho que le asiste sobre estos bienes, dichos signos distintivos no podrán ser utilizados durante los tres (3) años siguientes a la fecha en que se formalice el proceso de fusión o adquisición.

Artículo 120. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 226 de 1995, los recursos que reciba la Nación por la enajenación de acciones de entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria se emplearán, en primer lugar, para cubrir los recursos que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -Fogafin- haya destinado para capitalizar la institución financiera cuya propiedad accionaria se enajena".

II. LA DEMANDA

Afirma el impugnante que las disposiciones acusadas fueron aprobadas por el Congreso de la República, desconociendo los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución Política y que además, el artículo 52 parcialmente demandado, al introducir modificaciones al párrafo 3 del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, vulnera el principio de unidad de materia consignado en el artículo 158 de la Carta Política.

Considera el demandante que las normas impugnadas violan el principio de consecutividad, el cual se encuentra desarrollado en los artículos 157, 160 y 161 del Texto Fundamental, toda vez que el proyecto de ley que dio origen a la Ley 510 de 1999 no fue objeto de discusión y aprobación en los términos que lo ordena el primer artículo citado.

Aduce el actor que dicha omisión no constituye un simple vicio de forma, como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, sino un vicio sustancial y por tanto no subsanable pues para que un proyecto se convierta en ley de la República requiere haber sido objeto de discusión y aprobación en cuatro debates -dos en las Comisiones Constitucionales Permanentes y dos en las plenarios-. De ese modo, advierte el demandante, si no se surtió alguno de los debates, el proyecto no puede convertirse en ley de la República y en caso de hacerlo se tratará de una ley inconstitucional pues se estaría pretermitiendo la esencia misma del bicameralismo que inspira la estructura de la rama legislativa colombiana y que exige que toda iniciativa de ley sea considerada y aprobada en ambas cámaras en cuatro debates (subrayas del actor).

Sostiene que los artículos 105, 106, 108 y 111 de la Ley 510 de 1999 constitucional fueron aprobados únicamente en la Comisión Tercera y en la Plenaria de la Cámara de Representantes, pero no surtieron su trámite constitucional ante el Senado de la República. Indica además que el párrafo tercero del artículo 52 y los artículos 119 y 120 fueron aprobados únicamente en la Plenaria de la Cámara de Representantes, omitiéndose el debate en la Comisión Tercera y en la Plenaria del Senado y en la Comisión Tercera de la Cámara.

Así razona el actor:

"4.2.2 En efecto, la Ley 510 de 1999 es el resultado del proyecto de ley "por la cual se dictan disposiciones en relación con el Sistema Financiero y Asegurador y el Mercado Público de Valores", radicado

en el Senado de la República bajo el número 149 de 1997, como consta en la Gaceta del Congreso Año IV-N° 487 del 21 de noviembre de 1997.

4.2.3 Como se puede leer en el proyecto de origen gubernamental, la iniciativa no aludía a los artículos impugnados, así:

-Artículo 52: al modificar el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, mediante el párrafo 3, aprobado exclusivamente en la Plenaria de la Cámara de Representantes, introdujo un procedimiento especial para liquidar ante el Superintendente de Industria y Comercio los perjuicios derivados de conductas constitutivas de competencia desleal.

-Artículo 105: sobre suplencias en las juntas directivas de entidades nacionalizadas.

-Artículo 108: sobre la publicidad de los actos administrativos generales de la Superintendencia Bancaria en un boletín subrepticio y no en el Diario Oficial, como lo ordena la ley con carácter general.

-Artículo 111: sobre intereses comerciales, modificando el artículo 884 del Código de Comercio.

-Artículo 119: sobre la propiedad industrial de las marcas y los signos distintivos de entidades financieras fusionadas o adquiridas.

-Artículo 120: sobre los dineros que reciba la Nación por la venta de instituciones financieras, que se destinan preferentemente al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, sin que pasen al presupuesto nacional para atender primordialmente la emergencia social que vive el país.

4.2.4 El proyecto de ley 149 de 1997-Senado, fue aprobado en primer debate en la H. Comisión Tercera del Senado de la República el 28 de abril de 1997. En dicha sesión no fue considerado ni aprobado ninguno de los actuales artículos 105, 106, 108, 110, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999, como tampoco el párrafo 3 del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, según la modificación del art. 52 de la Ley 510 de 1999, de conformidad con el texto definitivo del articulado aprobado por esta Comisión, según la Gaceta del Congreso Año VII, N° 65, del 12 de mayo de 1998.

4.2.5 El proyecto de ley 149 de 1997-Senado, fue aprobado en segundo debate en la Plenaria del Senado de la República el 7 de

octubre de 1998. En dicha sesión no fue considerado ni aprobado ninguno de los actuales artículos 105, 106, 108, 110, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999, como tampoco el párrafo 3 del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, según la modificación del art. 52 de la Ley 510 de 1999, al tenor del articulado aprobado por la Plenaria del Senado, según el texto definitivo que aparece publicado en la Gaceta del Congreso Año VII, N° 218, del 20 de octubre de 1998.

4.2.6 El proyecto de ley 149 de 1997-Senado, siguió su curso en la H. Cámara de Representantes bajo el número 105 de 1998-Cámara.

4.2.7 El proyecto de ley 149 de 1997-Senado-105 de 1998-Cámara, fue aprobado en primer debate en la Comisión Tercera de la H. Cámara de Representantes los días 19 y 26 de mayo de 1999. Como se aprecia en el articulado aprobado por la Comisión congresional, según el texto definitivo que aparece publicado en la Gaceta del Congreso Año VII, N° 149, del 8 de junio de 1999, en dichas sesiones fueron aprobados artículos nuevos que nunca fueron considerados ni aprobados por el Senado de la República" (subrayas fuera de texto).

De otro lado y en punto a establecer la vulneración al principio de unidad de materia, afirma el actor que en el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 (parcialmente demandado) salta a la vista el "mico" introducido en el párrafo 3 del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 ya que a última hora se incluyó en el texto de su contenido, sin cumplir con los trámites constitucionales, una disposición que entrega al Superintendente de Industria y Comercio un nuevo proceso jurisdiccional, como lo es la liquidación de perjuicios por conductas constitutivas de competencia desleal.

Sostiene el demandante que el título de la Ley 510 de 1999, referente a asuntos relativos a la actividad bancaria y de seguros, nada tiene que ver con el contenido del artículo 52 parcialmente enjuiciado (en lo referente a la competencia otorgada al Superintendente de Industria y Comercio).

III. INTERVENCIONES

La ciudadana Liliana María Ruíz presenta escrito de coadyuvancia a la demanda de inexecutable en contra del artículo 108 de la Ley 510 de 1999. Manifiesta que esta disposición vulnera los artículos 13, 154 y 209 de la Constitución Política.

Afirma que la violación al principio de igualdad se presenta toda vez que, mientras todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial (publicación del Estado de amplia difusión y de carácter general), la norma demandada consagra que los destinatarios de las normas del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria deben acceder a boletines de circulación realmente restringida, no obstante que en teoría a ellos pueden acceder todas las personas.

Considera que el artículo 108 de la Ley 510 de 1999 vulnera el 154 de la Constitución Política, ya que el tema que desarrolla la disposición acusada, relativo al Banco de la República, sólo puede ser de iniciativa del Gobierno y no de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, célula legislativa en la que tuvo su inicio.

En cuanto a la transgresión al principio de publicidad que debe orientar la función pública, consagrado en el artículo 209 del Texto Fundamental, expresa la coadyuvante que resulta vulnerado por el contenido de la norma acusada, ya que se trata de una disposición que consagra mecanismos de publicidad restringidos en su circulación para la Superintendencia Bancaria y el Banco de la República. Aduce que se trata de boletines clandestinos, secretos y subrepticios que no son de alcance general y al cual el ciudadano del común no tiene acceso.

También coadyuva la demanda de inexecutable en contra del artículo 111 de la Ley 510 de 1999 el ciudadano Carlos Arturo Rojas, por considerar que viola, entre otras disposiciones de la Carta Política, los artículos 371, 372 y 373.

Considera que la norma enjuiciada es de naturaleza mixta ya que de un lado es supletiva en la medida en que, en ausencia de acuerdo, establece una tasa de interés remuneratoria (el interés bancario corriente) y una tasa moratoria (una y media veces el interés bancario corriente) para los negocios mercantiles en que deban pagarse intereses y, de otro lado, es una norma de orden público en cuanto establece un límite a los intereses que pueden pactar los particulares equivalente a una y media veces el interés bancario corriente.

A juicio del coadyuvante, al establecer el artículo demandado un límite a los intereses mercantiles, el legislador se abrogó una competencia que es propia, exclusiva y excluyente de la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución, en concordancia con el artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

La anterior afirmación la hace con base en las disposiciones superiores según las cuales la autoridad monetaria y crediticia en nuestra legislación es la Junta Directiva del Banco de la República y es esta entidad el único órgano del Estado que puede proveer por vía general sobre la materia mediante la expedición de normas con efectos erga omnes.

Por su parte, el ciudadano Luis Fernando Rueda coadyuva la demanda en contra del artículo 52 (parcial) de la Ley 510 de 1999. Afirma que esta disposición vulnera el artículo 13 de la Carta Política toda vez que otorga un trato discriminatorio, sacrificando valores y principios fundamentales, y que no es útil ni necesaria para alcanzar ninguna finalidad constitucionalmente imperativa.

Considera que en el párrafo 3 demandado se advierte, de una parte, que el trato desigual no persigue ningún objetivo, a menos que se entienda que la diferencia de régimen se establece por la circunstancia de que el conocimiento de los actos de competencia le corresponde a prevención al Superintendente de Industria y Comercio, en cuyo caso esa no es la causa o un fin en sí mismo, sino un efecto del doble trámite legal frente a las acciones de competencia desleal. Al respecto manifiesta:

"Ocurre sin embargo que a través del párrafo en cuestión, se crea una asimetría en la valoración de las conductas y la determinación de los perjuicios que un comerciante pueda causar a través de actos de competencia desleal. Porque cuando se trata de una acción de competencia desleal ante la jurisdicción ordinaria, los perjuicios se establecen ante el juez mediante la plenitud de formas propias de la jurisdicción, al paso que si la actuación se sigue ante la superintendencia de Industria y Comercio, mediante un mero trámite incidental se pretendería arribar a la liquidación de los perjuicios por actos de competencia desleal, pero de única instancia en la medida en que sólo el "fallo definitivo" de la Superintendencia da lugar a su apelación ante las autoridades jurisdiccionales"

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad del inciso cuarto y los párrafos segundo y tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 y de los artículos 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la misma.

Manifiesta que el incumplimiento del trámite legislativo es en efecto un vicio de fondo y no de forma por cuanto afecta las disposiciones constitucionales tales como los artículos 157, 160 y 161 sobre competencia del Congreso y el fundamento democrático de las leyes.

El Jefe del Ministerio Público, con fundamento en las pruebas aportadas por el Congreso de la República relativas al proceso legislativo que dio origen a la Ley 510 de 1999, sostiene que estas normas no fueron debatidas ni aprobadas por el Senado de la República ni en primer ni en segundo debate y en el caso de los artículos 119 y 120, tampoco lo fueron por la Comisión Tercera Permanente de la Cámara de Representantes. Por tanto, es evidente -dice el Procurador- que la Comisión Accidental de Mediación no podía proponer soluciones a desacuerdos entre las cámaras legislativas por cuanto las normas acusadas no habían sido debatidas por ellas.

Por lo anterior, solicita a la Corte que luego de verificados los argumentos expuestos por el demandante, declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas y adicionalmente, por existir unidad de materia entre este precepto y las expresiones demandadas, solicita declarar la inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 por cuanto éste tampoco surtió el trámite previsto en la Constitución Política al no haber sido aprobado en primer y segundo debate por el Senado de la República ni en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

Finamente sostiene, en cuanto al párrafo 3 del artículo 52, que en razón de su inconstitucionalidad por vicios de trámite, no es necesario entrar a analizar el cargo sobre unidad de materia alegado por el demandante, así como tampoco considera necesario realizar el análisis del contenido de las normas acusadas, a

la luz de los cargos presentados por los coadyuvantes de la demanda, al haberse verificado su insubsanable inconstitucionalidad por vicios de trámite.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

El actor instaura demanda contra los artículos 52, 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999 por vulneración del procedimiento impuesto por la Carta para la aprobación de las leyes y, además, contra el párrafo tercero del artículo 52 -parcialmente- por violación del principio de unidad de materia.

Para efectos de la motivación de este pronunciamiento la Corte tendrá en cuenta si en razón de la existencia de varios fallos de constitucionalidad referidos a la Ley 510 de 1999 existe cosa juzgada constitucional en relación con las normas demandadas; establecerá si se encuentra vigente y si hay lugar a considerar la demanda interpuesta contra el párrafo tercero del artículo 52 de esa ley; determinará, de acuerdo con los principios de identidad y consecutividad, la naturaleza de los vicios en la formación de las leyes como fundamento de un cargo de inexequibilidad y establecerá si se inobservó el principio de unidad de materia al incluir el párrafo tercero del artículo 52.

A. Alcance de la cosa juzgada constitucional

La Ley 510 de 1999 ha sido objeto de varias sentencias de constitucionalidad y ante ello se impone determinar si sobre alguna de las normas aquí demandadas existe o no cosa juzgada.

Mediante sentencia C-384 de 2000¹ la Corte resolvió la demanda presentada, entre otras normas, contra el inciso tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, el que estableció que los actos que dicte la Superintendencia Bancaria en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por el artículo 51 no tenían recurso alguno. Esta Corporación encontró que, siempre que la Constitución no dispusiera otra cosa, era facultad del legislador determinar en qué casos los procesos judiciales se tramitaban en dos instancias y en cuáles no

¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

y que en el caso sometido a examen el legislador había hecho ejercicio de esa facultad sujetándose al principio de igualdad. Ante ello, declaró la constitucionalidad de esa norma bajo el entendido de que ella no impedía el ejercicio de la acción de tutela contra las providencias proferidas por las superintendencias con base en sus funciones jurisdiccionales, ni las acciones contencioso administrativas en caso que dichos entes actuaren excediendo sus competencias jurisdiccionales.

En segundo lugar, mediante Sentencia C-1370 de 2000², esta Corporación declaró la constitucionalidad de la totalidad de la Ley 510 de 1999 pero en relación con el cargo que formuló el actor en ese proceso y que consistía en una posible vulneración de la reserva de ley marco (artículo 150-19 C.P.). En ese pronunciamiento la Corte encontró que el órgano legislativo gozaba de plena habilitación constitucional para modificar Leyes y Decretos Leyes expedidos por el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias y que, en consecuencia, la Ley 510 podía modificar la Ley 35 de 1993 y el Decreto Ley 663 de 1993; que el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 35 de 1993 había previsto expresamente la modificación mediante ley de las normas expedidas a través de reglamentos autónomos; que la Ley 510 contenía normas de distinto tipo, unas expedidas en desarrollo del numeral 8º del artículo 150 de la Carta y otras en desarrollo de la competencia contempladas en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 y, finalmente, que al Congreso le está permitido tramitar de igual forma las Leyes ordinarias y las Leyes marco ya que la Carta estableció las mismas exigencias para su formación.

Finalmente, mediante Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000³, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la totalidad del artículo 52 de la Ley 510, demanda que cuestionaba la exequibilidad de las facultades jurisdiccionales de las superintendencias y la insuficiente delimitación de esas facultades que se evidenciaba en esa norma. La Corte resaltó la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales conferidas excepcionalmente a las autoridades administrativas y destacó la necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad de la administración. Con base en ello se declaró la exequibilidad de la norma demandada "pero únicamente por los cargos estudiados en esta Sentencia" y con excepción del párrafo primero que se declaró inexecutable.

² M.P. Fabio Morón Díaz

³ M.P. Alejandro Martínez Caballero

Como puede advertirse, entonces, sobre todo el texto de la Ley 510 de 1999 existe cosa juzgada relativa; sobre el inciso tercero y el párrafo primero del artículo 52 existe cosa juzgada absoluta y sobre la totalidad del artículo 52, excluidas esas disposiciones, existe también cosa juzgada relativa. Ante ello, es evidente que la Corte puede pronunciarse sobre la demanda instaurada pues no existe cosa juzgada absoluta sobre las normas demandadas ya que los cargos formulados por el demandante son diferentes a los estudiados por la Corte en las referidas sentencias.

B. Efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma derogatoria

Mediante la Ley 446 de 1998 se dictaron disposiciones sobre descongestión y eficiencia en la justicia, mecanismos alternativos de solución de conflictos, acceso a la justicia en materia comercial y financiera y asistencia legal popular. En la Parte IV de esa ley, al regular el acceso a la justicia en materia comercial y financiera, se contempló el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias y en los artículos 147 y 148 se estableció la competencia y el procedimiento a seguir ante ellas.

El artículo 52 de la Ley 510 de 1999 modificó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, quedando éste integrado por cuatro incisos y tres párrafos. Los párrafos primero y tercero de ese artículo fueron modificados por el artículo 47 de la Ley 640 de 2001. Sin embargo, esta Corporación, en pronunciamiento de esta misma fecha, decidió que el artículo 47 de la Ley 640 de 2001 era inexecutable por un vicio de fondo relacionado con el trámite surtido en el Congreso de la República⁴.

Ante esa situación, se debe recordar la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a que la declaratoria de inexecutable de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexecutable conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el

⁴ Sentencia C-500 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cobija situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional.

Como lo ha expuesto la Corte, esta postura cuenta con un amplio respaldo en la historia legislativa y jurisprudencial de nuestro país:

Varias décadas de historia legislativa y Constitucional le dan hilación a la tesis de que hay normas que reviven cuando se declara inexecutable la ley que trató de reemplazarlas.

A) La providencia precitada de la Corte Constitucional tiene como antecedente inmediato la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que al definir la acusación contra el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, reconoció que las normas derogadas por el acto Legislativo N° 1 de 1979 reviven al ser inexecutable éste. Dijo entonces la Corte:

"Al ser declarada inexecutable la modificación introducida en el parágrafo del artículo 208 de la Constitución por el acto Legislativo número 1 de 1979, y revivir el antiguo parágrafo de dicha disposición, adoptada como artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1968, recuperó también su vigencia el artículo 146 acusado y por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre la norma demandada."

B) Y como antecedente mediato, fue el Consejo de Estado el 7 de noviembre de 1958, el que por primera vez dijo que la declaratoria de inexecutable revive las normas que la ley inconstitucional había tratado de reemplazar. Se trataba de una consulta que el Ministro de Hacienda había formulado sobre este punto:

"Declarado inexecutable en sus artículos vigentes el Decreto 700 de 1954, el cual, por medio de su artículo 113 derogó los Decretos 2266 de 1952, con excepción de su artículo 1°, 3134 de 1952, artículo 1°, 2°, 3°, 6°, 7° y 8° del Decreto 2187 de 1953 y el artículo 7° del Decreto 2602 de 1951 desea el Ministerio de Hacienda saber si tales disposiciones derogadas por el Decreto 700 han vuelto a tener

vigencia por causa de la declaratoria de inexecutable del Decreto 700.

La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Guillermo González Charry, conceptuó:

"Aplicando los conceptos y conclusiones precedentes al caso consultado por el señor Ministro de Hacienda, el Consejo de Estado considera que la derogatoria que hizo el Decreto-Ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexecutable de tal decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexecutables, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958."

Estos antecedentes coincidían además con las tesis sostenidas por la doctrina coetánea en el derecho comparado. Así, Mauro Cappelletti, basándose en la Constitución Italiana, que contiene un ordenamiento similar al colombiano, opinó:

"Una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiere sido abrogada por una ley posterior, y, por el contrario, recuperan su vigencia las disposiciones legislativas anteriores a la ley de inconstitucionalidad" .

C- Como antecedente legislativo están los artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del decreto 294 de 1973 y el artículo 83 de la Ley 38 de 1989. Dice este último:

"Si la Corte Suprema de Justicia declarare inexecutable la ley que aprueba el presupuesto general de la nación en su conjunto, continuará rigiendo el presupuesto del año anterior, repetido de acuerdo con las normas del presente Estatuto.

"La misma norma se aplicará en caso de suspensión provisional de una o varias apropiaciones de la ley o del decreto."

En el mismo tenor están los otros dos artículos, antes citados.

Tales normas recogieron entonces los conceptos del Consejo de Estado y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Es entonces la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional la continuación de una doctrina nacional, elaborada desde 1958 por el Consejo de Estado, reiterada en 1961. Esta tradición fue recogida en normas legales, (artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del Decreto 294 de 1973 y 83 de la Ley 38 de 1989) y adoptada en 1982 por la Corte Suprema de Justicia. Es pues un pensamiento Jurídico coherente con la teoría constitucional colombiana⁵.

De acuerdo con ello, como la Corte declaró la inexecutable del artículo 47 de la Ley 640 de 2001, el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 se ha reincorporado al ordenamiento jurídico y en esas condiciones esta Corporación puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre esa norma.

C. Caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad por vicios en la formación de la ley

El cargo presentado de manera conjunta contra los artículos 52, 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999 se basa en el hecho de no haber sido discutidos y aprobados en los cuatro debates de que trata el artículo 157 de la Constitución Política. En ese sentido, señala el actor que los artículos 52, 119 y 120 sólo fueron discutidos y aprobados en segundo debate en la Cámara de Representantes, omitiéndose el primer debate en ella y los dos debates en el Senado de la República. Indica, además, que los artículos 106, 108 y 111 fueron debatidos y aprobados únicamente en primer y segundo debates en la Cámara, omitiéndose los dos debates que debían surtir en el Senado. El actor plantea que esos vicios no son de procedimiento sino vicios materiales, que ante ello no opera el término de caducidad contemplado en el artículo 242.3 de la Carta y que por eso la Corte debe emitir un pronunciamiento de fondo.

⁵ Sentencia C-045 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

La Corporación, ante la naturaleza del planteamiento expuesto por el actor, debe determinar en primer lugar si los vicios planteados en la demanda recaen sobre la materia o sobre la formación de la ley pues sólo sobre esa base se puede establecer si se ha cumplido el término de caducidad y si hay lugar o no a considerar el cargo planteado contra esas disposiciones.

1. Vicios materiales y de forma

Una ley incurre en vicios materiales cuando entre el contenido de las disposiciones en ella contempladas y la Carta surge una relación de contradicción, esto es, cuando los ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental. En este caso se trata del desconocimiento de los contenidos materiales de la Constitución por parte del derecho positivo constituido por la instancia parlamentaria en ejercicio de sus funciones constitucionales o del Gobierno Nacional cuando procede como legislador extraordinario. En ese sentido, por ejemplo, constituyen vicios materiales la violación del principio de unidad de materia, el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria u orgánica o los problemas de competencia en cuanto ésta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales⁶.

Vicios de forma, en cambio, son aquellas irregularidades en que se incurre en el trámite que antecede a la promulgación de la ley y que ha sido establecido por el constituyente. Ello es así por cuanto la forma es el modo de proceder de una cosa, la manera como se hace. La forma es un concepto que en el ámbito jurídico remite a los requisitos externos de expresión de los actos jurídicos, a las cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia. Por ello, los vicios en la formación de la ley se circunscriben a la manera como fueron debatidas, aprobadas y promulgadas las disposiciones legales. No se analiza, en este caso, la regla de derecho contenida en la disposición acusada, pues el examen que debe efectuar este Tribunal consiste sólo en verificar si se cumplieron en debida forma todas las etapas del proceso legislativo. En ese sentido, esta Corporación ha identificado como vicios en la formación de la ley el no habersele dado primer debate a una disposición⁷, la iniciación del trámite legislativo en una Comisión Permanente de una Cámara distinta a aquella a la que le

⁶ Sentencia C-1161 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sentencia C-183 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo

correspondía⁸ y la no conformación de la Comisión de Conciliación en casos de divergencia en los debates surtidos en las Cámaras⁹, entre otros.

Tales vicios implican el desconocimiento de los denominados principios de consecutividad y de identidad de acuerdo con los cuales un proyecto sólo podrá ser ley si ha sido discutido y aprobado en dos debates en cada Cámara, uno en la Comisión Permanente y otro en la Plenaria, y sólo podrá ser objeto de modificaciones, supresiones o adiciones en el segundo debate de cada Cámara y siempre y cuando haya sido aprobado en primer debate.

2. El cargo planteado por el actor

El actor, cuando sustenta el cargo formulado contra los artículos ya citados de la Ley 510 de 1999, afirma que la pretermisión de dos o tres debates en que se incurrió en relación con esas disposiciones constituye un vicio tanto de forma como material y que ante ello no opera el término de caducidad previsto en el artículo 242.3 del Texto Fundamental. Ya que el actor, para respaldar su tesis, cita la Sentencia C-702 de 1999, la Corte debe detenerse en ella para establecer si existe identidad entre el supuesto fáctico que se consideró en ese proceso y el que concurre en el presente caso.

En la Sentencia C-702 de 1999, al considerar la demanda instaurada contra el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, por medio del cual se conferían facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para suprimir, fusionar, reestructurar o transformar entidades, dependencias y organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público y para modificar la estructura de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación; la Corte indicó que la omisión de los debates constitucionales en relación con una disposición y su indebida inclusión en el texto de la ley tras su discusión y aprobación por las Comisiones de Conciliación y las Plenarias de cada Cámara, implicaba el desconocimiento de los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución Política y constituía un vicio tanto material como de forma.

Se dijo en esa oportunidad, en relación con la exigencia que obliga al Gobierno Nacional a solicitar las facultades en forma expresa, que *"no se trata de una*

⁸ Sentencia C-433 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo

⁹ Sentencia C-557 de 2000. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

exigencia puramente formal" en tanto ella comprende otros ámbitos en cuanto impone establecer si

...la aprobación del texto relativo a las facultades extraordinarias solicitadas en forma expresa por el Gobierno, se surtió en forma constitucionalmente válida, por haberse aprobado con los debates de rigor, conforme al artículo 157 de la Carta, por haberse dado estricto cumplimiento, durante su tramitación, a todos los requisitos que la Constitución Política y el Reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992) exigen para que un proyecto pueda convertirse en Ley de la República¹⁰.

La Corte advirtió que el proyecto original no incluía la solicitud de facultades extraordinarias al Congreso, que el artículo 120 demandado no había sido aprobado en la Cámara de Representantes ni en primer ni en segundo debate y que las que aprobaron el texto del proyecto que incluía las facultades extraordinarias fueron las Comisiones de Conciliación.

Ante ello concluyó que la inclusión de una norma que concedía facultades extraordinarias al ejecutivo en relación con la reforma del Estado, la administración pública nacional, la Contraloría General, la Procuraduría General y la Fiscalía General constituía

...una materia distinta de la que la Cámara de Representantes había aprobado en los debates reseñados ...una materia nueva, que mal podría haber aprobado en primer y en segundo debate la Cámara de Representantes, cuando, la solicitud del gobierno se planteó durante el primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado que fue en el tiempo, posterior a los ya mencionados.

En esa ocasión la Corte enfatizó sus razonamientos de la siguiente manera:

¹⁰ Sentencia C-702 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.

No cabe, pues, duda que el trámite del proyecto de ley con las facultades extraordinarias incluidas irregularmente, no sufrió ni el primer ni el segundo debate en la Cámara de Representantes, es decir en la Comisión Constitucional Permanente y en la Plenaria de esta Corporación y que con tal omisión, se desconocieron evidentemente también los requisitos constitucionales previstos en los numerales 2º. y 3º. del artículo 157 de la Carta para que un proyecto se convierta en Ley de la República, relativos a los principios de identidad relativa y consecutividad.

En efecto, no puede ser de recibo, ni lógica ni racionalmente, que lo dispuesto por una Comisión Accidental, cuyas funciones de conciliación tienen, por fuerza, que ser limitadas a su objeto, según lo dispone la Constitución Política y la Ley 5ª. de 1992 (Reglamento del Congreso), llegue hasta el punto de sustituir y reemplazar unos requisitos constitucionales formal y sustancialmente tan esenciales como los debates que se cumplen en la Comisión Constitucional Permanente, primero, y luego en la propia Plenaria de cada Cámara.

Sobre este particular no pueden ser más claras y precisas las voces del artículo 157 de la C.P. Lo cierto es que el proyecto no será ley sin "2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara".

De modo que unas Comisiones Accidentales integradas cuando surgen discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, para que reunidas conjuntamente, preparen el texto que será sometido a la decisión final en sesión plenaria de cada Cámara, no pueden llenar con su actuación el vacío producido por la falta de aprobación previa de la materia durante el primer debate en la Comisión Constitucional Permanente, y durante el segundo debate que se cumple en la Plenaria de cada Cámara.

Repárese que se trata de una Comisión integrada por un número limitado de Senadores y Representantes cuyas decisiones, en este caso, no pueden sustituir la voluntad de una Comisión Constitucional Permanente, y que aún en el segundo debate que se propone en la Plenaria el texto conciliado por las Comisiones, no tuvo en el caso presente el carácter contradictorio y deliberativo íncito en la naturaleza de todo debate, lo que finalmente lleva al conocido

“pupitrazo”, uno de los vicios más denostados del procedimiento parlamentario.

La consideración de estos elementos esenciales de lo que son los debates y la aprobación que en ellos debe impartir las Cámaras al texto del articulado que integra los proyectos de ley, exigidos como requisitos constitucionales en el artículo 157, en concordancia con los artículos 160 y 161 de la Carta Política y en el Reglamento del Congreso (Ley 5ª. de 1992) lleva a la Corte a declarar la inexecutable de este trámite sobre todo, por el desconocimiento absoluto del alcance y validez de los debates y de la aprobación del texto, los cuales debieron también cumplirse en la Cámara de Representantes.

...Así pues, se incurrió en un vicio que no sólo tiene que ver con la forma sino con el contenido material o de fondo de la función legislativa que le corresponde al Congreso de la República, como órgano soberano de la representación popular. Tal falencia hace que el artículo 120 de la Ley 489 de 1998 que se revisa sea inexecutable, por ser contrario a la letra y al espíritu de la Constitución Política.

Como puede advertirse, la hipótesis que la Corte valoró en ese caso es sustancialmente diferente a la que se considera en este proceso. Allí lo que se presentó fue la usurpación de la competencia de las cámaras legislativas en la producción y aprobación de las normas demandadas pues una Comisión Accidental o de Conciliación sustituyó la voluntad soberana del Congreso e introdujo un texto nuevo, no conocido ni aprobado durante el trámite de la ley.

De ese modo, la inclusión de una disposición que se sustrajo a todo el proceso legislativo y que sólo fue incorporada por una Comisión Accidental no constituye sólo un vicio en la formación de la ley pues se trata de una irregularidad que socaba el principio democrático en cuanto despoja a las Comisiones y a las Plenarias de Senado y Cámara del papel protagónico que les asiste en la configuración de la ley. Ante ello, es claro que un tal vicio, como lo expuso la Corte, es de naturaleza material y por lo mismo no queda cobijado por término alguno de caducidad.

En cambio, en el supuesto que aquí se considera, ni los artículos ni las materias por ellos reguladas constituyen novedades que se incorporaron tras el agotamiento de los debates a que se condiciona la aprobación de una ley. Ellos fueron incorporados bien en la Comisión Tercera o bien en la Plenaria de la Cámara y ante ello no puede afirmarse, sin incurrir en error, que también aquí se sustituyó la voluntad del Congreso de la República pues lo que se presentó fue la pretermisión de dos o tres de los momentos del debate democrático a que se supedita la aprobación de una ley. Luego, a diferencia del evento citado por el actor y sobre el cual se pronunció esta Corporación, en este caso no se está ante la sustitución de la voluntad soberana del Congreso sino ante el ejercicio legítimo de su competencia legislativa. Lo que ocurre es que, según el actor, para ello no se agotaron todos los debates que ordenan la Carta y el reglamento de esa entidad.

Entonces, como según el demandante el vicio consiste en que en relación con los artículos demandados se pretermitió su examen en la comisión y en la plenaria del Senado y en otros casos incluso se pretermitió el debate en la comisión permanente de la Cámara, es claro que él no gira en torno a la introducción de temas nuevos que fueron sustraídos del conocimiento del Congreso sino en torno a artículos sobre temas que si bien fueron debatidos no lo fueron en todos los debates en que debieron ser considerados.

En suma, como quiera que los cargos de inconstitucionalidad se basan en el hecho de que los artículos 52, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999 sólo fueron sometidos a un debate y los artículos 105, 106, 108 y 111 sólo fueron sometidos a dos debates, se impone concluir que el cargo planteado es por vicios en la formación de la ley y como de acuerdo con el artículo 242.3 del Texto Fundamental *"las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto"*, término que en el caso presente se encontraba vencido para la fecha de la presentación de la demanda, la caducidad ha operado y la Corte debe inhibirse para decidir de fondo. Así se resolverá, con la necesaria precisión de que tal inhibición será exclusivamente en razón de los vicios en la formación de la ley.

D. Principio de unidad de materia

Considera ahora la Corte el cargo de inexecutable formulado contra el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 por violación del principio de unidad de materia. El actor estima que ese artículo, al incluir un precepto normativo relativo al trámite incidental que puede seguirse ante la Superintendencia de Industria y Comercio para liquidar los perjuicios correspondientes en los asuntos por conductas constitutivas de competencia desleal, desconoció el principio de unidad de materia puesto que el tema que se reguló en dicho aparte normativo no guarda ninguna relación con el resto del articulado.

El principio de unidad de materia de las leyes se encuentra consagrado en los artículos 158 y 169 de la Carta, en los cuales se prevé, respectivamente, que *"todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella"* y que *"el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido"*.

Genéricamente al principio de unidad de materia se le ha reconocido la virtualidad de racionalizar el proceso legislativo. Sobre la base de que la instancia legislativa del poder público constituye un espacio por excelencia idóneo para la concreción de la democracia, el constituyente implementó ese principio para afianzar el perfil democrático tanto del proceso legislativo como de su producto. Buscó que la configuración del derecho positivo se cumpliera prioritariamente en la instancia del poder con mayor ascendencia democrática y para asegurar su producción racional y legítima lo sometió a principios como ese.

Esa racionalización del proceso legislativo que se le atribuye al principio de unidad de materia se manifiesta de diversas maneras.

En primer lugar, el principio de unidad de materia tiene implicaciones en el desenvolvimiento del proceso legislativo. Ello es así en cuanto el artículo 158 de la Carta, tras indicar que *"Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia"* ordena que *"serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella"* y a continuación habilita al Presidente de la respectiva comisión para rechazar las iniciativas que no se avengan a ese precepto, rechazo que es susceptible de apelación ante la respectiva comisión.

Como puede advertirse, la primera manifestación del principio de unidad de materia se presenta al interior del proceso legislativo pues en razón de él el constituyente confirió a los presidentes de las comisiones ante las que se ejerce

la iniciativa legislativa, la atribución de rechazar las iniciativas que no se refieran a una sola materia. Esto es, se trata de un principio que tiene efecto vinculante desde la primera etapa del proceso de expedición de la ley y por eso se habilita al presidente para ejercer actos de control sobre los contenidos de las iniciativas pues ellos deben estar identificados por el tratamiento únicamente de la materia que es objeto de regulación. Adviértase cómo el constituyente le reconoce tal naturaleza vinculante a ese principio, que su inobservancia conlleva la frustración de la iniciativa legislativa.

En segundo lugar, el principio de unidad de materia tiene la virtualidad de concretar el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta. Permite que la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. Esa conexión unitaria entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento. Con ello se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquellas que fueron debatidas y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo. De este modo, al propiciar un ejercicio transparente de la función legislativa, el principio de unidad de materia contribuye a afianzar la legitimidad de la instancia parlamentaria.

Finalmente, el principio de unidad de materia también tiene implicaciones en el ámbito del control constitucional. Cuando los tribunales constitucionales entran a determinar si una ley ha cumplido o no con el principio de unidad de materia deben ponderar también el principio democrático que alienta la actividad parlamentaria y en esa ponderación pueden optar por ejercer un control de diversa intensidad. Esto es, el alcance que se le reconozca al principio de unidad de materia tiene implicaciones en la intensidad del control constitucional pues la percepción que se tenga de él permite inferir de qué grado es el rigor de la Corte al momento del examen de las normas. Así, si se opta por un control rígido, violaría la Carta toda norma que no esté directamente relacionada con la materia que es objeto de regulación y, por el contrario, si se opta por un control de menor rigurosidad, sólo violarían la Carta aquellas disposiciones que resulten ajenas a la materia regulada. La Corte estima que un control rígido desconocería la vocación democrática del Congreso y sería contrario a la cláusula general de competencia que le asiste en materia

legislativa. Ante ello, debe optarse por un control que no opte por un rigor extremo pues lo que impone el principio de unidad de materia es que exista un núcleo rector de los distintos contenidos de una Ley y que entre ese núcleo temático y los otros diversos contenidos se presente una relación de conexidad determinada con un criterio objetivo y razonable.

De acuerdo con ello, resulta fundamental determinar el núcleo temático de una ley pues es ese núcleo el que permite inferir si una disposición cualquiera vulnera o no el principio de unidad de materia. En ese sentido resultan valiosos elementos como el contenido de la exposición de motivos en cuanto allí se exponen las razones por las cuales se promueve el ejercicio de la función legislativa y se determinan los espacios de las relaciones sociales que se pretenden interferir; el desarrollo y contenido de los debates surtidos en las comisiones y en las plenarias de las cámaras; las variaciones existentes entre los textos originales y los textos definitivos; la producción de efectos jurídicos de las distintas esferas de una misma materia; su inclusión o exclusión de la cobertura indicada en el título de la ley; etc. La valoración conjunta de todos esos elementos permite inferir si una norma constituye el desarrollo de la materia de la ley de que hace parte.

De otro lado, también es pertinente aclarar que la violación del principio de unidad de materia es un vicio de carácter material, puesto que el juicio que debe hacer el juez constitucional consiste esencialmente en examinar el contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que éste guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte.

Además, es necesario tener en cuenta que el referido vicio compromete la competencia del Congreso, puesto que, por disposición constitucional, a éste le está vedado expedir disposiciones o modificaciones que no estén ligadas a la materia del respectivo proyecto de ley (artículo 158 C.P.). Así que, cuando se incurre en la señalada irregularidad, se debe concluir que el Legislador ha rebasado su competencia.

Al respecto, la Corte ha explicado las razones por las cuales la vulneración del principio de unidad de materia es un vicio de fondo. En sentencia C-531 de 1995 esta Corporación expresó:

Podría pensarse que se trata de un vicio formal pues parece referirse al puro procedimiento legislativo, esto es al trámite de aprobación y perfeccionamiento de las leyes, pues la violación de la Constitución

no ocurriría porque el contenido particular de un determinado artículo hubiese desconocido mandatos materiales de la Carta, o hubiese sido expedido por una autoridad a quien no correspondía hacerlo, sino únicamente porque habría sido incluido en un proyecto de ley con una temática totalmente diversa a la suya. Por consiguiente, ese contenido normativo podría ser exequible si hubiera estado en otro proyecto de ley aprobado por el Congreso, lo cual parecería confirmar que el vicio es formal.

Sin embargo, un análisis más detenido muestra que no se trata de un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. Así, una ley puede haber surtido un trámite intachable, por haber sido aprobadas todas sus disposiciones conforme al procedimiento establecido por la Constitución y el Reglamento del Congreso. La ley es pues formalmente inatacable; sin embargo, algunos de sus artículos pueden ser declarados inexecutable por violar la regla de unidad de materia, si su contenido normativo no tiene una conexidad razonable con la temática general de la ley. Y sin embargo, se repite, la ley es formalmente inatacable, pues se surtió de manera regular todo el proceso de aprobación, sanción y promulgación. Esto significa entonces que el vicio de inconstitucionalidad de esos artículos, por desconocer la regla de unidad de materia, no puede ser formal pues la forma no ha sido cuestionada. El vicio deriva entonces de que el Congreso no tenía competencia para verter esos contenidos normativos en esa forma particular, esto es, en esa ley específica, y por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley fue ajustado a la Constitución.

...6. El tipo de examen que realiza la Corte para determinar si hay o no violación de la unidad de materia comprueba que no estamos en presencia de un vicio formal. En efecto, la Corte no analiza el procedimiento formal de aprobación de la norma para determinar si existe ese vicio sino que estudia el contenido normativo del artículo impugnado, y lo compara con el tema general de la ley aprobada. Esta Corporación no tiene entonces que solicitar pruebas y examinar el expediente de la ley sino que efectúa un examen material de la norma acusada y del cuerpo legal del que hace parte. En tales condiciones, si encuentra que no existe una conexidad razonable entre ellas, procede a declarar la inexecutable. Es pues un típico

juicio material y no un estudio del procedimiento formal de aprobación de la norma legal¹¹.

De acuerdo con los criterios expuestos, es pertinente examinar entonces si el párrafo 3 del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 vulnera el principio de unidad de materia y para ello se impone determinar cuál es la materia tanto de esa ley como de la Ley 446 de 1998.

Ya que el título de la ley, por decisión del constituyente está ligado al principio de unidad de materia, debe tenerse en cuenta que por medio de la Ley 446 de 1998 "*...se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*".

Esta ley, que se conoce comúnmente como ley de descongestión de despachos judiciales ya que se orientó precisamente en esa dirección, está compuesta por seis partes. En la primera de ellas se establecen las normas generales sobre la descongestión en la justicia y se desarrollan temas como el apoyo de los estudiantes a los despachos judiciales, los auxiliares y colaboradores de la justicia, la acumulación de pretensiones y de procesos, la solicitud, aportación y práctica de pruebas y se establece una disposición especial sobre procesos posesorios especiales y acciones populares. En la segunda parte se regula la eficiencia en la justicia y en ella se consagran normas generales y normas sobre la eficiencia en materia de familia y en materia administrativa. En la tercera parte se regulan, como mecanismos alternativos en la solución de conflictos, la composición, el arbitraje y la amigable composición. En la cuarta parte se regula el acceso a la justicia en materia comercial y financiera y se establece el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias de Sociedades, de Valores, de Industria y Comercio y Bancaria y se indica la competencia y el procedimiento que se han de seguir ante ellas. En la quinta parte se regula la asistencia legal popular, previendo el servicio legal popular y la defensoría de oficio. Finalmente, en la sexta parte se regula la vigencia de la ley, las derogatorias que se disponen y se incluyen otras disposiciones.

Como puede advertirse, entonces, la materia de la Ley 446 de 1998 está determinada por la descongestión de despachos judiciales y entre los ámbitos

¹¹ Sentencia C-531 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

que han sido objeto de regulación se encuentra el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias. En este punto, la ley establece unas reglas generales y luego determina, en títulos separados, los asuntos que somete a conocimiento de cada una de las superintendencias para posteriormente regular, en un título común a todas ellas, la competencia y el procedimiento. Pues bien, ese procedimiento, consagrado con carácter general para todas las superintendencias a las que la ley les asignó funciones jurisdiccionales, fue regulado por el artículo 148.

Este artículo, además de establecer el procedimiento a seguirse en los asuntos sometidos al conocimiento de las superintendencias, reguló el término en el cual aquellas debían emitir sus decisiones y determinó el carácter inimpugnable de ellas ante los jueces. En cuanto a lo primero indicó que el procedimiento era el previsto en la parte primera, libro I, título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. En cuanto a lo segundo, estableció que la decisión debía emitirse en los treinta días hábiles siguientes a la solicitud. Finalmente dispuso que los actos de las superintendencias no tendrían recurso alguno ante las autoridades judiciales.

El párrafo de ese artículo estableció la necesidad de realizar una reclamación directa ante el defensor del cliente de la entidad vigilada como paso previo al sometimiento de un asunto al conocimiento de la Superintendencia Bancaria, estableció la necesidad de aportar a la solicitud la decisión adoptada por tal defensor y le impuso a aquella el deber de resolver directamente la petición en aquellos casos en que el defensor del cliente no haya emitido su decisión de manera oportuna.

Ahora bien, en cuanto a la Ley 510 de 1999, hay que recordar que su título es el siguiente: *"Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades"*.

Mediante esa ley se pretendió desarrollar lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal d) de la Carta Política, según el cual corresponde al Congreso dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los efectos de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Además de la fijación de normas propias de una ley marco, la Ley 510 de 1999, tal como señaló la Sentencia C-1370 de 2000, también contempló disposiciones de carácter ordinario, pues mediante ellas el Congreso hizo uso de la facultad de reformar las leyes existentes que aludían a las competencias señaladas en los artículos 150, numeral 8, y 189, ordinal 24, de la Carta Política, es decir, a la facultad de reformar las leyes existentes y a la expedición de *"normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia..."* respecto de *"las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público"*.

Esta ley está integrada por catorce capítulos que regulan los siguientes temas: Condiciones de ingreso al sistema financiero, facultades de intervención del Gobierno Nacional en las entidades financieras, reformas al régimen de inversiones de capital, reformas al régimen de los establecimientos bancarios, reformas al régimen de las corporaciones financieras, reformas al régimen de las corporaciones de ahorro y vivienda, reformas al régimen de las compañías de financiamiento comercial, medidas cautelares y toma de posesión a cargo de la Superintendencia Bancaria, se establecen disposiciones relativas al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y al seguro de depósito; se establecen disposiciones relativas a la Superintendencia Bancaria, al mercado de valores, al régimen del Banco Cafetero, a la financiación de vivienda a largo plazo y se incluyen unas disposiciones finales.

Pues bien, el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 hace parte del capítulo décimo, en el cual se contemplan disposiciones relativas a la Superintendencia Bancaria. Este artículo modificó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 y, en razón de las modificaciones introducidas, se incluyeron como nuevas regulaciones la aplicación subsidiaria del proceso verbal sumario consagrado en el procedimiento civil, la interrupción del término establecido para la emisión de la decisión en razón de notificaciones, práctica de pruebas y recursos; la apelación contra la declaratoria de incompetencia y el fallo definitivo y la realización de notificaciones personales mediante depósito de copia de la petición con sus anexos en el casillero asignado por la Superintendencia Bancaria a las entidades por ella vigiladas.

En el párrafo primero se estableció que el cliente podía acudir ante esa superintendencia cuando se encontrara insatisfecho con la decisión del defensor del cliente y reglamentó la manera cómo debía acudirse. En el párrafo segundo estableció una nueva exigencia para que los accionistas minoritarios

que participan en el mercado público de valores puedan acudir ante la Superintendencia de Valores cuando sus derechos hayan sido directa o indirectamente lesionados por las decisiones de la asamblea general de accionistas o por la junta directiva o representantes legales de la sociedad; exigencia que consistió en la presentación de un informe a la junta directiva y al representante legal y al transcurso de 30 días o dos meses, según las circunstancias, sin que se haya adelantado actuación alguna. Finalmente, el párrafo tercero le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio el conocimiento de los incidentes de liquidación de perjuicios en las conductas constitutivas de conducta desleal.

Pues bien, este es el contexto en el cual debe analizarse el cargo formulado contra el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999. En torno a este punto, se tiene:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que hizo el artículo 52 fue modificar el artículo 148 de la Ley 446 de 1998. Esta es una ley de descongestión judicial y entre otras medidas comprendió la asignación de competencias, en títulos separados, a las superintendencias de Sociedades, Valores, Industria y Comercio y Bancaria. Pero al mismo tiempo, en un título común a todas ellas, punto que se resalta, se reguló el procedimiento que debía adelantarse en cada caso. Luego, si la regulación del procedimiento se hizo con ese criterio de generalidad, una norma modificatoria como el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 no tenía necesariamente que ceñirse a una superintendencia en particular, y específicamente a la Superintendencia Bancaria.

De ese modo, si lo que hizo el párrafo tercero del artículo 52 fue extender la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para que, también en ejercicio excepcional de funciones judiciales, no sólo conociera de los asuntos por competencia desleal sino también de los incidentes de liquidación de perjuicios posteriores a ellos, no se advierte violación alguna del principio de unidad de materia pues tanto el párrafo como el contenido total del artículo 52 demandado se refieren a un tema específico cual es el de las funciones judiciales de las superintendencias.

Y en segundo lugar, si bien es cierto que entre la regulación referida a la Superintendencia de Industria y Comercio y la materia de la Ley 510 no existe una relación directa, no debe desconocerse que entre tal superintendencia y tal materia existe una relación de conexidad pues si bien se introduce una norma reguladora de una superintendencia como la de Industria y Comercio, no debe

perderse de vista que ésta y la Superintendencia Bancaria son consideradas por la ley a partir de un referente común: El desempeño excepcional de funciones jurisdiccionales. Para percatarse de tal relación, que niega la vulneración del principio de unidad de materia, basta con seguir el sendero trazado por la jurisprudencia de esta Corporación: Atenerse a un criterio objetivo y razonable para determinar la conexidad existente entre la materia de una ley y los temas en ella desarrollados.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 indica que en esos procesos la liquidación de los perjuicios se resolverá por trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, trámite indicado en los artículos 135 a 138 de tal estatuto y en los que se regula su proposición, trámite y efecto. En cuanto a ello, no debe perderse de vista que los incidentes de liquidación de perjuicios hacen parte de los procesos que se someten a conocimiento de una autoridad judicial pues esa liquidación se hace teniendo en cuenta la dinámica de la controversia procesal suscitada en cada caso. Y esa situación se evidencia también en el evento referido en el párrafo tercero pues en tal caso la liquidación a que debe proceder la Superintendencia de Industria y Comercio, previa solicitud del afectado, se enmarca en el conocimiento que por virtud de la ley tiene sobre conductas constitutivas de conducta desleal.

Por otra parte, hay que indicar que no es extraña a la naturaleza de los incidentes procesales la decisión de asuntos como la indemnización de perjuicios, si bien ellos pueden ser accesorios a la controversia procesal, pues la indemnización de los perjuicios causados guarda una relación inescindible con esa controversia y con el sentido en el cual se resuelve.

Si ello es así, bien puede decirse que ha sido un querer del legislador que esa actuación incidental haga parte del proceso que se somete a conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la misma manera como mediante actuación incidental se liquidan los perjuicios, costas y multa imponibles al interviniente ad- excludendum cuando en la sentencia se rechazan sus pretensiones; los perjuicios causados al demandado cuando la parte contraria falta a la verdad en afirmaciones hechas bajo juramento o la objeción propuesta por el ejecutado a los perjuicios estimados por el ejecutante en la demanda.

Como puede advertirse, la valoración del artículo demandado en el contexto de la Ley de que hace parte y sin perder de vista el contenido de la Ley modificada por aquél, permite afirmar que su contenido no vulnera el principio de unidad

de materia pues así se desprende de la razonada ponderación realizada por esta Corporación. Con este proceder la Corte, por una parte, descarta la viabilidad de un rigor extremo en la ponderación de tal principio y, por otra, resalta la vocación democrática del Congreso y la cláusula general de competencia que le asiste en materia legislativa.

En síntesis, la Corte no encuentra que el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 vulnere el principio de unidad de materia y por ello declarará su exequibilidad.

DECISIÓN

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declararse **INHIBIDA** para proferir fallo de fondo respecto del párrafo tercero del artículo 52 y de los artículos 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999, por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo 3 del artículo 52 de la Ley 510 de 1999.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
ESPINOSA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
ESCOBAR GIL
Magistrado

RODRIGO
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

EDUARDO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
HERNANDEZ
Magistrado

CLARA INES VARGAS
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-501/01

DERECHO Y HOMBRE-Relación/DERECHO Y HOMBRE-No vacío jurídico en relación (Salvamento de voto)

En la relación del derecho con el hombre no existen vacíos jurídicos, ya que el derecho siempre está tocando al hombre, bien de manera positiva o bien de manera negativa; el derecho se acerca al hombre en una relación positiva o en una relación negativa, pero siempre se está relacionando con él. A veces el derecho, para que el hombre pueda realizar cierta conducta, establece ciertas condiciones o requisitos (en este caso ha tocado al hombre positivamente); otras veces el derecho no exige ninguna condición o requisito para la realización del acto y deja que el hombre se autoregule respecto de ellos (en ese evento ha tocado negativamente al hombre).

LIBERTAD EN EL ESTADO DE DERECHO-Supuesto (Salvamento de voto)

En el Estado de derecho, que es el de la libertad; en el estado de derecho se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada de manera tal que el individuo puede realizar todos los actos que no le estén expresamente prohibidos por una norma jurídica. Siendo el hombre libre no necesita de ninguna norma para poder ejercer su libertad, o sus libertades públicas, que no son más que una consecuencia de ser una persona libre, como lo señalara Hegel.

LIBERTADES FUNDAMENTALES-Esfera de la actividad vedada al Estado (Salvamento de voto)

El propio sistema de libertades fundamentales no podría entenderse si no se aceptase que existe una cierta esfera de la actividad en la que el Estado no puede entrar y si, de hecho penetra, existen mecanismos jurídicos para sacarlo de esa esfera. Esa esfera funciona con un ámbito de libertad y es un dique que protege del Estado y sirve para controlar el poder político. Este es el fundamento de todas las libertades negativas, como es por ejemplo la libertad física.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE NORMA DEROGATORIA-Efectos (Salvamento de voto)

La declaratoria de inexecutable no implica el restablecimiento de la situación de derecho anterior a la entrada en vigencia de la ley inexecutable y no hace revivir la ley anterior que había estado derogada; lo que ha pasado es que una materia que había sido regulada hasta ese momento, deja de estarlo, desaparecen las obligaciones jurídicas que habían sido impuestas a los individuos y sigue la libertad jurídica. Una norma cuya vigencia ya fue cancelada por medio de una norma derogatoria no revive por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que la ha derogado; en el fondo, por ningún medio puede ser vuelta a su vigencia y lo único que se puede hacer, es dictar una nueva norma que tenga el mismo contenido de la que había sido previamente derogada. La única manera de lograr que reviva la ley que ha sido derogada por la norma declarada inconstitucional; es darle a la Corte Constitucional de manera expresa la facultad para que al momento de proferir el fallo de inexecutable decida si la ley abrogada recobra su vigencia.

SENTENCIA DE INEXECUIBILIDAD DE NORMA DEROGATORIA-Competencia expresa permite revivir la derogada (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-3168

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 52 (parcial), 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999.

Con el debido respeto me aparto del criterio mayoritario, y de la consiguiente decisión, en el proceso de la referencia, por las razones que enseguida consigno:

1. La Corte Constitucional declaró primero la inconstitucionalidad del artículo 47 de la Ley 640 del 5 de enero de 2001.
2. El mencionado artículo había subrogado el artículo 52 de la Ley 510 de 1999.
3. De la comparación del párrafo tercero del artículo 47 de la Ley 640 de 2001 con el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 se observa que el contenido del párrafo de la última ley mencionada había perdido su vigencia y, en consecuencia había dejado de regir, en el acto

mismo de la publicación de la Ley 640 esto es, el día 5 de enero del presente año.

4. Se plantea entonces el siguiente problema jurídico: si el fallo de inconstitucionalidad relativo al párrafo tercero del artículo 47 de la Ley 640, hace "revivir" el párrafo tercero del 52 de la Ley 510 de 1999. ¿Dicho de otra manera, si la norma derogada por una ley que luego es declarada inconstitucional, revive o adquiere nuevamente vigencia por el hecho de ser declarada inconstitucional la norma que la había derogado o subrogado?
5. La mayoría de la Corporación, con fundamento en la jurisprudencia existente, que rechazamos, y en la doctrina corriente, considera que la norma derogada revive con el fallo de inconstitucionalidad de la norma que la había derogado.

Nos apartamos de esa jurisprudencia y de esa doctrina por las siguientes razones:

- a. Cuando se estudia en detalle toda la jurisprudencia anterior y la doctrina, se observa que el argumento que reiteradamente se aduce es que no pueden existir vacíos jurídicos y, parangonando a la ciencia física, se dice que así como la naturaleza repele el vacío, también el derecho rechaza el vacío jurídico. Expresado de una manera más simple, no pueden existir materias que no sean objeto de regulación por parte del derecho.

Esta premisa es una premisa no sólo equivocada sino que contiene una falacia como paso a demostrarlo:

- En la relación del derecho con el hombre no existen vacíos jurídicos, ya que el derecho siempre está tocando al hombre, bien de manera positiva o bien de manera negativa; el derecho se acerca al hombre en una relación positiva o en una relación negativa, pero siempre se está relacionando con él. A veces el derecho, para que el hombre pueda realizar cierta conducta, establece ciertas condiciones o requisitos (en este caso ha tocado al hombre positivamente); otras veces el derecho no exige ninguna condición o requisito para la realización del acto y deja que el hombre se autoregule respecto de ellos (en ese evento ha tocado negativamente al hombre).

- Otro elemento fundamental para el análisis de este problema es el supuesto del cual se parte en el Estado de derecho, que es el de la libertad;

en el estado de derecho se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada de manera tal que el individuo puede realizar todos los actos que no le estén expresamente prohibidos por una norma jurídica. Siendo el hombre libre no necesita de ninguna norma para poder ejercer su libertad, o sus libertades públicas, que no son más que una consecuencia de ser una persona libre, como lo señalara Hegel.

El propio sistema de libertades fundamentales no podría entenderse si no se aceptase que existe una cierta esfera de la actividad en la que el Estado no puede entrar y si, de hecho penetra, existen mecanismos jurídicos para sacarlo de esa esfera. Esa esfera funciona con un ámbito de libertad y es un dique que protege del Estado y sirve para controlar el poder político. Este es el fundamento de todas las libertades negativas, como es por ejemplo la libertad física.

- Un ejemplo sobre la libertad de tránsito nos ayuda a aclarar el problema jurídico; los individuos tienen la libertad de transitar por los parques públicos. Como son hombres libres tienen en consecuencia la libertad de tránsito y esta libertad cobija la de transitar por los parques públicos. Si después se dicta una ley A que condiciona esa libertad y dice que para transitar por el parque se necesita un permiso y luego se dicta una ley B, que deroga la ley A y que establece que para transitar por los parques se requiere el permiso y además un certificado médico y esta ley B luego es declarada inconstitucional no quiere decir que la ley A revive y que ahora los individuos vuelven a necesitar el permiso para transitar. Lo que sucede con el mentado derecho de tránsito, es que después de la declaratoria de inexecutable los individuos pueden volver a transitar por los parques públicos sin que se requiera ninguna condición (ni permiso ni certificado médico), pues hemos retornado al reino de la libertad, al supuesto básico del Estado de derecho que es el que las personas no necesitan de ninguna autorización para ejercer sus derechos.

Como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad viene a crearse una situación jurídica en la cual la materia regulada por la ley inexecutable queda libre de toda regulación y a las anteriores obligaciones jurídicas subentra la libertad.

- b) La declaratoria de inexecutable no implica el restablecimiento de la situación de derecho anterior a la entrada en vigencia de la ley inexecutable y no hace revivir la ley anterior que había estado derogada; lo que ha pasado es

que una materia que había sido regulada hasta ese momento, deja de estarlo, desaparecen las obligaciones jurídicas que habían sido impuestas a los individuos y sigue la libertad jurídica.

- En realidad en el mundo del derecho pueden presentarse dos situaciones que es necesario diferenciar y que tienen relación con el fallo de inexecutableidad. La primera se presenta cuando no existe previamente regulación jurídica, por ejemplo no existe regulación jurídica para la manipulación genética, eso lo que quiere decir es que esa conducta es libre. Si después aparece la ley A que regula la manipulación genética y esa ley A es declarada inconstitucional, la consecuencia, (y aquí aparece claramente el fenómeno) es que esa materia, la manipulación genética queda otra vez libre, sin regulación. La segunda hipótesis se presenta cuando la ley declarada inconstitucional había derogado otra ley preexistente. En este caso también la consecuencia de la declaratoria de inexecutableidad, es que esa materia o sector queda sin ninguna regulación jurídica, ya que la conducta se puede realizar, ahora, libremente.
- c) Una norma cuya vigencia ya fue cancelada por medio de una norma derogatoria no revive por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que la ha derogado; en el fondo, por ningún medio puede ser vuelta a su vigencia y lo único que se puede hacer, es dictar una nueva norma que tenga el mismo contenido de la que había sido previamente derogada.
- La única manera de lograr que reviva la ley que ha sido derogada por la norma declarada inconstitucional; es darle a la Corte Constitucional de manera expresa la facultad para que al momento de proferir el fallo de inexecutableidad decida si la ley abrogada recobra su vigencia, que fue lo que hizo la Corte Austriaca al darle a la Corte Constitucional esta facultad en una norma que decía: "cuando mediante decisión de la Corte Constitucional venga declarada inconstitucional una ley o parte de ella, las normas jurídicas abrogadas por tal ley vuelven a recobrar su vigencia con la decisión de la Corte, salvo que esta última no disponga diversamente". Esta norma es la que falta en el ordenamiento jurídico colombiano. Como se puede observar la decisión de la Corte Constitucional Austriaca que no solo anulaba una ley sino que también revivía la norma derogada, no era un simple acto negativo de legislación sino también un acto de legislación positiva.

Mientras no exista en la Constitución Colombiana una competencia expresa de la Corte Constitucional que le permita revivir las normas derogadas por la ley declarada inconstitucional, la consecuencia jurídica será que esas materias quedaran sin regulación, subentrará la libertad y las personas tendrán una relación negativa con el derecho.

En el caso concreto que nos ocupa la declaratoria de inexecutable del párrafo tercero del artículo 47 de la Ley 640 de 2001, por mucho que se haya hecho antes que el pronunciamiento sobre el artículo 52 de la Ley 510, anteriormente este pronunciamiento no revive el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 que ya se encontraba sin vigencia y, en consecuencia, no era procedente la declaratoria de exequibilidad del párrafo 3 de artículo 52 de la Ley 510 de 1999 y, a mi juicio, lo procedente era la declaratoria de inhibición respecto de él, pues esa norma ya había desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-501/01

PROCEDIMIENTO Y FORMA-Distinción (Salvamento parcial de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Métodos de interpretación (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Elementos procedimentales (Salvamento parcial de voto)

PROYECTO DE LEY-Procedimiento (Salvamento parcial de voto)

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA-Mecanismo para ejercicio/**MECANISMOS DE PARTICIPACION POLITICA/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Fundamental/**ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Restricción es excepcional (Salvamento parcial de voto)

En un esquema de democracia representativa este derecho a la representación efectiva requiere un mecanismo a través del cual pueda ejercerse. Dentro de los mecanismos de participación política a través de los cuales se hace efectivo este derecho, se encuentra el de la acción pública de inconstitucionalidad, al cual el constituyente le dio, además, el status de derecho político fundamental de los ciudadanos. Siendo un derecho fundamental, estrechamente vinculado con elementos objetivos como lo son el principio de democracia representativa y participativa y la soberanía popular, las restricciones que se le impongan deben ser excepcionales. El carácter excepcional de las restricciones a los derechos constitucionales fundamentales de aplicación inmediata, como el de participación a través de la acción pública de inconstitucionalidad es un principio que vincula especialmente a la Corte en su labor de interpretar el texto de la Carta. Por lo tanto, debe existir un sólido fundamento constitucional para restringir el derecho a demandar la inconstitucionalidad de una disposición legal cuando en su trámite se ha vulnerado el derecho a la representación política efectiva.

PRINCIPIO DEMOCRATICO DE SOBERANIA POPULAR-Procedimiento legislativo (Salvamento parcial de voto)

LEY-Vicios de procedimiento y de forma (Salvamento parcial de voto)

LEY- Procedimiento y contenido son interdependientes (Salvamento parcial de voto)

LEY ESTATUTARIA Y LEY ORGANICA- Procedimiento especial (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-3168

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 52 (parcial), 105, 106, 108, 111, 119, 120 de la Ley 510 de 1999 *“por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades”*

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, y precisamente como manifestación de ese respeto hacia la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el suscrito magistrado se aparta de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia. Las siguientes son las razones por las cuales salvo parcialmente el voto.

El aspecto central de discrepancia con la Sentencia mayoritaria consiste en la interpretación que ella hace de algunos conceptos constitucionales contenidos en los artículos 241 y 242 de la Carta Política. Para la Corte los *“vicios de procedimiento”* a los que se refiere el artículo 241 se equiparan por completo a los *“vicios de forma”*, contenidos en el artículo 242. La consecuencia lógica que la Corte extrae de tal asimilación es que las acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento *“caducan en el término de un año, contado desde de la publicación del respectivo acto”* conforme lo establece el canon constitucional contenido en el artículo 242. Con fundamento en tales consideraciones se inhibe para pronunciarse de fondo respecto del párrafo 3º del artículos 52, y de los artículos 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la ley 510 de 1999.

En opinión de este magistrado disidente, la asimilación de los conceptos los “vicios de procedimiento” a los que se refiere el artículo 241 y “vicios de forma”, contenidos en el artículo 242 de la Constitución, y la consiguiente distinción entre vicios de procedimiento y vicios materiales no es aceptable por varias razones. En primer lugar, desde un punto de vista formal - gramatical, así como no le es dable al intérprete hacer distinciones que el constituyente no ha plasmado en el texto, tampoco puede desechar, sin más, aquellas distinciones que el constituyente sí hizo. Este argumento, a simple vista, parece ser excesivamente formalista, apegado al tenor literal de un texto cuya redacción puede deberse más a una cuestión accidental o estilística, que a una distinción deliberada, expresada por el constituyente histórico. Sin embargo, el carácter accidental de la distinción queda en entredicho si se observa que el artículo 241 de la Constitución se refiere reiterada y sistemáticamente a vicios de procedimiento, mientras el artículo 242 habla de vicios de forma. Por otra parte, los conceptos de procedimiento y forma han sido claramente diferenciados por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. Por procedimiento se entiende una combinación de actos jurídicos cuyos efectos están vinculados causalmente entre sí, con una unidad de propósito, mientras la forma es el cause externo, positivo a través del cual se manifiesta la voluntad. Asimilar estos dos conceptos en materia legislativa equivale a confundir el trámite legislativo con el cauce a través del cual se expresa el parlamento.

Dicen así los artículos constitucionales que se refieren a los vicios de procedimiento y a los vicios de forma:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

*1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por **vicios de procedimiento** en su formación.*

*2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por **vicios de procedimiento** en su formación.*

*3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por **vicios de procedimiento** en su convocatoria y realización.*

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por **vicios de procedimiento** en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por **vicios de procedimiento** en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por **vicios de procedimiento** en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

Parágrafo. Cuando la Corte encuentre **vicios de procedimiento** subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

Entre tanto, el artículo 242 se refiere a vicios de forma:

Artículo 242. *Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:*

1. *Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública.*

2. *El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.*

3. *Las acciones por **vicios de forma** caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.*

La utilización sistemática de la misma expresión “*vicios de procedimiento*” en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y en el párrafo, y el cambio de expresión por “*vicios de forma*” que se hace en el siguiente artículo constitucional, debería producir en el intérprete, al menos, un asomo de duda respecto del significado y alcance de cada una de tales expresiones. Sin embargo, esta duda puede no llegar a ser concluyente. Al menos puede no ser suficiente, por sí misma, para desentrañar el significado de estos dos conceptos jurídicos indeterminados. Corresponde entonces al intérprete de la Constitución –y entre ellos, principalmente a la Corte Constitucional –, acudir a un método de interpretación constitucionalmente válido, que le permita darles un sentido acorde con el “espíritu” de la Constitución. Para tal fin resulta de particular utilidad combinar criterios hermenéuticos histórico, sistemático y teleológico, entendiendo el criterio histórico como un análisis amplio del proceso sociopolítico e ideológico que dio origen a la Constitución de 1991.

El proceso que culminó con la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente, catalizado por el “Movimiento de la Séptima Papeleta” se produjo, entre otros motivos, como consecuencia de un desprestigio generalizado del Congreso como órgano de representación popular y, en general, como resultado de un sentimiento de impotencia de los individuos frente al Estado. En esa medida, el *esprit du temps* en aquel momento, buscaba transformar radicalmente el papel asignado al constituyente primario dentro de la conformación del poder público, de tal forma que su participación no se limitara al papel de un simple elector, sino que fuera continua y directa. Ello significó el remplazo de la institución teórico normativa de soberanía nacional, por la de soberanía popular, y dio paso de una democracia representativa a una democracia participativa.

Estas transformaciones se materializaron, entre otras, dotando a la ciudadanía de los mecanismos necesarios para ejercer el poder político como constituyente primario, asegurando así, que aquellas personas a quienes nombraron como representantes, ejercieran efectivamente el mandato que les había sido conferido en el momento de su elección. Para ello se establecieron los mecanismos de participación política consagrados en el artículo 40 de la Carta, cuya finalidad no es solamente la de controlar el resultado material de la actividad o inactividad del Estado, sino la de controlar el procedimiento legislativo en sí mismo.

Esta distinción en cuanto a la actividad parlamentaria resulta relevante, si se tiene en cuenta que la labor de representación democrática en los debates de los parlamentarios determina el resultado de su actividad. No se trata entonces de verificar si el contenido de una ley es materialmente conforme a la voluntad del constituyente primario plasmada en el texto constitucional, sino de que en todo el proceso de formación de las leyes los representantes del pueblo tengan efectivamente la oportunidad de llevar a cabo su mandato. Si no tienen dicha oportunidad, se está cercenando el alcance del principio democrático desde el punto de vista de la representación.

Para garantizar la representación del pueblo dentro del proceso democrático, el constituyente de 1991 estableció un procedimiento en el cual resultan fundamentales el voto de los parlamentarios, como expresión de la voluntad de las mayorías y el debate, como elemento racionalizador de dicha voluntad, y como mecanismo de protección de las minorías. Sin estos aspectos del procedimiento, el elemento de representación popular de nuestra democracia se ve limitado al acto formal y vacío de depositar un voto. Todo esto fue considerado por el constituyente, quien le asignó tal importancia a estos elementos procedimentales de la democracia. Por ello dispuso, en el artículo 157 de la Carta que:

Artículo 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.
(resaltado fuera de texto)

Debe afirmarse entonces que cuando una o más disposiciones de un proyecto de ley no han seguido este procedimiento y se han aprobado con uno o dos debates, se está vulnerando el derecho de los ciudadanos a verse efectivamente representados en el Congreso. ¿Es este un aspecto meramente formal? ¿No están acaso involucrados aquí los derechos fundamentales de las personas y toda la legitimidad del sistema democrático? ¿Cuál debe ser entonces el alcance que se le da a los mecanismos de participación ciudadana para controlar esta situación?

En un esquema de democracia representativa este derecho a la representación efectiva requiere un mecanismo a través del cual pueda ejercerse. Dentro de los mecanismos de participación política a través de los cuales se hace efectivo este derecho, se encuentra el de la acción pública de inconstitucionalidad, al cual el constituyente le dio, además, el *status* de derecho político fundamental de los ciudadanos. Siendo un derecho fundamental, estrechamente vinculado con elementos objetivos como lo son el principio de democracia representativa y participativa y la soberanía popular, las restricciones que se le impongan deben ser excepcionales. Como lo reconoció esta Corporación al limitar la posibilidad de que el Congreso realizara debates conjuntos, frente al numeral 3º del artículo 169 de la Ley 5ª de 1992:

“Las excepciones -bien se sabe- son siempre de interpretación estricta, particularmente en materia constitucional, toda vez que la amplitud respecto de ellas y la extensión indefinida de sus alcances conduciría fatalmente a desvirtuar y aun a eliminar las reglas generales que configuran la voluntad preponderante y primordial del Constituyente.” (resaltado fuera de texto)
Sentencia C-365/96 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

El carácter excepcional de las restricciones a los derechos constitucionales fundamentales de aplicación inmediata, como el de participación a través de la acción pública de inconstitucionalidad es un principio que vincula especialmente a la Corte en su labor de interpretar el texto de la Carta. Por lo tanto, debe existir un sólido fundamento constitucional para restringir el derecho a demandar la inconstitucionalidad de una disposición legal cuando en su trámite se ha vulnerado el derecho a la representación política efectiva. En

este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional había avanzado bastante, al considerar, en la Sentencia C-702/99 (M.P. Fabio Morón Díaz), que la omisión de los debates y las aprobaciones legislativas correspondientes no era un vicio meramente formal, sino que tenía relación con el fondo de la función legislativa que le corresponde al Congreso como órgano de representación popular. Paradójicamente, la decisión de la cual me aparto en esta oportunidad cita la Sentencia C-702/99 y afirma que, como en dicha oportunidad la disposición que no había surtido los cuatro debates confería facultades extraordinarias al Presidente de la República, el supuesto fáctico era diferente y por lo tanto, no constituía un precedente aplicable. Sin embargo, la distinción hecha por la Sentencia de la cual disiento carece de fundamento, pues a pesar de las diferencias, tanto en uno como en otro caso la *ratio iuris* o razón de justicia para declarar el carácter material del vicio de inconstitucionalidad es el mismo: la vulneración del principio democrático de soberanía popular. En esa medida, frente a la aplicabilidad de la misma razón de justicia debe atribuirse una misma consecuencia normativa. En su lugar, en esta oportunidad la Corte está sosteniendo que:

“...no puede afirmarse, sin incurrir en error, que también aquí se sustituyó la voluntad del Congreso de la República pues lo que se presentó fue la pretermisión de dos o tres de los momentos del debate democrático a que se supedita la aprobación de una ley.”

Sin duda la providencia no toca el fondo del asunto, que consiste en que el procedimiento democrático que se da al interior del Congreso, especialmente en un sistema de derecho legislado, es la principal garantía que los ciudadanos tienen de que sus intereses y sus voces van a ser representadas. En su lugar, la Sentencia afirma que una ficción decimonónica, como lo es “**la** voluntad del Congreso”, no ha sido sustituida, dándole a ese órgano una entidad que ontológicamente no le es predicable: la voluntad. Atribuirle una voluntad al Congreso desconocer que la legitimidad del resultado del proceso legislativo debe ser, precisamente, la composición de una pluralidad de discursos en los cuales tengan cabida tanto las mayorías como minorías efectivamente representadas. Tampoco considera la Corte que la legitimidad de las decisiones parlamentarias y de la imposición de la regla de mayorías está supeditada a que se surta un procedimiento en el cual las minorías tengan, por lo menos, la oportunidad de discutir, aportar y de mostrar su disenso.

Por otra parte, en nuestra Carta Política contenido y procedimiento son interdependientes y por lo tanto no cabe hacer una distinción tan tajante entre

estas dos categorías. En efecto, en nuestro sistema constitucional existe una **tipología legal establecida a partir del contenido de las leyes**. A su vez, **el tipo de ley determina el procedimiento que se debe seguir para su expedición**. En nuestro ordenamiento, en el cual el procedimiento depende del contenido material de las leyes, mal puede fundamentarse una restricción a un derecho fundamental como el de participación política a través de la acción pública de inconstitucionalidad con base en una distinción artificial y conceptualmente endeble entre los vicios de procedimiento y de contenido.

A este respecto, la Sentencia de la que me aparto incurre en contradicciones, como consecuencia necesaria de la falta de claridad conceptual sobre los conceptos de **forma, fondo, procedimiento y contenido**. Afirmo, por ejemplo, que “constituyen vicios **materiales** la violación del principio de unidad de materia, el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria u orgánica **o los problemas de competencia en cuanto ésta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales**”. Sin embargo, en primer lugar, el principio de unidad de materia se refiere –claramente- tanto al contenido como a la forma de una ley, pues lo que está disponiendo es que dentro de una sola ley no pueda haber disposiciones que carezcan de conexidad material, temática o teleológica con el resto. Lo que significa una limitación a la forma que deben tener las leyes, en razón del contenido. En segundo lugar, la reserva de ley estatutaria y orgánica se refiere a que, por mandato constitucional, ciertos contenidos deben ser tramitados de acuerdo con un procedimiento especial, por lo tanto, lo que se enjuicia en los casos de violación de estos preceptos es precisamente que no se haya dado el procedimiento correspondiente a este tipo de leyes, sino que se haya surtido un trámite diferente. En tercera medida, es clara la contradicción en lo que se refiere a los problemas de competencia, pues afirma su carácter material “... en cuanto ésta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales”. No resulta entonces sostenible la distinción aristotélica, conceptualista y vacía entre procedimiento y contenido, ni la equiparación inopinada entre procedimiento y forma y entre contenido y fondo en el análisis constitucional de las leyes. Por tanto, tampoco puede afirmarse que tal distinción sea un fundamento suficiente para que la Corte Constitucional –garante de los derechos fundamentales- restrinja el derecho de participación política a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, limitando con ello la posibilidad de que los ciudadanos se vean efectivamente representados en el parlamento.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

Sentencia C-1344/00

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Alcance

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Régimen de competencia en servicios no domiciliarios de comunicaciones

REGIMEN DE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA ECONOMICA-Servicios no domiciliarios de comunicaciones

Referencia: expediente D-2928

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 10 la Ley 555 de 2000

Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte

Magistrado ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre del año dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano LUIS CARLOS SACHICA APONTE demandó el parágrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, "*por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS y se dictan otras disposiciones*".

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 43.883 del 7 de febrero de 2000 y se subraya lo demandado:

"LEY 555 de 2000

"por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS y se dictan otras disposiciones.

(???)

"Artículo 10.- Condiciones en que se deberán prestar los servicios de comunicación personal, P.C.S. De conformidad con la Constitución y la Ley, el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones en que se deberán prestar los servicios de Comunicación Personal, PCS, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

El servicio se prestará en todo el territorio nacional, tanto en las zonas urbanas y

rurales, en condiciones para que la mayoría de los colombianos, puedan tener acceso a este servicio público.

Las concesiones para la prestación de Servicios de Comunicación Personal, PCS, se harán conforme a la atribución de bandas de frecuencia que realice el Ministerio de Comunicaciones.

Toda propuesta para que se asignen frecuencias para la operación de servicios PCS, incluirá un plan mínimo de expansión de obligatorio cumplimiento, en condiciones especiales a los municipios con mayor índice de necesidades básicas insatisfechas dentro de la respectiva área de concesión. Dichos planes deberán realizarse en un término no mayor a cinco (5) años y su incumplimiento generará las sanciones a que haya lugar de acuerdo con lo previsto en la ley.

Para las concesiones iniciales, el plan mínimo de expansión en ningún caso será inferior al plan mínimo establecido para los operadores de TMC.

Parágrafo. Régimen de competencia. *La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de todos los demás sectores económicos. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión."*

III. LA DEMANDA

Considera el actor que la disposición acusada viola los artículos 75, 76, 158 y 333 de la Constitución Política. En su concepto, mediante el aparte impugnado "se han trasladado a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia de los servicios públicos no domiciliarios de comunicaciones que, con anterioridad al decreto 1130 de 1999 estaban en cabeza del

Ministerio de Comunicaciones y demás "sectores económicos", es decir, sectores financiero, bursátil, asegurador, servicios públicos domiciliarios, servicio público de televisión, entre otros."

Continúa el actor señalando cómo con el aparte acusado se vulnera el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la C.P., toda vez que "no guarda relación con la materia específica de la Ley 555 - la de fijar el régimen jurídico aplicable a los servicios de comunicación personal PCS y establecer las reglas generales para otorgar concesiones para la prestación de los servicios PCS -, y mucho menos con la materia de que trata el artículo en cuyo texto, a modo de párrafo, fue incorporada la disposición acusada, (...)".

Señala el actor que el principio de unidad de materia busca impedir que, como a su juicio se presenta en el caso acusado, "en decisiones poco reflexivas y carentes de orientación en relación con las funciones de inspección y vigilancia del Estado Colombiano, se incluya en una ley que fue concebida exclusivamente para fijar el régimen jurídico aplicable al servicio público de comunicación personal PCS, que a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia de los regímenes de libre y leal competencia de los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de los demás sectores económicos, con afectación de las competencia que, bajo regímenes legales propios, en unos casos, o de leyes de intervención económica, en otros, corresponden a las Superintendencias Bancaria, de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión Nacional de Televisión, entre otros."

Refiriéndose a lo sostenido por la Corte Constitucional con respecto al principio de unidad de materia, el actor concluye que no existe conexidad objetiva entre el aparte normativo demandado y la determinación del régimen jurídico aplicable para quienes deseen acceder a la prestación de los servicios PCS, objeto de la Ley 555/2000. En su concepto, esta posición se ve perfectamente sustentada si se repara en que:

1. La regulación de los Servicios Públicos se deriva de disposiciones constitucionales (Capítulo V y artículos 365 a 370) materia de la Ley 555, mientras que el párrafo acusado versa sobre la garantía de la libre y leal competencia reconocida en los artículos 75 y 333 de la Carta Política.
1. El aparte acusado y la Ley 555/2000 versan sobre materias distintas entre las cuales no es posible la unidad normativa en los términos del artículo 158 superior, pues lo relativo a la inspección y vigilancia sobre la prestación del servicio público de

comunicación es cosa diferente de la regulación sobre las prácticas que violan la libre y leal competencia económica en la totalidad de los sectores económicos.

1. Asignar a una Superintendencia labores de vigilancia y control, no es lo mismo que fijar el régimen jurídico aplicable a los servicios PCS.
1. La diferencia de materias se refleja también en el propio artículo 10 de la Ley 555/2000 ya que la primera parte del artículo que señala las *condiciones en que se deberán prestar los servicios de comunicación personal PCS* y el párrafo acusado hace referencia al *régimen de competencias*, "alcance generalizado que desborda el objeto de la Ley [555/2000], puesto que cubre todo el ámbito de la gestión económica, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios (...)".
1. Al referirse a las facultades ordinarias de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Comisión Nacional de Televisión, se desbordaron las facultades legislativas. En cuanto a la Comisión Nacional de Televisión, el aparte demandado desconoce que por disposición constitucional, la prestación del servicio público de televisión se rige por un régimen legal propio, lo que implica que su estatuto legal "debe agotar y unificar la materia, tiene prevalencia en el ámbito constitucional específico y excluye la modificación por la vía de cualquier ley ordinaria." El párrafo acusado, entonces, está cercenando a la Comisión su facultad de intervención para proteger la competencia, y para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio Comunicaciones

El ciudadano PEDRO NEL RUEDA GARCES, actuando como apoderado del Ministerio de Comunicaciones, intervino para defender la constitucionalidad del aparte normativo demandado.

En criterio del interviniente, el párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000 no vulnera el principio de unidad de materia en los términos en que este principio ha sido intepretado en algunas sentencias de la Corte Constitucional, toda vez que "la materia no se define por el área básica de la ley (telecomunicaciones, banca, etc.) sino por el contenido general [de la misma]." Así, encuentra que la Ley 555/2000 es el marco de la prestación de los servicios personales de comunicación en Colombia y, consecuentemente, ella se relaciona con dicha temática. En este sentido, a su juicio, la determinación de la autoridad competente para la vigilancia de los PCS, tiene una directa relación con la ley.

Finalmente, considera el interviniente que el párrafo acusado es una pieza clave dentro de la ley, en la medida en que otorga certidumbre a los inversionistas nacionales y foráneos sobre el órgano competente para ejercer el control y la vigilancia sobre la prestación de los servicios PCS.

En cuanto a la presunta invasión de la esfera de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, el interviniente manifiesta que "la inspección, control y vigilancia con respecto a normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no es de resorte del Ministerio de Comunicaciones, por lo cual esta entidad se abstiene de pronunciamiento alguno sobre su constitucionalidad."

2. Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio

El ciudadano Emilio José Archila Peñalosa, en su calidad de Superintendente de Industria y Comercio, se opone a las pretensiones del actor. Considera que el aparte normativo acusado no desconoce el contenido de los artículos 75 y 76 de la C.P., ni vulnera el principio de unidad de materia. Por ello, solicita que se declare su constitucionalidad.

En cuanto a las competencias que, a juicio del demandante, fueron sustraídas a la Comisión Colombiana de Televisión y transferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, el interviniente sostiene que el párrafo acusado establece las condiciones generales bajo las cuales tendrá lugar la actividad económica previendo una serie de derechos para los particulares y la obligación del Estado de propender su materialización y garantía. La norma regula la protección contra competencias desleales y contra practicas comerciales restrictivas, función que se le asigna a la Superintendencia, no sólo en virtud del aparte demandado, sino en forma genérica por el Decreto 446 de 1998. Dado que las normas del citado decreto no prevén excepciones, continúa el interviniente, "es necesario concluir que las atribuciones de esta entidad se predicán respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal que se

desarrollan en todos los sectores", incluido el de la prestación de los servicios de comunicación PCS. En este sentido, "carecería de sustento legal afirmar que existen algunos sectores que, por gozar de regímenes especiales, no se encuentran cobijados por estas normas, toda vez que ello implicaría desatender el tenor literal de la disposición en comento".

En este orden de ideas, el Decreto 446 de 1998, expedido con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales y facilitar el acceso a la administración de justicia, atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones de índole jurisdiccional para el conocimiento de los procesos seguidos por competencia desleal. Así, la Superintendencia o el juez conocerán a prevención de estos asuntos. Con base en lo anterior, el interviniente considera que mal podría corresponder a una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de Televisión, "el conocimiento de hechos propios sobre competencia desleal, cuando el trámite de dichos procesos ha sido conferido por la ley como una actividad jurisdiccional que, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política, excepcionalmente podrá ser atribuido a determinadas autoridades administrativas."

En cuanto a la presunta vulneración del artículo 75 de la C.P., el interviniente sostiene que esta norma contiene dos fórmulas diferentes de actividad estatal que recaen sobre un mismo ámbito, a saber, la utilización e intervención del espectro electromagnético - cuyo control se atribuye a la Comisión Nacional de Televisión -, y la supervisión sobre el mismo. Con respecto a la primera función, el artículo 76 de la Constitución "confiere a un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a régimen especial, la intervención en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, y que dadas las condiciones indicadas, dicho organismo es justamente la Comisión Colombiana de Televisión." Dicha función, continúa el Superintendente, es diferente de la que también atañe al Estado en materia de supervisión, bajo el entendido de que "esta última comprende todos aquellos actos a través de los cuales se procura llevar a cabo la inspección, vigilancia y control de una actividad en concreto." Y es esta última la que, de acuerdo con lo señalado respecto del Decreto 446 de 1998, corresponde a la Superintendencia.

"De esta manera [concluye el interviniente], las actividades de intervención y supervisión se complementan y armonizan a fin de permitir la materialización de los cometidos constitucionales y legales (...). Dentro de esta perspectiva es que el artículo 76 de la Constitución Política ha dispuesto que el organismo a quien corresponde ejercer la intervención [y la regulación] en el espectro electromagnético (...) es justamente a la Comisión Nacional de Televisión. (...) Más las normas en comento nada dicen en cuanto hace a las actividades de supervisión que deben ejercerse sobre tales ámbitos, pues este aspecto, (...) es abordado por el inciso primero del artículo 75 cuando alude a la gestión y control del Estado. (...) Bajo este entendido, resulta obvio que cuando el párrafo del artículo 10 de la

Ley 555 de 2000 atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio la inspección, vigilancia y control del régimen de libre competencia en los servicios no domiciliarios de comunicación, así como sobre los demás servicios económicos, no desconoce ni tampoco usurpa las atribuciones que los artículos 76 y 77 de la Constitución han asignado a la Comisión Nacional de Televisión (...)"

En lo que respecta a la presunta violación del artículo 158 de la Constitución, señala que mal podría predicarse el desconocimiento del principio de unidad de materia. Encuentra el interviniente que el legislador al dictar la Ley 555 de 2000, y en atención a su competencia, estimó conveniente tratar diversos aspectos, todos ellos estrechamente relacionados con los servicios de comunicación personal, y cuya alusión resulta forzosa para la efectiva materialización del cometido de la ley. En su criterio, se descarta la posibilidad de que el referido párrafo desconozca el principio de unidad de materia cuando alude a las atribuciones de vigilancia y control que se asignan a la Superintendencia. Aceptar la violación del principio en los términos planteados por el demandante, "resulta no sólo inexacto sino desproporcionado si nos atenemos a que por el mismo camino de interpretación, erradamente podría llegarse a concluir que la ruptura de dicho principio también tiene lugar por la alusión que hace [la Ley 555/2000] al régimen general de contratación estatal y al de inversión extranjera (...)"

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación en concepto N° 2194 recibido el 31 de octubre de 1999, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad del párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Estima, en primer término, que de acuerdo con los mandatos constitucionales (artículo 76), es atribución del legislador la regulación de la intervención del Estado para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, función esta que ha sido asignada a la Comisión Nacional de Televisión. Sin embargo, nada dice el artículo constitucional mencionado respecto de la forma de inspección, vigilancia y control administrativo en la prestación del servicio de televisión y del uso del espectro electromagnético, "lo que quiere decir que de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución Política, las funciones de inspección y vigilancia se encuentran atribuidas al Presidente de la República, que podrá delegarlas en entidades administrativas como las Superintendencias." Conforme a lo anterior, resulta ajustado a la Constitución que el párrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000 atribuya a la Superintendencia de Industria y Comercio, la función de ejercer la vigilancia,

inspección y control del régimen de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios, así como de todos los demás sectores económicos.

En cuanto a la violación del artículo 158 de la C.P. alegada por el actor, señala que de un estudio sistemático del contenido y el objeto de la Ley 555/2000 -cual es la regulación de los servicios de comunicación personal PCS-, se desprende que el legislador no desconoció el principio de unidad de materia al consagrar la disposición normativa contenida en el parágrafo del artículo 10 acusado. El Procurador considera que el legislador, al atribuirle a la Superintendencia de Industria y Comercio la vigilancia, inspección y control sobre los regímenes de competencia en los servicios no domiciliarios de comunicación, lejos de desconocer la máxima de la unidad normativa "quiso (...) expedir una norma integral que no sólo regulara la prestación del servicio de comunicación personal PCS, sino que también contenga, como en el caso que nos ocupa, la asignación de las funciones de vigilancia, inspección y control del régimen de libre y leal competencia en esa actividad, atribuyéndosela a la Superintendencia de Industria y Comercio".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En los términos del artículo 241-4 de la C.P., la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda

2. Aclaración previa

Dado que la doctora Martha SÁCHICA de Moncaleano, quien desde el 1 de septiembre del presente año se desempeña como Magistrada encargada del despacho que ocupaba el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, se declaró impedida para conocer del presente proceso debido a su parentesco con el demandante, la Sala Plena de la Corte en sesión del 13 de septiembre de los corrientes decidió aceptar dicho impedimento y ordenó pasar el expediente al magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien actúa como ponente.

3. Planteamiento del problema

Corresponde en esta oportunidad a la Corte decidir si el párrafo del artículo 10 de la ley 555 de 2000 infringe el principio de unidad materia o cualquier otro precepto superior. Pero antes es conveniente anotar que el presente proyecto de sentencia corresponde en su integridad al que dejó registrado el doctor Cifuentes Muñoz, antes de retirarse de la Corte, cuyo contenido lo comparte plenamente el ponente.

3.1. El principio de unidad de materia

Todo proyecto de ley, ordena el artículo 158 de la C.P., debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. Este mandato Superior, conocido como principio de unidad de materia, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, así:

" El artículo 158 de la C.P. contiene un precepto análogo al que recogía el artículo 77 de la Constitución anterior (Acto Legislativo No. 1 de 1968). Ordena la norma constitucional que "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva Comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma Comisión (...)".

"La exigencia constitucional se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final. El principio de **unidad de materia** que se instaura, contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma, diseñada bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de sus destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos. El estado social de derecho es portador de una radical pretensión de cumplimiento de las normas dictadas como quiera que sólo en su efectiva actualización se realiza. La seguridad jurídica, entendida sustancialmente, reclama, pues, la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas y métodos de depuración desde la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la República.

"La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia

la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cual por recaer sobre la materia, tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley.

"La interpretación del principio de **unidad de materia** no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el **principio democrático**, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley.

"Anótase que el término "materia", para estos efectos, se toma en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente."

4. El tema dominante de la Ley 555 de 2000 gira en torno de la prestación de los servicios de comunicación personal (PCS), los que se definen literalmente en el artículo 2º de dicha ley como aquellos "servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro electromagnético asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS, y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes". Agrega la norma que estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencia que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.

La Ley 555 de 2000 se ocupa de varios aspectos del aludido tema: objeto; redes de PCS; prestación de servicios de comunicación personal; principios generales de contratación aplicables a los servicios de comunicación personal; plazo de la concesión para los servicios PCS; naturaleza de los concesionarios de los servicios PCS; modificación de la concesión; procedimiento de selección de contratistas; pliego de condiciones; audiencia pública; subasta; valor mínimo; garantía de seriedad de las propuestas; contraprestaciones económicas de los concesionarios de servicios PCS; condiciones de prestación de los servicios; concesiones iniciales; nuevas concesiones; audiencia pública de subasta; inversión extranjera en la prestación de servicios PCS; competencias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para promover y regular la competencia entre los operadores de los servicios de comunicación persona; recaudos de pagos que efectúen los operadores de PCS; régimen de protección del usuario de los servicios de PCS; criterios para la adjudicación de contratos y concesiones.

5. El párrafo del artículo 10 de la citada ley señala que la Superintendencia de Industria y Comercio será la autoridad que ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de todos los demás sectores económicos, para lo cual aplicará la Ley 155 de 1959, el Decreto 2113 de 1992 y la Ley 256 de 1996, "sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y de la Comisión Nacional de Televisión."

La determinación de las condiciones de libre y leal competencia en el campo de los servicios de comunicación personal, no es un asunto que escape al propósito de regulación integral de esta actividad. Independientemente de su contenido concreto y específico, el mencionado servicio tiene el carácter de actividad económica que con arreglo a la ley se convierte en la actividad principal de los operadores autorizados para suministrarlo a las personas que lo demanden.

Las normas vigentes sobre libre y leal competencia económica - Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996 -, se aplican por regla general a todos los empresarios y empresas que concurren al mercado a ofrecer sus bienes y servicios. Los límites a la actividad económica - asociados al régimen de las prácticas comerciales restrictivas o de las normas que garantizan la libre y leal competencia económica -, pueden referirse a todos los sectores o complementarse con regulaciones especiales que consulten las condiciones de un determinado género de empresas. Estas normas legales, en cierta medida, desarrollan los principios constitucionales que aseguran la libre competencia, garantizan los derechos del consumidor y proscriben abusos en el mercado.

No cabe entonces censurar al legislador que dispone la aplicación del régimen general de libre y leal competencia a la actividad económica que se propone regular de manera integral. De una parte, la remisión que se hace al anotado régimen corresponde a una técnica de integración normativa que puede legítimamente emplear la ley y que evita la reiteración innecesaria de cuerpos normativos aplicables al asunto tratado. De otra parte, el mandato legal que impone el respeto del régimen común de libre y leal competencia a las empresas de servicios no domiciliarios de comunicaciones, no es extraño al tema central que desarrolla la ley. Si el legislador pretendió dictar una regulación completa relativa a los operadores de dichos servicios, no se ve por qué no pueda entrar a establecer las reglas que ellos deben observar como partícipes de ese mercado. La lectura atenta de la ley lleva a la conclusión de que un objetivo sistemático persiguió el legislador. En efecto, en el estatuto se encuentran reglas que ordenan la relación del Estado con los operadores de los servicios de comunicación personal; asimismo, se establecen disposiciones que introducen pautas de comportamiento para gobernar las relaciones entre los operadores y los usuarios. El régimen

de libre y leal competencia económica, por lo demás, básicamente se predica de las relaciones de los operadores entre sí como participantes de un mismo mercado.

1. Podría sostenerse que la mención al régimen de competencia debería limitarse a las empresas que prestan los servicios de comunicación personal, sin extenderse de manera general a los "servicios no domiciliarios de comunicaciones". Sin embargo, ello no es así, pues los servicios personales de comunicación, regulados por la ley demandada, por definición se ubican dentro del género de los servicios de comunicación no domiciliarios y, por tanto, constituyen una especie de estos últimos. Aunque la disposición legal acusada, bien habría podido contraerse a los servicios de comunicación personal, la ampliación del campo de actuación de la norma legal -respecto de los servicios no domiciliarios de comunicación-, resulta, a juicio de la Corte, vinculada por conexidad a la materia de la ley. Los servicios de comunicación personal, como se sabe, han surgido como alternativa frente a otros sistemas de comunicación no domiciliarios ?v.g. la telefonía celular con tecnología digital-, que emulan por integrar en un sólo sistema de comunicación móvil un conjunto de servicios inalámbricos con el objeto de aprovechar los últimos desarrollos tecnológicos y ofrecer al cliente una opción personalizada, sin limitaciones de lugar y de tiempo, potenciando su capacidad de interacción con diversas redes. En últimas, los distintos servicios de comunicación no domiciliarios, aunque revisten ciertas particularidades, convergen hacia un mismo mercado y se nutren de los desarrollos de una tecnología en permanente evolución. De ahí que el legislador haya decidido someter a todos los operadores de los servicios de comunicación no domiciliarios a un mismo régimen de competencia. El hecho de que la disposición legal se haya incorporado dentro de las normas que componen la disciplina de una especie de estos servicios, no le resta sentido ni utilidad; tampoco, esta circunstancia permite aseverar que la ley como un todo pierda unidad, pues, se repite, conserva conexidad con el tema general, máxime si se considera que se trata de actores que compiten dentro de un mismo mercado.

7. No obstante, la frase "*así como de todos los demás sectores económicos*", que pertenece al parágrafo demandado, resulta inconstitucional. No existe ninguna conexidad entre este aserto de la ley, y el tema central que en ella se desarrolla. La Ley 555 de 2000 no se ocupa de regular el fenómeno económico en general. Como se ha expresado, su cometido específico se restringe a los servicios de comunicación personal. Sólo por las razones expresadas se advierte que, en lo tocante al régimen de competencia, la ley incidentalmente se refiere a los servicios de comunicación no domiciliarios. Pero, más allá de éstos, la inclusión de "los demás sectores económicos", se revela excesiva y sin conexión alguna con la materia que sirve de eje a la regulación.

8. Aparte de la inconstitucionalidad que, por lo expuesto, afecta la frase transcrita del

parágrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, la Corte no estima que dicha norma viole ningún precepto de la Constitución Política. Dentro del marco de la Carta el legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en punto de la libre y leal competencia económica. La atribución de competencias, judiciales o administrativas, en esta materia, no está predeterminada por la Constitución. Puede, por tanto, el legislador concentrar un cúmulo de competencias en un organismo público - v.g. Superintendencia de Industria y Comercio -, o según su afinidad y objeto, distribuir las entre varias autoridades.

En todo caso, la competencia económica libre y leal, como principio constitucional y legal, como objeto del derecho, tiene autonomía y admite ser tratado con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas. Desde este punto de vista, el hecho de que corresponda a la Comisión Nacional de Televisión trazar y dirigir la política de la televisión, según lo determine la ley, en modo alguno significa que todo lo que atañe a los operadores de este servicio necesariamente comprometa el ejercicio de sus funciones. Estos sujetos son además destinatarios del resto del ordenamiento jurídico y, por serlo, se relacionan de manera distinta con múltiples procedimientos y autoridades. Como operadores económicos, actores del mercado de un servicio, no escapan a las reglas de la competencia leal y libre y, por consiguiente, a las autoridades instituidas por la ley para hacer efectivas las obligaciones y deberes de este régimen.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo del artículo 10 de la Ley 555 de 2000, con excepción de la frase "*así como de todos los demás sectores económicos*", que se declara **INEXEQUIBLE**.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO (E)

Magistrada

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN H. ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

Quito, D. M., 14 de agosto de 2013

SENTENCIA N.º 009-13-SIN-CC

CASO N.º 0008-12-IN

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La presente acción pública de inconstitucionalidad fue presentada el 24 de enero de 2012 a las 12h58, por el economista Rafael Correa Delgado, presidente constitucional de la República de Ecuador.

El secretario general (e) de la Corte Constitucional, el 24 de enero de 2012, certificó que la acción de inconstitucionalidad N.º 0008-12-IN, tiene relación con los casos Nros. 0067-11-IN y 0069-11-IN.

El 22 de mayo de 2012 a las 15h48, la Sala de Admisión conformada por los exjueces constitucionales, Ruth Seni Pinoargote, Edgar Zárate Zárate y Hernando Morales Vinueza; admitió a trámite la presente acción de inconstitucionalidad, disponiendo además correr traslado de la acción al presidente de la Asamblea Nacional y procurador general del Estado, a fin de que intervengan, defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma presuntamente inconstitucional. De igual manera, se dispuso la publicación de un resumen completo y fidedigno de la demanda en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional, con el objeto de poner en conocimiento del público la existencia del proceso.

En virtud del sorteo correspondiente y la normativa constitucional aplicable al caso, el juez constitucional sustanciador, Patricio Pazmiño Freire, avocó conocimiento de la presente acción pública de inconstitucionalidad.



El 06 de noviembre de 2012, se posesionan ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la Primera Corte Constitucional integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República

En virtud del sorteo realizado por el Pleno del Organismo en sesión extraordinaria del 11 de diciembre de 2012, correspondió a la jueza constitucional, Tatiana Ordeñana Sierra, sustanciar el presente caso.

Mediante providencia del 6 de junio de 2013, la jueza sustanciadora, Tatiana Ordeñana Sierra, avocó conocimiento de la presente causa.

Acto normativo impugnado

El presidente de la República, economista Rafael Vicente Correa Delgado, en aplicación del artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República y 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presentó ante la Corte Constitucional, para el período de transición, la presente acción pública de inconstitucionalidad respecto del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, aprobada por la Asamblea Nacional y promulgada en el suplemento del Registro Oficial N.º 642 del 27 de julio de 2009.

Artículo 72.- Aprobación y Publicación.- Si el Pleno de la Asamblea Nacional aprueba el proyecto de ley interpretativa en segundo debate con la mayoría absoluta de sus miembros, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su publicación en el Registro Oficial. En caso de que la Asamblea Nacional no apruebe el proyecto de ley interpretativa, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su archivo.

Normas constitucionales presuntamente vulneradas

En opinión del accionante, las normas o principios constitucionales que se verían vulnerados son los establecidos en los artículos 137 tercer inciso, 138, 139 y 147 numerales 11 y 12 de la Constitución de la República.

Argumentos presentados por el accionante

Según el accionante, la disposición normativa contenida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa debe ser declarada inconstitucional, toda vez que priva la facultad colegisladora del presidente constitucional de la República en los procesos de aprobación de leyes interpretativas. En ese sentido,



asegura que la Constitución de la República no establece excepción alguna respecto de un proyecto, ya sea orgánica, ordinaria o un proyecto de ley interpretativa, ya que una vez aprobadas, “necesaria y obligatoriamente, debe, en ambos casos, ser puestos en conocimiento del Presidente de la República a efectos de que el mismo se pronuncie respecto de aquellos a través de la formulación de la respectiva objeción, en forma previa a su promulgación en el Registro Oficial”.

Contestación a la demanda

El presidente de la Asamblea Nacional, Fernando Cordero Cueva, dentro de la contestación a la demanda, explicó que la interpretación de las normas con rango de ley, ha sido encargada de manera exclusiva a la Función Legislativa, por lo que es una “tarea independiente, autónoma y radicalmente distinta, respecto de la creación, modificación y derogación de las leyes” lo que no es lo mismo legislar e interpretar, pues esta última no puede extenderse a la Función Ejecutiva.

Asimismo, establece que el procedimiento de aprobación de una ley interpretativa tiene como fundamento el paralelismo de las formas, por el cual “las formas deben ajustarse en correspondencia con el objetivo y el fondo del asunto”, motivo por el cual la interpretación de una norma expedida en el seno de la Asamblea Nacional requiere de la misma forma (ley), pero no el mismo procedimiento.

En similares términos, explica que la diferencia entre la aprobación de una ley y su interpretación, radica específicamente en el objeto. Pues en el primer caso se regula, vía legal, “un precepto constitucional, creando, extinguiendo o modificando derechos”, mientras que en el segundo caso “tiene como único fin el darle sentido a una norma existente” motivo por el cual es una función que no requiere veto o sanción presidencial, al contrario se encuentra excluida dicha competencia de la Función Ejecutiva en aplicación del principio que: “En derecho público, solo se puede hacer lo que está permitido, lo demás, está prohibido” contenido en el artículo 226 de la Constitución de la República.

Por último indica que dentro de las facultades constitucionales otorgadas al presidente de la República, no consta el de ser co-intérprete de las leyes, por lo que hacer extensiva la posibilidad de objetar leyes interpretativas es improcedente, ya que la Constitución ha entregado dicha facultad exclusivamente a la Asamblea Nacional, motivo por el cual solicitan se deseche por

improcedente la acción de inconstitucionalidad propuesta por el presidente de la República.

Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado

El abogado Marcos Arteaga Valenzuela, director nacional de patrocinio y delegado del procurador general del Estado, indicó que el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Judicial deviene en inconstitucional, toda vez que contraría el procedimiento para la aprobación de leyes orgánicas y ordinarias, de conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Constitución de la República.

De igual manera indica que la facultad, otorgada al Ejecutivo, de sancionar o vetar todos los proyectos de ley aprobados por el legislativo, “constituye un mecanismo para equilibrar las funciones del Estado, estableciéndose más bien una especie de control inter orgánico (...)”.

Asimismo, asegura que: “Tanto la facultad colegislativa, como el procedimiento para la aprobación de las leyes son absolutamente claros”, y no establecen ninguna excepción respecto de la aprobación de leyes, ya que una vez aprobados, necesariamente deben ser puestos a consideración del Ejecutivo, a efectos de que se pronuncie respecto de la sanción u objeción de la ley de manera fundamentada. Motivo por el cual se adhirió a la acción plateada por el presidente de la República, y solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución que otorga a la Corte Constitucional la competencia para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. De igual forma, el literal c del artículo 75 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el artículo 54 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, dispone que la Corte es competente para resolver acciones de

inconstitucionalidad respecto de leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.

Naturaleza del control abstracto de constitucionalidad

El artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina la finalidad del control abstracto de constitucionalidad, el que responde a garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, por medio de la identificación y eliminación de las incompatibilidades normativas que puedan generarse, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás que integran el sistema jurídico de Ecuador.

En ese sentido, esta Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación a la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad de normas, respecto de lo cual ha observado que el objeto de la presente acción es verificar la constitucionalidad, de fondo o forma, de una disposición normativa. Es más, la Corte Constitucional como máximo garante de la supremacía constitucional, tiene la competencia para determinar si una norma impugnada se encuentra en armonía con el texto constitucional, o por el contrario lo contradice; lo que constituye:

(...) una garantía efectiva para mantener el orden del sistema jurídico del país, convirtiéndola así en freno para que los demás órganos y autoridades que ejercen potestad estatal, con competencia para expedir cuerpos normativos, sometan su accionar al marco jurídico que la Constitución y las leyes establecen¹.

Sin embargo, es imperante mencionar que en aplicación del artículo 76 numerales 3, 4 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la Corte Constitucional debe revisar con suma atención los presuntos motivos por los cuales se impugna la inconstitucionalidad de una norma, toda vez que debe propender a la permanencia de dicha norma en el ordenamiento jurídico nacional. Motivo por el cual resulta procedente verificar que la carga de argumentos expuestos por los accionantes sea clara, diáfana y específica, a fin de entender las presuntas contradicciones que existen entre el contenido de la norma y los preceptos constitucionales que presuntamente vulnera; esto con el objeto de propender a una interpretación conforme a la Constitución o la expulsión de la norma objeto de análisis.

¹ Corte Constitucional de Ecuador, para el período de transición, sentencia de 016-12-SIN-CC, caso N° 0039-11-IN, el 26 de abril de 2012.



Determinación de los problemas jurídicos

Una vez que la Corte se ha pronunciado respecto a la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad, y a su competencia, resulta necesario determinar los problemas jurídicos que servirán de base para examinar si la norma impugnada cumple o no con los preceptos constitucionales antes descritos. Con este objeto, la Corte resolverá los problemas jurídicos expuestos a continuación:

- ¿Cuál es la naturaleza de la ley interpretativa expedida por la Asamblea Nacional?
- ¿Cuál es el procedimiento legislativo que debe seguir la aprobación y expedición de la ley interpretativa?

Argumentación de los problemas jurídicos

¿Cuál es la naturaleza de la ley interpretativa expedida por la Asamblea Nacional?

El artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República determina que una de las competencias de la Función Legislativa es la de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. En ese mismo sentido, el artículo 133 de la Constitución identifica la existencia de leyes orgánicas y ordinarias, estableciendo dentro de los artículos 137, 138 y 139 el procedimiento legislativo que debe seguirse para su aprobación.

En ese mismo sentido, el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Función Judicial establece la competencia de la Asamblea Nacional para interpretar las leyes mediante la expedición de la pertinente ley interpretativa, de igual manera el artículo 3 del Código Civil dispone que: “(...) Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”.

De lo dicho, se extrae que el intérprete auténtico de la Ley es la Asamblea Nacional; sin embargo, resulta necesario dilucidar ¿Qué son las leyes interpretativas expedidas por la Asamblea Nacional? Para hacerlo, esta Corte se pronunciará primero respecto a lo que significa interpretar una norma jurídica, para después referirse al tipo de interpretación realizada por el legislador, para



concluir respecto de la naturaleza de las leyes interpretativas en el ordenamiento jurídico nacional.

En ese orden de ideas, el proceso de interpretación de una norma jurídica tiene como fundamento la posibilidad de extraer el contenido abstracto de un enunciado normativo y aplicarlo en un caso concreto. Es más, las leyes no se interpretan únicamente cuando su inteligencia o aplicación es oscura, sino que el proceso hermenéutico se genera también cuando las leyes son claras, pues este supone un ejercicio técnico-intelectual, por medio del cual los operadores de justicia –en su mayoría– extraen el significado de una prescripción normativa para ser aplicado en la resolución de un caso concreto²; por lo que la interpretación de la prescripción normativa, da como resultado una norma; lo cual implica extraer el contenido normativo del enunciado legal y aplicarlo en la realidad.

De lo dicho, esta Corte observa como indispensable diferenciar el concepto de enunciado normativo de la norma. Siendo, a breves rasgos, el primero objeto de interpretación, mientras que la segunda es el resultado práctico de dicho proceso³. Así pues, el enunciado normativo, o lo que es igual la prescripción normativa, implica un enunciado lingüístico que contiene un mandato, prohibición o permisión de carácter generalmente prescriptivo; mientras que en el segundo caso, al hablar de norma, esta implica “(...) los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos”⁴. Por lo que, las normas son el resultado de la interpretación de los textos normativos o enunciados. Así, esta interpretación intenta encontrar el verdadero significado práctico de la prescripción o permisión contenida en las expresiones de la norma legal, artículos pertenecientes a una ley, o de cualquier otra disposición normativa del ordenamiento jurídico de un país.

De esta manera, la interpretación no solo corresponde a un órgano del Estado, al contrario la interpretación de la ley es un medio de aplicación, por el cual se logran alcanzar los objetivos por los cuales un enunciado normativo fue adoptado, en otras palabras, por medio de la interpretación se alcanza la verdadera eficacia jurídica de una disposición normativa. De hecho, no solo las

² Arturo Alessandri, *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*, Tomo I, Parte Preliminar, Sección Segunda, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 171

³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1046-01, 04 de octubre de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1046-01.

autoridades del estado pueden interpretar la norma, sino que también lo hacen los particulares. En el primer caso, hablamos de la interpretación proveniente de la autoridad, mientras que en el segundo nos referimos a la interpretación doctrinal o de particulares; lo que las diferencia son sus efectos, pues mientras la interpretación de autoridad es vinculante, la interpretación doctrinaria o particular generalmente no lo es.

En ese sentido, la interpretación otorga un significado práctico a la prescripción normativa, para adecuarla a la realidad social en que se generan sus efectos; dicha aplicación, al provenir de una autoridad, puede generar efectos solo en casos concretos o análogos o de manera general y abstracta para toda la sociedad. En el segundo caso, nos referiremos, aunque no de manera exclusiva, a la interpretación legal o auténtica ejercida por el Poder Legislativo en el caso de las disposiciones legales.

En el marco de lo expuesto, esta Corte debe pronunciarse respecto a este tipo de interpretación (interpretación legislativa auténtica), pues como hemos visto, al legislador le corresponde interpretar de manera generalmente obligatoria la ley. Al respecto, es indispensable considerar que la interpretación de una norma con carácter general era tradicionalmente otorgada exclusivamente al poder legislativo, siendo este el órgano con máxima representación democrática; sin embargo, actualmente existen otros poderes y órganos del Estado que interpretan de manera general y obligatoria las leyes y preceptos normativos.

Por ejemplo, los más altos tribunales de justicia de algunos países, mediante el procedimiento de interpretación judicial, tienen la función y competencia de expedir sentencias con carácter vinculante, ya sea para el caso concreto, para casos análogos, o con efectos *erga omnes*⁵; asimismo, como en el caso de Ecuador, la Procuraduría General del Estado tiene la posibilidad de solventar las dudas respecto de la inteligencia o aplicación de las normas legales dentro del ordenamiento jurídico nacional, pronunciamiento de carácter vinculante para la administración pública e inclusive para particulares⁶. Lo que diferencia la interpretación auténtica de aquellas provenientes de otros órganos del Estado, es el principio de motivación y fundamentación.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 001-10-JPO-CC, caso No. 0999-09-JP, 22 de diciembre del 2010.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia N° 0002-09-SAN-CC, caso 0005-08-AN, 04 de febrero de 2009.



Al respecto, esta Corte observa que mientras la interpretación de autoridad proveniente de otros órganos estatales, diferentes a la Función Legislativa, deben caracterizarse por el principio de motivación, entendido como la fundamentación razonable, contenido en la letra l del artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República; la interpretación auténtica al provenir del legislador no requiere en la misma medida dicha motivación, pues es el mismo creador de la norma quien la interpreta⁷.

De lo dicho, se extrae que el legislador realiza una interpretación auténtica de la ley, pues al contrario de otros poderes del Estado, no crea una nueva disposición normativa, sino que es a su propia voluntad a la que le dota de alcance, por lo tanto la aclara, más no la declara primigeniamente.

En este estado de la situación, es necesario establecer cuál es la naturaleza de una ley interpretativa. De lo expuesto con anterioridad, se puede concluir que el legislador es el intérprete auténtico de su propia voluntad, por medio de la cual logra hacer efectivos los propósitos por los cuales un enunciado normativo fue adoptado; así, el resultado de dicha interpretación se caracteriza por formar, sustancialmente, un mismo cuerpo normativo con la ley interpretada, compartiendo entonces una unidad material de objeto e identidad.

Asimismo, el principio de unidad de materia impide que la función legislativa, mediante una ley interpretativa, pueda volver a regular; por medio de reforma, derogación o expedición, un punto ya establecido dentro de la ley interpretada, motivo por el cual la ley interpretativa únicamente puede declarar el sentido de aplicación de una ley precedente, más no contener nuevos enunciados normativos. Razón por la cual, la ley interpretativa se entiende vigente desde el momento de expedición y en la vigencia de la ley interpretada.

Sobre lo dicho, la Corte Constitucional de Colombia ha observado que la ley interpretativa tiene la misma "(...) fuerza jurídica vinculante de la norma interpretada, aunque su objeto no radica en establecer nuevos mandatos o prohibiciones, ni en introducir reformas o adiciones a lo dispuesto en aquella, sino en precisar el sentido en que debe entenderse lo ya preceptuado"⁸.

De allí que la naturaleza de la ley interpretativa sea únicamente reiterar o aclarar la voluntad ya establecida en la disposición normativa que se interpreta, trayendo

⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-270-93, 13 de julio de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ *Ibíd.*

como resultado la existencia de una norma aplicable en la realidad social. Cabe precisar entonces, que al tratarse de la reiteración de la voluntad soberana otorgada al legislador, dicha ley debe cumplir con los mismos principios de abstracción, generalidad y vinculatoriedad, motivo por el cual su aprobación y expedición requiere de una ley para que genere dichos efectos.

¿Cuál es el procedimiento legislativo que debe seguir la aprobación y expedición de la ley interpretativa?

Una vez que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la naturaleza de la ley interpretativa, resulta necesario pronunciarse respecto a qué procedimiento y requisitos deben cumplirse para expedir dicha ley. Sobre el problema jurídico planteado, cabe considerar que la Asamblea Nacional, por medio de su representante, considera que el proceso de aprobación de una ley interpretativa es una facultad exclusiva de la Función Legislativa, ya que “(...) se trata de una tarea independiente, autónoma y radicalmente distinta, respecto de la creación, modificación y derogación de las leyes, en cuyo caso (...) debe contar con la participación del ejecutivo, en aplicación de la facultad de colegislación (...)”⁹, motivo por el cual el procedimiento de aprobación y expedición de dicha ley debería ser distinto al de aprobación y expedición de la ley interpretada; de hecho, este parecería ser el fundamento establecido dentro del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, toda vez que aprobado el proyecto de ley interpretativa en segundo debate, con la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional, su presidenta o presidente debe ordenar su publicación en el Registro Oficial.

Sin embargo, es necesario precisar que si bien esta Corte Constitucional ha establecido que la ley interpretativa guarda unidad material con la ley interpretada, también es cierto que dicha unidad se relaciona únicamente al contenido material de la norma, más no a su procedimiento formal que lleva a su aprobación. De hecho, el carácter vinculante, general y abstracto de la ley interpretativa obliga a que dicha norma sea expresada mediante una disposición normativa que cumpla con todos los requisitos constitucionales establecidos para tal efecto. Por lo que una cosa es la existencia de una misma entidad normativa sustancial, y otra muy diferente la existencia de un proceso especial para la aprobación y expedición de una ley interpretativa.

A partir de lo expuesto, y de manera reiterada, esta Corte ha observado que las características de abstracción, generalidad y vinculatoriedad de la ley

⁹ Asamblea Nacional de Ecuador, Contestación a la Demanda, Caso N.º 0008-12-IN. Foja 29 del proceso.



interpretativa obligan a que su adopción se realice por medio de una ley; lo cual tiene mayor sentido al observar que la Constitución ha establecido un procedimiento para la aprobación de leyes, con lo cual, una norma secundaria no puede fijar un procedimiento especial no contenido en ella. Así pues, el artículo 133 constitucional, ha determinado la existencia de dos tipos de leyes, las cuales son leyes orgánicas y ordinarias, instituyendo además el procedimiento legislativo para su aprobación y promulgación; sin que exista diferencia alguna respecto de la aprobación de leyes interpretativas que no pueden ser caracterizadas como una ley con “procedimiento especial”, denominación inexistente en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

En ese sentido, si se le otorga al legislador la posibilidad de pronunciarse respecto de una misma materia tratada dentro de la ley interpretada, la ley interpretativa debe cumplir con los mismos requisitos constitucionales establecidos para la promulgación de la ley interpretada, pues si para la promulgación de la ley interpretada es una exigencia la observancia del procedimiento establecido en la Constitución, esta Corte no encuentra fundamento alguno para que la ley interpretativa pueda ser adoptada sin las exigencias de dicho procedimiento. Con lo cual, esta última debe cumplir con los mismos requisitos de iniciativa, mayorías, sanción y objeción presidencial, y demás requisitos establecidos en la Constitución.

Es más, la propia Constitución de la República, dentro de la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título IV, establece el procedimiento legislativo que debe cumplirse para la aprobación y promulgación de una ley en Ecuador; además el propio legislador, en aplicación del artículo 69 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ha establecido que: “La Asamblea Nacional interpretará de modo generalmente obligatorio las leyes, y lo hará mediante la correspondiente ley interpretativa”, motivo por el cual dicha categoría de ley, por mandato constitucional, debe cumplir con el procedimiento legislativo contenido en la Constitución. En efecto, sobre este particular la Corte Constitucional de Colombia consideró:

En otras palabras, la interpretación toca necesariamente la materia tratada en las normas que se interpretan, de modo que si la Constitución ha señalado ciertos trámites y exigencias para que el Congreso legisle acerca de un tema, ellos son aplicables tanto a la norma básica que desarrolla la función correspondiente como a las disposiciones que se dicten para desentrañar su sentido por vía de autoridad¹⁰.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-270-93.

Como argumentos la Asamblea Nacional señala que otorgarle potestad al Ejecutivo para sancionar y objetar una ley interpretativa, resultaría en una intromisión a su facultad exclusiva de interpretar las leyes. Al respecto se considera que la facultad de sanción y objeción (veto) presidencial, otorgada al Ejecutivo por la Constitución, no debe entenderse como un mecanismo de oposición, al contrario supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), por medio del cual se busca establecer una colaboración mutua entre el Ejecutivo y el Legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado, además de prevenir una invasión del legislativo en la actuación y administración del Poder Ejecutivo, logrando alcanzar un verdadero equilibrio de poderes¹¹.

Así, si el Constituyente ha otorgado la competencia al presidente de la República de participar, mediante la sanción y objeción, en el proceso legislativo principal; no existen razones justificables para excluirlo del procedimiento de reiteración o aclaración de dicha voluntad, en aplicación del principio de racionalidad mínima¹², por medio del cual, en miras de establecer un diálogo abierto y democrático, se garantiza que dentro del procedimiento de creación normativa, todos los actores del procedimiento legislativo, incluido el Ejecutivo, conozcan de la materia que se está regulando; lo que dentro del proceso de interpretación implicaría que todos los actores que participaron dentro de la formación de la ley principal, tengan “pleno conocimiento de los efectos que su decisión produce respecto de las normas que interpretan”¹³.

En efecto, no solo el Ejecutivo debe ser partícipe dentro del procedimiento legislativo de la ley principal, sino que además, en aplicación del principio de racionalidad mínima, el presidente de la República tiene derecho a conocer los proyectos y propuestas presentados con el objeto de reformar, derogar o interpretar la disposición normativa de la cual fue partícipe, con el objeto de cooperar con el Poder Legislativo, y evitar que por medio de su interpretación se tergiverse la voluntad compartida con el legislador en búsqueda de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

¹¹ Elisur Arteaga Nava, *El veto en el derecho constitucional mexicano*, Revista del Senado de la República, México, vol. 4, núm. 13, octubre-diciembre de 1998, en Oscar Nava Escudero, *Reflexiones Jurídicas Sobre el Veto al Presupuesto de Egresos*, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, N° 17, julio – diciembre de 2007, formato digital: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/ard/ard6.htm#N8>.

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-076-07, 07 de febrero de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-245-02. 09 de abril de 2002. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.



Por lo expuesto, esta Corte Constitucional considera que el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, no solo excluye al presidente de la República del procedimiento legislativo para la aprobación y promulgación de una ley interpretativa, sino que además imposibilita la existencia de un diálogo abierto y democrático entre los actores que configuran dicha voluntad soberana, estos son el Legislador y el Ejecutivo, violando los artículos 133, 137, 138 y 139 de la Constitución de la República.

En consecuencia con la finalidad de salvaguardar el principio de conservación del derecho, y en aplicación del artículo 429, 436 numeral 1 y 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta Corte Constitucional ve la necesidad, como lo ha hecho en ocasiones anteriores¹⁴, de aplicar una sentencia manipulativa sustitutiva, como medio idóneo de “garantizar la vigencia de derechos constitucionales y la supremacía constitucional”. Razón por la cual, se declara inconstitucional la frase “la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su publicación en el Registro Oficial”, la que deberá ser sustituida por “éste deberá ser tramitado conforme lo prescrito en los Arts. 63 al 65 de esta Ley”.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA


1. Aceptar parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad propuesta por el economista Rafael Correa Delgado, presidente Constitucional de la República del Ecuador.
2. En ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, se declara la inconstitucionalidad sustitutiva de la frase “la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su publicación en el Registro Oficial”, la que deberá ser sustituida por “éste deberá ser tramitado

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0004-13-SAN-CC, caso No. 0015-10-AN, 13 de junio del 2013.
Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia 001-10-SIN-CC, casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 18 de marzo de 2010.

conforme lo prescrito en los Arts. 63 al 65 de esta Ley". En consecuencia el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispondrá:

Artículo 72.- Aprobación y Publicación.- Si el Pleno de la Asamblea Nacional aprueba el proyecto de ley interpretativa en segundo debate con la mayoría absoluta de sus miembros, éste deberá ser tramitado conforme lo prescrito en los artículos 63 al 65 de esta Ley. En caso de que la Asamblea Nacional no apruebe el proyecto de ley interpretativa, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional ordenará su archivo.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Wendy Molina Andrade
PRESIDENTA (E)



María Augusta Durán Mera
SECRETARIA GENERAL (E)

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con siete votos de los señores jueces y señoras juezas: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote y Wendy Molina Andrade, sin contar con la presencia de los jueces Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión ordinaria del 14 de agosto de 2013. Lo certifico.



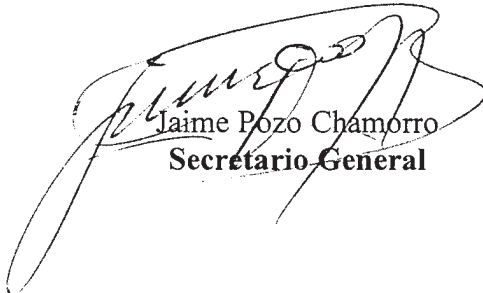
María Augusta Durán Mera
SECRETARIA GENERAL (E)



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO No. 0008-12-IN

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por la jueza Wendy Molina Andrade, presidenta (e) de la Corte Constitucional, el día lunes 09 de septiembre de dos mil trece.- Lo certifico.



Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

JPCH/lcca



Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Maldonado Sánchez.

CORTE CONSTITUCIONAL.- SALA DE ADMISIÓN.- Guayaquil, 10 de octubre de 2013, las 09:11. **Vistos:** De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 432 de la Constitución de la República y 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, en virtud del sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria de 16 de mayo de 2013, esta Sala de Admisión conformada por los Jueces Constitucionales María del Carmen Maldonado Sánchez, Wendy Molina Andrade y Alfredo Ruiz Guzmán, en ejercicio de su competencia **AVOCA** conocimiento de la **causa N.º 0022-13-IN, Demanda de Inconstitucionalidad** presentada por Juan Carlos Darquea Suárez, Bernardo Maya Arroyo; y, Farith Simon Campaña. **Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.-** Los demandantes formulan demanda de inconstitucionalidad por la forma los artículos 1, 2 y 7; y, por el fondo los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, dictada por la Asamblea Nacional, y publicada en el Registro Oficial Suplemento N.º. 797 de 26 de septiembre de 2012.- **Normas constitucionales presuntamente vulneradas.-** A criterio de los demandantes, las disposiciones jurídicas señaladas son contrarias a las normas constitucionales por la forma y fondo con las contenidas en los artículos 11 numeral 4; 66 numeral 26; 76 numerales 2, 6 y 7 literal a); 136; y, 321 de la Constitución de la República. **Argumentación Jurídica:** Los demandantes en lo principal exponen sobre la inconstitucionalidad por la forma lo siguiente: *“De acuerdo al artículo 76, numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el desconocimiento o vulneración de las normas formales y procedimentales en la producción normativa, únicamente acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad cuando implica la transgresión de los principios o fines sustanciales para los cuales fue instituida la respectiva regla. Ha quedado demostrado en los puntos precedentes que no solo se ha transgredido el art. 136 de la Constitución, que recoge el principio de unidad de materia, sino que además se han vulnerado los fines sustanciales para los cuales se la instituyó. Como se ha visto a través de la jurisprudencia colombiana, los fines de esta norma con el de brindar seguridad jurídica, publicidad y transparencia en el proceso de creación de leyes. Se ha vulnerado la seguridad jurídica y la publicidad con la aprobación de esta Ley dado que al camuflar disposiciones legales de una materia bajo el título de otra, se crea confusión e incertidumbre por parte de la ciudadanía”.* Así también indican sobre la inconstitucionalidad por el fondo, en lo principal, lo siguiente: *“Así, pueden darse situaciones en que el derecho de dominio se encuentre separado de su tenencia material, como sucede con el arrendatario, el usufructuario, entre otros. El segundo inciso del art. 1 de la LODDL prescribe que las medidas precautelares podrán ordenarse en casos en que “estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos*

sujetos. Cabe decir que el dominio solamente se adquiere por los modos de adquirir el dominio que se encuentran taxativamente enumerados en el Código Civil. El "público conocimiento" de ninguna manera constituye un modo de adquirir el dominio. Esto podría llegar al extremo en que se embargue el bien de una persona por el simple hecho de que una institución estatal quiera cobrar una deuda de quien lo tenga. Por ello, una medida precauteladora basada solamente en indicios o en el público conocimiento crearía una situación de confusión e inseguridad jurídica puesto que se tomaría en cuenta solamente la situación material del bien. En muchos casos, esto devendría en una clara violación al derecho de propiedad dado que no se consideraría los mecanismos jurídicos a través de los cuales se lo adquirió".-

Pretensión.- Por lo expuesto, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad por la forma los artículos 1, 2 y 7 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales por la violación al principio de unidad de materia conlleva una violación a la seguridad jurídica, publicidad y transparencia en el proceso legislativo; y, por el fondo los artículos 1 y 2 de la misma Ley por vulnerar los derechos de propiedad, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Al respecto esta Sala realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo innumerado cuarto, inciso segundo, agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional, con fecha de 28 de agosto de 2013, ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. **SEGUNDO.-** El artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República determina como competencia de la Corte Constitucional: "Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado", en concordancia con los artículos 75 y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **TERCERO.-** El artículo 79 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece los requisitos que debe contener la demanda de inconstitucionalidad. Del análisis de la presente demanda, esta Sala considera que la misma cumple con los requisitos exigidos por la Ley, por tanto, se **ADMITE** a trámite la causa **n ° 0022-13-IN**; en consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley *Ibidem*. se dispone: **1.-** Córrese traslado con esta providencia y la demanda a la señora Gabriela Rivadeneira Burbano, en su calidad de Presidenta de la Asamblea Nacional, órgano emisor de las disposiciones demandadas; al señor Rafael Correa Delgado, en su calidad de Presidente de la República del Ecuador, órgano colegislador; y al señor Diego García Carrión, en su calidad de Procurador General del Estado, a fin de que intervengan, defendiendo o impugnando la constitucionalidad de las normas y disposiciones señaladas por los accionantes, en



el término de quince días, debiendo señalar casilla constitucional para futuras notificaciones; **2.-** Requierase a la Secretaría General de la Asamblea Nacional, para que en igual término, remita a esta Corte el expediente con los informes y demás documentos que dieron origen a las normas impugnadas; **3.-** Póngase en conocimiento del público la existencia del proceso a través de la publicación de un resumen completo y fidedigno de la demanda en el Registro Oficial y el portal electrónico de la Corte Constitucional; **4.-** Téngase en cuenta la casilla judicial señalada por los accionantes, así como su correo electrónico, para futuras notificaciones. **5.-** Procédase al sorteo correspondiente para la sustanciación de la presente acción. **NOTIFÍQUESE.-**


Dra. María del Carmen Maldonado S.
JUEZA CONSTITUCIONAL


Dra. Wendy Molina Andrade.
JUEZA CONSTITUCIONAL


Ab. Alfredo Ruiz Guzmán, Mg
JUEZ CONSTITUCIONAL

AGM

LO CERTIFICO.- Guayaquil, 10 de octubre de 2013, las 09:11.


Dra. María Augusta Durán Mera
SECRETARIA
SALA DE ADMISIÓN (e)

EXP. N.º 014-2002-AI/TC

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de enero del año 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con el Voto Singular del Magistrado Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.º 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32º de la Carta Magna vigente. Afirma que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

De otro lado señala que, al haberse aprobado la Ley N.º 27600 por solamente 53 votos en favor, se ha violado la Constitución en cuanto a la forma, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento de aprobación de una ley orgánica.

Finalmente el demandante, incidiendo en la diferenciación entre promulgación y publicación de las leyes, afirma que al haberse retirado la firma del texto constitucional lo que se ha ocasionado es la despromulgación de la Carta Política Fundamental.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206º y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Señala que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32º y 206º permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso

de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Agrega que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

En cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el demandado indica que tal prohibición atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente. La propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene sustento en la Constitución, pues el artículo 45° de dicho texto es claro en esta materia al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo puede ejercerse dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley. Refiere que el referéndum es el mecanismo que la Constitución ha previsto para otorgar a las reformas la legitimidad política necesaria que garanticen su perdurabilidad.

Por otra parte, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la Ley N.° 27600 no tuvo porqué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente enfatiza que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la Resolución Legislativa N.° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993.

FUNDAMENTOS

I. EL PETITORIO DE LA DEMANDA

1. El demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.° 27600 sobre la base de los siguientes fundamentos:

a) Que dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos establecidos para una ley orgánica, la cual es el instrumento jurídico requerido para canalizar el proceso de reforma.

b) Que el artículo 1° de la Ley N.° 27600 "despromulga" la Constitución de 1993, al haber retirado la firma del Presidente de la República que la promulgó;

c) Que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que consideran debe ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido; y,

d) Que con la excusa de reformar la actual, el Congreso de la República pretende dictar una nueva Constitución.

II. LA FUENTE LEGAL COMPETENTE PARA AUTORIZAR EL ESTUDIO DE UN PROYECTO DE REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Primer fundamento del petitorio)

2. El primer cuestionamiento a la validez constitucional de la Ley N.º 27600 hace referencia a los eventuales vicios de procedimiento en su aprobación, pues, considera el demandante, al haberse aprobado con una votación favorable de 53 congresistas, se ha transgredido el segundo párrafo del artículo 106º de la Constitución, que establece que los proyectos de ley orgánica "se tramitan como cualquier ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

Alega que, si se autoriza la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma total de la Constitución, que incidirá en la regulación de la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Norma Fundamental, ella debió aprobarse mediante una ley orgánica.

3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Sin embargo, antes de precisar sus razones, es necesario detenerse en el análisis de un argumento que, aunque no se encuentra planteado, puede inferirse del tenor de la demanda. En efecto, si la impugnación contra la Ley N.º 27600 no es entendida en sus justos términos puede conducir al absurdo de sugerir, o desembocar en la idea de que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado -prevista en la Constitución-, para ser válida sólo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206º de la Norma Fundamental.

4. Tal supuesto es inadmisibles, ya que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206º de la Constitución. Y es que es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

5. No parece, sin embargo, que ese sea el sentido de la impugnación planteada contra la Ley N.º 27600. El propósito de la demanda parece estar destinado a exigir que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso debe ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria.

6. El Tribunal tampoco comparte dicho criterio. En efecto, el artículo 106º de la Constitución de 1993 delimita claramente las materias que pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica. A saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, previstas en la Constitución, así como aquéllas cuya regulación mediante esta fuente del derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se circunscriba a lo regulado por los artículos 31º, 66º y 200º de la Constitución.

7. En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias. Aquéllas, precisamente, para las cuales se ha previsto una reserva de ley orgánica; o, formulada de modo inverso, que las materias establecidas

en el artículo 106° y las conexas, únicamente pueden ser reguladas mediante determinada fuente del Derecho.

8. El Tribunal Constitucional destaca que esa reserva de ley orgánica no es un tema que, por analogía, pueda extenderse a otras materias no previstas en tal dispositivo. Y es que, como sucede con toda reserva de ley, de las que naturalmente no escapa la ley orgánica, ésta siempre es expresa y nunca implícita.

9. Es evidente que la Ley N.° 27600 no pretende regular la estructura y organización de un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Mediante ella el Congreso de la República sólo ha encargado que una de sus comisiones –la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento- proponga un proyecto de reforma total de la Constitución.

10. En ese sentido, y contra lo que se afirma erróneamente en la demanda, el Tribunal Constitucional considera que si la Ley N.° 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, ésta habría tenido que ser declarada inconstitucional. Ello porque mediante leyes orgánicas no es posible legislar otras materias que las que el propio artículo 106° de la Constitución prescribe (incluyendo, desde luego, sus remisiones a otros preceptos constitucionales).

11. Finalmente, no está de más recordar que el encargo del Congreso de la República a una de sus comisiones para que proponga un mero Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución no requiere de autorización previa mediante una ley ordinaria, dado que la elaboración de un proyecto, cualquiera sea la materia que se trate, es un tema que incumbe al Congreso de la República y, como es obvio, su tratamiento ya se encuentra regulado en su Reglamento, que también es una fuente que tiene rango de ley.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que este primer aspecto de la pretensión debe desestimarse.

III. LA "DESPROMULGACIÓN" DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL RETIRO DE LA FIRMA DEL EX-PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI (Segundo fundamento del petitorio)

12. El segundo tema planteado por el demandante tiene que ver con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1° de la Ley N.° 27600. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

"Suprímese la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N.° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República".

13. El demandante considera que este dispositivo es inconstitucional, ya que uno de los efectos jurídicos del artículo 1° de la Ley N.° 27600 sería la "despromulgación" de la Constitución de 1993; ello porque, al retirarse la firma de quien ejercía la Presidencia de la República en el momento en que aquella se promulgó, se cancelaría el acto mismo de promulgación.

§1. La promulgación de la Constitución de 1993

14. El artículo 136° del Decreto Ley N.° 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, dispuso que se considerara a dicho órgano, "por su naturaleza emanada del voto popular", como "soberano y autónomo respecto de los otros poderes del Estado". Éste tenía como finalidades "Elaborar y aprobar el texto de la nueva Constitución Política del Perú, definiendo la estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo", así como "ejercer la función legislativa, con las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución Política de 1979 para el Congreso de la República y las Cámaras Legislativas, en cuanto sean aplicables y procedentes de acuerdo con la presente Ley" (Art. 138, incisos 1) y 2).

15. El artículo 147° del referido decreto disponía que "El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa. La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum".

16. A su vez el artículo 148° del decreto en mención señalaba que "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado –agregaba-, será sometido a un segundo referéndum. De repetirse el resultado, el Poder Ejecutivo efectuará las rectificaciones correspondientes dejándolo expedito para su promulgación". La acotada norma, posteriormente, fue modificada por el artículo 1° del Decreto Ley N.° 25686, y su redacción final fue de la siguiente forma: "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado será sometido a referéndum".

17. Por otro lado, el artículo 1° de la Ley Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1993 disponía que, "a efectos de conocer la voluntad del pueblo peruano respecto del nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático", "procédase a realizar un referéndum". Su artículo 3° señalaba que "Se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SÍ superan a los del NO".

Finalmente, la Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señalaría que, "Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979". En suma, el artículo 147° del Decreto Ley N.° 25684, esto es, una norma dictada por el gobierno de facto, señalaba que la promulgación de la Constitución Política la realiza(ría) el Presidente Constitucional de la República.

18. A juicio del Tribunal Constitucional, una disposición semejante es inocua desde un punto de vista jurídico-constitucional, fundamentalmente por dos razones:

a) Por la propia naturaleza del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, éste no podía regular y limitar la actuación de un Poder Constituyente, como lo fue el Congreso Constituyente Democrático. Es decir, no podía condicionar a que la futura obra de dicho órgano tuviese que ser promulgada por un poder constituido; y,

b) El artículo 147 del Decreto Ley N.° 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el Presidente Constitucional de la República, *status* que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

19. Por la consideración expuesta, la comunicación transmitida al gobernante de facto de ese entonces, con fecha 20 de diciembre de 1993, en virtud de la cual el Presidente

del CCD y los miembros de su Junta Directiva, disponían que: "Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación", debe entenderse como el envío para que este último ordene la publicación de la Constitución de 1993.

§2. Promulgación de la Constitución y promulgación de la ley

20. Los demandantes sostienen que la promulgación de la ley tiene un carácter análogo a la promulgación de la Constitución. Sobre la materia es factible señalar lo siguiente:

21. La promulgación de la ley, según el artículo 108° de la Constitución, es realizada por el Presidente de la República, dentro del plazo de quince días desde que ésta es remitida por el Congreso de la República.

Dicha promulgación forma parte del procedimiento legislativo, ya que pertenece a la fase integradora de su eficacia, conjuntamente con la publicación. Quien lo hace, por ese mero hecho, no participa en el ejercicio de la función legislativa, pues como dispone el mismo artículo 108° de la Constitución, el Presidente de la República promulga "la ley aprobada según lo previsto por la Constitución" [Cf. Serio Galeotti, *Contributo alla Teoria del procedimento legislativo*, Giuffré editore, Milano, 1985, Pág. 288 y ss.]. Esto es, la ley tiene la condición de tal una vez que ha quedado sancionada por el propio Congreso de la República, y no porque ella haya sido promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, la sola sanción de la misma no basta para que ella rija y, por consiguiente, sea obligatoria, ya que como lo disponen los artículos 108° y 109° de la Constitución, es necesario que ésta sea promulgada y publicada.

22. Mediante la promulgación de la ley, el Presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración (Domingo García Belaunde, "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima, 1990, Pág. 26 y ss); Asimismo, mediante ella el Presidente de la República da fe de que el texto de la ley es efectivamente el que el Congreso de la República ha aprobado y sancionado.

Finalmente, la promulgación contiene el mandato para que se publique y sea cumplida por todos. [Nicolás Pérez Serrano, "Las erratas en las leyes", en *Escritos de Derecho Político*, T. II, INAP, Madrid 1984, Pág. 858-859].

23. El acto de promulgación se realiza en la autógrafa de la ley. Ésta, por su propia naturaleza, agota todos sus efectos en el acto mismo en que se realiza.

Por lo tanto, la promulgación de la ley no impide que pueda ser sometida a un control de constitucionalidad formal, esto es, que pueda ser evaluado el procedimiento de su aprobación señalado en la Constitución y en el Reglamento Parlamentario, so pretexto de que el Presidente lo hizo en el acto de la promulgación [Stefano María Cicconetti, "Promulgazione e pubblicazione delle legge", en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Varesse 1988, Pág. 100 y ss]. En ese sentido, la promulgación no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

24. Por otro lado, es conveniente advertir que su obligatoriedad no depende exactamente de su promulgación, sino que se deriva directamente de los artículos 51° y 109° de la Constitución, el último de los cuales señala que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".

En razón de lo expuesto, la obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial.

25. Como expone Juan José Solazabal Echevarría ["Sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria", en Revista de Estudios Políticos, N.º 55, 1987, pág. 379], la promulgación "es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato... de su publicación".

26. ¿Cabe extrapolar dicha doctrina para el caso de la promulgación de la Constitución y afirmar, como lo hacen los demandantes, que con el retiro de la firma del ciudadano japonés Alberto Fujimori Fujimori, la Constitución de 1993 quedó despromulgada?

El Tribunal Constitucional considera que, detrás de tal objeción, se oculta una particular perspectiva del significado y valor del acto de la promulgación. Como indica Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, Pág. 562), el valor que a ella se le ha brindado es múltiple, y obedece, en sus primeras construcciones doctrinales, a la lucha entre el principio democrático y el principio monárquico.

En efecto, para un primer grupo de autores, "dicha fórmula no sería sino la materialización externa del acto de sanción real (en los regímenes republicanos, de la decisión presidencial de no ejercer su derecho de veto)".

Para un segundo grupo, "consistiría en una orden de ejecución de la ley, la que haría ejecutoria y de obligado cumplimiento para los ciudadanos (por cuanto el Jefe de Estado expresaría así la voluntad de éste en su conjunto) y para la Administración y los jueces (que, conforme ocurría en el Antiguo régimen, se conciben como autoridades exclusivamente dependientes del Rey, único que les obliga con sus órdenes)".

Para un tercer grupo, "la promulgación sería un acto de reconocimiento de la adopción de la ley por el Parlamento y de certificación o autenticación de su texto". Y para un cuarto grupo, "se confundiría con la publicación (sería, en definitiva, la orden de publicación de la ley)"

27. El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra.

28. Por todo ello, la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori es jurídicamente viable y de ningún modo borra los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma del Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral –al tiempo de suscribir la Constitución- no está, pues, declarada por ley alguna.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente "Constitucional" de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de "despromulgarla".

IV. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Tercer fundamento del petitorio)

30. El demandante alega que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 autoriza la reforma total de la Constitución, lo que juzga incompatible con la Norma Suprema, pues ésta sólo autorizaría la reforma "parcial". Al respecto, el artículo 2° de la ley impugnada señala que:

"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993".

31. Pese a que la controversia se ha planteado (y desarrollado) en torno a los alcances de la reforma constitucional, lo primero que tiene que expresar este Tribunal es que aquélla, vistas bien las cosas, es una problemática prematura, *nom nata*. En efecto, el artículo 2° de la Ley N.° 27600 no pretende plantear como problema si la reforma puede tener alcances totales o parciales: dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna. En puridad, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a "proponer un proyecto" de reforma total de la Constitución.

Como antes se ha anotado, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso de la República se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley, cualquiera sea la materia sobre la que verse, no es un asunto vedado por la Constitución.

Antes bien, según señala el artículo 105° de la Constitución, "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República". Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República.

32. Las razones anteriormente expuestas servirían para desestimar, en este extremo, la controversia sometida al Tribunal Constitucional. Sucede, sin embargo, que ampararse en ese criterio para rehuir las cuestiones sustantivas que se han planteado, supondría una inadmisibles falta de consideración con las partes en el presente proceso

y, principalmente, con la sociedad, que está a la expectativa de lo que pueda sostener este Tribunal sobre su futuro constitucional.

33. En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y "fomentando el desarrollo del derecho objetivo", al mismo tiempo de ejercer una labor de "orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución" (Jutta Limbach, "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", en *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, N.º 3, México 1999, pág. 73).

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley N.º 27600 es o no constitucional.

Es conveniente señalar que este pronunciamiento no está referido al contenido mismo de la reforma, sino sólo a la posibilidad de su realización, pues es claro que entre tanto éstas no hayan sido aprobadas, este Tribunal no está en la capacidad de poder efectuar forma de control alguno.

35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.

36. El problema, entonces, es el siguiente: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Previamente, antes de ingresar al análisis de los cuestionamientos precedentes, consideramos necesario referirnos a los antecedentes que se registran en la historia republicana del Perú en torno a este problema.

V. El Poder Constituyente, la Constitución y la Reforma Constitucional en la historia republicana del Perú

37. El origen de nuestra vida republicana está estrechamente ligado con nuestra historia constitucional. Como afirmara Jorge Basadre, al referirse a la Declaración de Independencia Nacional, las palabras del General San Martín, autoproclamado Protector del Perú, en torno a nuestro carácter "libre e independiente", simbolizaron la nueva forma que desde ese instante asumía el país y el salto audaz que éste emprendía.

Esa República, "libre e independiente", sustentada en la "justicia de su causa", aprobó sus "Bases de la Constitución Política" el 17 de diciembre de 1822, y posteriormente su primera Constitución, la de 1823, y desde entonces ha permanecido fiel a los principios políticos y sociales de organización de un Estado democrático.

Las Bases de la Constitución de 1822, como expresa García Belaunde, en realidad no eran una Constitución, sino (contenía) los principios sobre los cuales se aprobaría(n) la(s) futura(s) Constitución(es) [Domingo García Belaunde, "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en *Revista Ayer*, N.º 8, Madrid 1992, Pág. 150].

Es allí donde surgen los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú. A saber, que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2º), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4º) y representativa (artículo 7º); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9º) y que éste se sustenta en la separación de funciones estatales.

38. No obstante ello, a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán ["La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, P.L. Villanueva, Lima 1962, Pág. 45], hemos vivido "haciendo y deshaciendo constituciones". En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio.

39. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél.

Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaunde, "Bases para la historia constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, *Las constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9].

40. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y "revestir" de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales.

Cancelado el régimen autoritario en noviembre del año 2000, en una muestra evidente de madurez cívica y constitucional del pueblo y sus autoridades, no se ha seguido la opción de buscar una salida informal, sino de utilizar los mecanismos que la Constitución de 1993 prevé para seguir regulando la vida institucional del país. Como corolario de todo lo expuesto, es que se declaró la vacancia del cargo del Presidente de la República, que precaria e infielmente venía ocupando el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, nombrándose como Presidente Constitucional a don Valentín Paniagua Corazao, quien se encargó de iniciar la transición democrática.

41. El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana, como enseguida veremos:

42. Nuestros primeros constituyentes, los que aprobaron la Carta de 1823, atendiendo a las difíciles circunstancias en que ella fue promulgada, establecieron que la misma

debía ser ratificada o reformada, concluida que fuera la guerra de Independencia, por un Congreso General, cuyos integrantes debían ser investidos con poderes explícitos. Según los artículos 191° y 192° de la Constitución de 1823, ésta quedaba sujeta "a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra" para cuyo efecto "deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello".

43. La Constitución de 1826, presentada por Simón Bolívar, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, sometido a los colegios electorales y ratificada por el mismo Consejo el 30 de noviembre de 1826, sin que en su texto o ratificación participaran representantes elegidos por el pueblo o por éste directamente [José Pareja Paz-Soldán, *Las constituciones del Perú (Exposición, crítica y textos)*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, Pág. 157 y ss].

El procedimiento seguido para su aprobación, distinto al previsto en la Carta de 1823, además de instaurar una suerte de Monarquía no hereditaria [Manuel Vicente Villarán, "Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar", en Sociedad Bolivariana de Venezuela, *Testimonios peruanos sobre el libertador*, Imprenta Nacional, Caracas 1964, Pág. 87 y ss.], fue cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, a tal punto que, después de seis semanas de haberse jurado, se tuvo que convocar a un Congreso General Constituyente para que decidiera cuál iba a ser la Constitución que debía regir.

La convulsión social y las difíciles circunstancias políticas –que incluían el receso del Parlamento, un levantamiento militar en la Capital y algunas provincias, además del peligro de guerra externa– obligaron al Presidente del Consejo de Gobierno, Mariscal Andrés Santa Cruz, quien ostentaba el Poder Ejecutivo en calidad de "encargado", a consecuencia del golpe de Estado de enero de 1827, a convocar dicho Congreso, el cual una vez reunido, por Ley del 11 de junio de 1827, declaró nula la Constitución de 1826 y restauró la de 1823, con modificaciones, hasta que se diera una nueva.

44. La Constitución de 1828, llamada también "la madre de nuestras constituciones" por don Manuel Vicente Villarán ("La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, citado, Pág. 45), fue debatida y sancionada por el Congreso General Constituyente, estableciendo su inmutabilidad por un lapso de 5 años, al cabo de los cuales debía reunirse una Convención Nacional para revisarla y eventualmente reformarla en todo o en parte. En cumplimiento a lo establecido por el artículo 177° de dicha Carta, la Convención se reunió en julio de 1833, pero no pudo abocarse de inmediato al debate de la reforma constitucional, por las difíciles circunstancias políticas que se vivían, especialmente la relacionada con la sucesión presidencial.

No pudieron efectuarse elecciones presidenciales en todos los colegios electorales, por lo que la Convención tuvo que elegir un Presidente Provisional para que se hiciera cargo del Poder Ejecutivo, una vez que concluyó el mandato del Mariscal Agustín Gamarra (el cual fue elegido de manera provisoria por el Congreso, luego del golpe militar encabezado por el General La Fuente). Dicha elección, que suscitó una guerra civil, concluyó algunas semanas antes de la promulgación de la Constitución, cuyo texto, salvo ligeras variaciones, era fundamentalmente idéntico al de la Carta de 1828.

45. La Constitución de 1834, a su vez, establecía un procedimiento sumamente agravado para la reforma de "uno o más artículos", recayendo en el Congreso ordinario su aprobación. Dicha Constitución fue elaborada por una Convención

Constituyente, que fue convocada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177° de la Constitución de 1828.

46. Como resultado del golpe de Estado del 24 de agosto de 1838, se convocó a un Congreso Nacional unicameral, el cual tuvo que reunirse en Huancayo debido a que la Capital aún se encontraba ocupada por un ejército extranjero. Este Congreso, que designó a Gamarra Presidente Provisorio de la República y ratificó todos sus actos desde que se investió del mando supremo, en poco más de tres meses aprobó la Constitución, soslayando el procedimiento establecido por la Carta de 1834 [Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales*, Editorial Grigley, Lima 1996, Pág. 47 y ss].

47. La Constitución de 1839, en esencia, repetía el oneroso procedimiento para la reforma que estableció su predecesora, el mismo que tampoco fue cumplido por la Convención Nacional en 1855.

La convocatoria a elecciones para dicha Convención, fue hecha a inicios de 1855 por el Mariscal Ramón Castilla, un año después del golpe de Estado. Uno de los primeros actos de los convencionales, como se recordará, fue la de nombrar Presidente Provisorio a Castilla, ratificando y legalizando así su autoridad.

La Convención Nacional, que declaró "derogada" por la voluntad popular la Carta de 1839, para aprobar la de 1856, tampoco cumplió con el procedimiento de reforma dispuesta por aquélla, que preveía también trámites agravados para llevarla a cabo.

48. La Carta de 1856 establecía un procedimiento sencillo para la reforma de "uno o más artículos", esto es, que el proyecto sea aprobado por tres legislaturas, previa discusión como cualquier proyecto ley. Empero, el Congreso de 1860 sancionó la Constitución de ese año, dejando de lado dicho procedimiento, al considerar que sus representantes, al ser elegidos, habían recibido el mandato expreso del pueblo para llevar a cabo la reforma [Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Librería e imprenta Gil S.A., Lima 1942, Pág. 34 y ss].

Dicha Constitución fue expedida por el Congreso constituido, "autorizado por los pueblos para reformar la Constitución Política de 1856", y promulgada, también, por el Mariscal Ramón Castilla, el 13 de noviembre de 1860; el cual, previamente, disolvió el Congreso y convocó a elecciones legislativas, de las que emanó el Parlamento ordinario que se convirtió en Constituyente por propia decisión.

Debe recordarse que el artículo 131° de dicho texto disponía que para reformar uno o más artículos constitucionales se necesitaba que el proyecto sea aprobado en dos legislaturas distintas (por el Congreso constituido), previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

49. La Constitución de 1867, de tan efímera vigencia, fue sancionada por un Congreso Constituyente convocado por el Gobierno de la dictadura bajo la presidencia del General Mariano Ignacio Prado. Y como ocurrió con las anteriores, el procedimiento seguido para su aprobación no tomó en cuenta lo dispuesto por su predecesora.

50. La Carta de 1920 fue producto de una situación extra constitucional. El 4 de julio de 1919 Augusto B. Leguía instauró su llamado "Gobierno Provisional" e inmediatamente después convocó a una consulta plebiscitaria para reformar la Constitución de 1860, cuya ejecución recaería en las cámaras legislativas reunidas en Asamblea Nacional.

Dicha Asamblea, inmediatamente después de instalada, no sólo se limitó a introducir las reformas aprobadas en la consulta popular, sino que decidió que en virtud de sus poderes constituyentes podía dictar una nueva Constitución. Elaborada ésta, fue sancionada y luego promulgada por el propio Leguía, y estuvo vigente en tanto éste se mantuvo en el poder.

La Carta de 1920 atribuía la competencia de su reforma, sin precisar si ésta podía alcanzar la totalidad de su articulado o sólo una parte de él, al Congreso Ordinario. Disponía la necesidad de su ratificación en otra legislatura ordinaria y el voto conforme de una mayoría calificada. Dicho procedimiento y requisitos no se cumplieron al aprobarse la Carta de 1933.

51. La Constitución de 1933 fue obra de un Congreso Constituyente, convocado por la llamada Junta Nacional de Gobierno en medio de una grave crisis política, que pasó por el derrocamiento de Leguía y los sucesivos gobiernos provisorios que se formaron inmediatamente después de este hecho. Dicho Congreso Constituyente, disminuido en razón de que una parte importante de sus miembros fue encarcelada y/o deportada, la aprobó y su promulgación la efectuó el General Oscar R. Benavides, el 9 de abril de 1933. Dicho Congreso Constituyente fue convocado mediante Decreto Ley N.º 7160, del 26 de mayo de 1931, y antes que sus miembros fueran elegidos, la Junta Nacional de Gobierno, que ejercía de hecho los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designó una comisión de juristas eminentes, presidida por Manuel Vicente Villarán, para preparar un *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931) el mismo que, pese a ser presentado a la Asamblea, no se tomó en cuenta.

La Constitución de 1933, expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado.

Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el Decreto Ley N.º 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P. Francisco Morales Bermúdez.

52. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente [Domingo García Belaunde, "Sanción y promulgación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N.º 4, CAJ, Lima, 1990].

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307º señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían "juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en

conformidad con ella, los que aparecen responsables" de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones.

Al respecto, en el expediente N.º 010-2002-A/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307º de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones sobre la materia.

53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurren a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

A esta cuestionable legitimidad de origen, ya desde diciembre de 1993, Domingo García Belaunde ("La nueva Constitución del Perú", en el trabajo conjunto con Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Editorial Grigley, Lima 1994, Pág. 31) apuntaba: "En los momentos actuales, con un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir qué pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos,

será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando (es de esperar) no exista el actual ambiente autoritario".

En ese mismo sentido, César Landa (*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP, Lima 1999, Pág. 475) enfatizaba que "La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista".

54. En suma, como colofón a toda esta reseña histórica, hay un dato común en toda nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Normas Fundamentales: que normalmente la convocatoria a un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto, cuyo final o ya se había producido o era una crónica de su muerte anunciada. El cambio constitucional, en ese sentido, ha sido una cuestión de higiene democrática y de reinsertión en los principios del Estado de Derecho.

55. Contra lo que es un hecho constante en la historia peruana, los sucesos de los últimos meses permiten aseverar que la situación del Perú, en el momento en que se está discutiendo el cambio de la Constitución, no tiene parangón. En efecto, pues si bien la actual Carta fue elaborada por un Congreso Constituyente Democrático y aprobada a través de un referéndum, de muy dudosa legitimidad, también lo es que el debate sobre la posibilidad de su reforma no se plantea en un contexto en el que se convive con un gobernante de facto, cuyo final es anunciado, sino en un ambiente en el que se ha restablecido plenamente la democracia en el país y a través de los mecanismos que esa misma democracia proporciona. En ese sentido, el Tribunal observa que la intención de propiciar un proceso de reforma constitucional, con las reglas que el propio ordenamiento constitucional proporciona, constituye un hito importante en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

56. El problema, sin embargo, no es tanto la oportunidad o pertinencia del proceso de reforma, sino, como lo ha sugerido el demandante y como se ha planteado en el fundamento 36, la forma en que ella pretende llevarse adelante. En ese contexto, cabe preguntarse ¿Puede el Congreso de la República cambiar la Constitución de 1993 por otra?

VI. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

57. Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional considera que es necesario dilucidar los problemas jurídico-constitucionales que entraña la presente acción de inconstitucionalidad, lo cual exige que previamente este Colegiado se detenga a esclarecer los alcances de conceptos tales como Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional.

§1. El Poder Constituyente

58. En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente "es aquella

fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede" (E. Bockenforde, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, "El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar de Constitución" [*Poder constituyente y otros ensayos*, Editorial Normas Legales, Trujillo 2002, Pág. 73].

En tales supuestos, se dice que el Poder Constituyente, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación, ya que, como tal, puede llevar a cabo la refundación del ordenamiento constitucional sobre nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

60. El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

§2. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

62. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [*Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De

allí que el Tribunal Constitucional considere que "no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia" [Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

63. En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyès (*¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

§3. El Poder Constituyente y la Constitución.

64. La razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.

65. En la medida que una Constitución es la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una "pretensión más fuerte de validez", y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada. Por el contrario, si aquella careciera de la vocación de regir los destinos de una sociedad u omitiere el *plus* de realizar efectivamente sus contenidos, su destino no tendría por qué ser diferente al de las leyes ordinarias, circunscritas sobre intereses y proyecciones mucho más específicas. Sin embargo, el que una Constitución aspire a prolongarse en el tiempo, permite predicar de la misma una característica de suyo especial y única, que en modo alguno puede ser ignorada por los poderes constituidos.

66. No es, pues, una razón formal la que convierte a la Constitución en norma jurídica suprema, sino una razón de orden material, que, como tal, impone restricciones o líneas de obligado comportamiento a quienes corresponde aplicarla y desarrollarla. Dicha razón empieza entonces, desde su propio origen y se proyecta hasta el último valor que aquella recoge.

§4. El Poder Constituyente y el Poder de Reforma Constitucional

67. Que el Poder Constituyente se configure como el artífice de la Constitución y que esta última sea la fuente de sustento jurídico en la que reposan los más importantes valores sociales, no significa que dicho poder, durante su misión constructora, no pueda incurrir en omisiones, pues, por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.

68. Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie*, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias,

inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.

69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

70. El que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas "mutaciones constitucionales" Así, por ejemplo, lo realizado por este Tribunal Constitucional en relación con la segunda parte del artículo 173° de la Constitución, a fin de adecuar su sentido interpretativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en el expediente N.° 010-2002-A/TC [Cf. sobre el tema, Hsü Dau Lin, *Mutación de la Constitución*, Oñati (España) 1998).

Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquéllas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.

§5. Los límites del Poder de Reforma Constitucional

71. En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

72. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales.

a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de

legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

73. La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado.

Dicha condición no sólo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación.

74. b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se

consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados. Es el caso de Italia, por ejemplo, en el que si bien su Constitución republicana de 1947 ha individualizado que su artículo 139° no es objeto de reforma constitucional, sin embargo, su *Corte Costituzionale* ha extendido esos límites materiales a otros principios supremos de su ordenamiento, como los derechos inviolables del ser humano.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales.

§6. La posibilidad o imposibilidad de reformar totalmente la Constitución

78. A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada.

79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], "Una facultad de 'reformar la Constitución', atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional".

Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino ("Reforma Constitucional", en AA.VV. *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) "El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)".

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica.

81. Sucede, sin embargo, que esto que pareciera ser un asunto doctrinal perfectamente definido, tiende a relativizarse en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, prevé expresamente la hipótesis de la reforma "total" (artículo 32°). Con lo cual alternativamente, o descartamos la capacidad de reformar totalmente la Constitución, al amparo de lo que la teoría constitucional expone, en cuyo caso, nuestro parámetro deja de ser la norma constitucional y la sustituimos por la doctrina [lo que sería un verdadero contrasentido]; o, admitimos que algún sentido debe tener la disposición constitucional que señala que es posible efectuarse la reforma total.

82. Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que él no es una instancia académica donde puedan pacificarse los problemas que se presentan en la teoría constitucional, sino un órgano jurisdiccional que resuelve sus causas con la autoridad que le

proporciona la Constitución, que es la que lo crea y, desde luego, le confía la tarea de preservarla hasta donde ella misma se lo permite.

El tema, desde luego, es complejo. Pero no es nuevo, ni en el Perú (como se ha visto) ni en el derecho comparado, donde existen cláusulas de naturaleza semejante. Es el caso, por ejemplo, de lo que, *mutatis mutandi*, sucede en Alemania con el artículo 146° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 (según el cual, "La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán") o del artículo 168° de la Constitución española de 1978 [según el cual "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución (...), se procederá a la aprobación del proyecto por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reformas por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación"].

83. Al margen de la polémica que, en cada uno de esos países, hayan suscitado cláusulas de esta naturaleza, lo cierto es que más allá de lo que en el plano teórico se pueda especular, se sostiene que allí se encuentra el "poder constituyente legal" [Caso de Alemania; Cf. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlín, 1966, pág. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giuseppe Grasso, "Potere Costituente", en *Enciclopedia del Diritto*, T., Varesse 198, pág. 643], o, lo que es lo mismo, se haya constitucionalizado el poder constituyente (Caso de España; Cf. Manuel Aragón, "Reforma Constitucional (Derecho Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Editorial Civitas, Madrid 1995, pág. 5655-5656]. Esto es, como sostiene Pérez Royo se haya previsto en la práctica "la constitucionalización de la destrucción de la Constitución en la terminología de Carl Schmitt" [Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, citado, pág. 208]

Lo que significa que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución este Tribunal tenga que expedir, necesariamente habrá de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

84. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

85. De esta forma, el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

86. La Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].

87. El artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República.

Es decir, que se trata de una simple ley de reforma constitucional y no de la sustitución por otro texto constitucional. Y no puede ser observada por el Presidente de la República porque éste no participa del proceso de aprobación o sanción de la competencia de la reforma constitucional, sino, como antes se ha explicado, únicamente el Congreso de la República y/o el pueblo a través del referéndum.

88. Pero si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

89. El demandante considera que la hipótesis de "reforma total" es sólo nominal, ya que si bien en el primer inciso del artículo 32° se enuncia su posibilidad, sin embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum "la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona", "las normas de carácter tributario y presupuestal" y "los tratados internacionales en vigor". Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución.

90. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En primer lugar, porque la prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum. La primera, como se ha dicho, es la capacidad jurídica que se tiene para enmendar, modificar, suprimir o quitar una o algunas disposiciones constitucionales; en tanto, que mediante la segunda, se somete a la consulta del pueblo la aprobación de determinadas materias, incluso las reformas constitucionales, conforme dispone el artículo 206° de la Constitución.

91. En segundo lugar, no todas las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo 32°, por estar prohibidas de someterse a referéndum, constituyen límites materiales de la potestad de la reforma de la Constitución. En efecto:

a) Cuando en dicho precepto constitucional se dice, por ejemplo, que no puede someterse a referéndum las normas de carácter tributario, es claro que ella no comprende a cualquier clase de norma o fuente del derecho que la regule, sino,

concretamente, a las que por expresa disposición de la Constitución están llamadas a regular, por debajo de ella, la materia tributaria, esto es, a las leyes o los decretos legislativos.

b) Algo similar, sucede con la exclusión del referéndum respecto a los tratados internacionales en vigor. En efecto, el impedimento son los tratados en vigor; esto es aquellos que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forman parte del derecho nacional.

92. c) A diferencia de los anteriores, la prohibición de que se someta a referéndum la "supresión o disminución de los derechos fundamentales", no constituye una autorización de que tal regulación pueda ser dispuesta por cualquiera de los poderes constituidos.

c.1) En primer lugar, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados.

93. Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

94. Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

95 c.2) En segundo lugar, del hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

96. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá

disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

97. En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.

98. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que por perversos que hayan sido los fines de quienes dieron la Constitución de 1993, en ella hay la afirmación de que nuestro ordenamiento constitucional no es ajeno, neutro o desligado a un sistema material de valores.

99. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.

VIII. LOS ALCANCES DE LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

100. Ahora bien, si en el artículo 206° de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser total. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

Pero entonces, surge la pregunta ¿cómo entender la posibilidad de reformar totalmente la Constitución? ¿se trata de una competencia jurídica que pueden realizarla los mismos órganos autorizados a reformar parcialmente la Constitución? ¿Deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución?

101. A tales interrogantes, el demandante ha respondido que, pese al expreso reconocimiento de los alcances totales de la reforma, tal disposición (el artículo 32° de la Constitución), en realidad no autoriza ni permite que el Congreso la efectúe, pues ésta es siempre una función que debe realizar el Poder Constituyente y no un poder constituido. A su juicio, la posibilidad de que se sustituya la Constitución de 1993 por otra o, lo que es lo mismo, se la abroge, como expresa el artículo 2° de la Ley N.° 27600, debe sujetarse a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. En efecto, cuando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 ("Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras").

103. Con ello, como expresa Pedro de Vega, "No se niega de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental (...) en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como diría Frochot, estatuir su propia limitación" (Pedro de Vega, *La reforma de la constitución y la problemática del poder constituyente*, citado, Pág. 64).

104. Pero no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss].

105. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si la elaboración de una Constitución es posible, el problema se traslada a dilucidar quién debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? O, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto?

106. Como antes se ha expresado, el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer. Y no podría ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.

107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se*, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.

108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

109. Ahora bien, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

110. El demandante sostiene que la aprobación de una Constitución sólo puede efectuarse si ésta es realizada directamente por una Asamblea Constituyente para, posteriormente, someter su aprobación a un referéndum. El Tribunal Constitucional entiende que tal forma de ver las cosas soslaya que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyés, sino también en forma directa.

111. Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la *potestas* de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

113. Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.

114. En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión de aprobarla o no, depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano.

115. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto,

cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.

116. El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos se expresa por ejemplo cada vez que elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución.

Como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de "conformidad con la Constitución".

En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace ["Muerte de una Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid 1999] "la autorizada afirmación, conforme a la cual 'en el Estado Constitucional no hay soberano', significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados".

117. Aunque no con la claridad que se hubiese deseado, fue eso lo que se pensó durante los debates en el Congreso Constituyente Democrático. Allí, en efecto, al analizarse la introducción de los mecanismos de democracia directa y, entre ellas la del referéndum, se concordó (tácitamente) en la absoluta necesidad de que en el supuesto de reforma total de la Constitución, tuviera que participar el pueblo directamente. Ello, en atención a la trascendencia que tiene el acto de instaurar un nuevo orden constitucional [Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Pleno de 1993*, T. 3, Lima 1993, pág. 2010-2020].

118. Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, *mutatis mutandis*, para explicar el caso peruano, allí "se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la *soberanía* nacional 'reside en el pueblo' ("El poder del Estado emana del pueblo", artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca ya será a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo..., en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza la reforma total de la Constitución "positiviza el derecho a la revolución, es decir,

facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere)..." (Manuel Aragón, "Reforma constitucional (D.º Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, citado, pág. 5656).

119. Lo expuesto, no implica que al aprobarse por el Congreso un proyecto de Constitución, tal aprobación se realice sin observarse las reglas o las del Reglamento del Congreso, pues sucede que, en su condición de poder constituido, toda su actividad, incluso cuando elabora simples proyectos, debe realizarse conforme al ordenamiento jurídico.

120. El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206º de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206º de la Constitución.

IX. EL PRETEXTO DE LA REFORMA COMO MEDIO PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (Cuarto fundamento del petitorio)

121. Sobre esta materia ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado implícitamente en el desarrollo del punto anterior. No obstante, es necesario agregar algunas consideraciones adicionales. En particular, los alcances de ciertos términos empleados en la ley impugnada, en la demanda, en su contestación y en la Audiencia Pública, como son los de "reforma total", "reforma parcial", "Constitución nueva" y "sustitución de la Constitución". Para tal efecto, el Tribunal Constitucional apela a una metodología estipulativa para precisar el contenido y alcances de dichos términos.

122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama "núcleo duro" de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos.

124. Más problemático es el término "Constitución nueva", pues, por "nueva" puede interpretarse "la última Constitución en el tiempo", con independencia de si se han cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la "nueva" debe ser, por definición, distinta en su

contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término "reforma total"; y si por Constitución nueva entendemos sólo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente –aunque podría serlo- una reforma total de la Constitución vigente.

125. Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "nuevo" significa "recién hecho", y también "repetido o reiterado para renovarlo", "distinto a lo anterior", "que se añadía algo que había antes", por lo que debemos concluir que la palabra "nuevo" es algo concurrentemente "distinto y posterior" en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero ¿qué tan distinto? No puede ser "otra" Constitución completamente diferente, pues ya no sería "nueva", ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

126. En cuanto a la expresión "sustitución" de una Constitución por otra, el Tribunal Constitucional interpreta que es el cambio total de un texto por otro. En consecuencia, el término se asimila a una Constitución que rompe con el contenido de sus predecesoras.

127. Aclarados los significados de estos términos y volviendo al texto del art. 2° de la Ley N.° 27600, vemos que éste dispone, por un lado, la "reforma total" de la Constitución –vale decir, su sustitución *in integrum*, incluyendo su núcleo duro- y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

128. Esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió "reforma total" como sinónimo de Constitución "nueva", a saber, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Constitución –parcial porque respeta su Constitución histórica- que culminaría, previa aprobación por el Congreso en un necesario e inexorable referéndum, en una Constitución "nueva".

129. El demandante parece estar de acuerdo con esa intención, aunque no con la expresión escrita de ella, que se presta a confusiones. En efecto, este acepta que el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206° de la Constitución, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta, criterio que el Tribunal Constitucional comparte. El demandado, por otro lado, coincide en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido que no se modificará la Constitución histórica, tal como lo expresaron en la Audiencia Pública.

130. El Tribunal Constitucional es sensible al clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espúreo, que ofende a todos los peruanos. Por ende, comprende que el Congreso, con la ley impugnada, recoge ese clamor y trata de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que incluyó en la ley el término "reforma total" de la Constitución de 1993.

131. El Congreso de la República, en este caso, debe cumplir con el artículo 2° de la Ley N.° 27600, es decir, el Proyecto a aprobarse deberá de basarse en la Constitución histórica del país y, por consiguiente, implícitamente restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979. Dicho proceso debe culminar con el referéndum ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución.

X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.º 27600

132. Es pertinente advertir que el Congreso de la República, al dictar la Ley N.º 27600, recogió la segunda opción que planteara el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

En efecto, el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, mediante el Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS; y designó a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.º 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001. La mencionada Comisión fue instalada el 7 de junio de 2001 y designó como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, a los doctores Diego García Sayán, Ministro de Justicia, y Domingo García Belaunde. Esta cumplió con presentar su propuesta el 15 de julio del mismo año, después de ser largamente debatida y aprobada por los siguientes juristas: Javier de Belaunde López de Romaña, Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Javier Alva Orlandini, Jorge Danós Ordoñez, Jorge Avendaño Valdez, Martín Belaunde Moreyra, Enrique Bernales Ballesteros, Carlos Blancas Bustamante, Ernesto Blume Fortini, Roger Cáceres Velásquez, Ernesto de la Jara Basombrío, Patricia Donayre Pasquel, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Carlos Fernández Sessarego, Raúl Ferrero Costa, Magdiel Gonzáles Ojeda, Baldo Kresalja Rosselló, César Landa Arroyo, Beatriz Merino Lucero, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, Jorge Santistevan de Noriega, César Valega García, Armando Zolezzi Möller, Juan Federico Jiménez Mayor, Viceministro de Justicia y Secretario Técnico de la Comisión.

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

1. PRIMERA ALTERNATIVA

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados y, adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados -y que cumplan los requisitos- pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. SEGUNDA ALTERNATIVA

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.

b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. TERCERA ALTERNATIVA

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello."

(Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103).

134. En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N°. 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica

FALLA

DECLARANDO INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27600. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 014-02-AI

CUSCO

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Disiento de la presente sentencia —con el debido y recíproco respeto por las opiniones de mis honorables colegas— porque considero fundada la demanda en sus dos principales petitorios, vale decir, que estimo que el objetivo que la ley impugnada persigue (abrogar la Constitución del 93' y reemplazarla por una nueva), no puede lograrse mediante el procedimiento que ella misma autoriza, esto es, que al otorgar, dicha ley (N.º 27600), facultades al Congreso para a) abrogar la Constitución vigente; y b) reemplazarla por otra, cuyo texto sería elaborado y aprobado por él mismo, y no por un órgano *ad hoc* con facultades constituyentes recibidas expresamente del pueblo, desconoce los límites de las facultades de reforma que la Constitución vigente le otorga, esto es, los límites de las que recibe del artículo 206 de la misma, pues tal es la fuente de tales atribuciones reformadoras.

La inconstitucionalidad incurrida radica, pues, tanto en el propósito de otorgar al Congreso facultades para abrogar la Constitución vigente, que resultan reñidas con los procedimientos de reforma que ella regula, y que sólo permiten conseguir objetivos más modestos (introducción de "reformas" en la Constitución vigente), e insusceptibles de alcanzar semejante resultado; cuanto en el paralelo, y no menos traumático propósito de generar, por el mismo sencillo mecanismo del artículo 206°, el nacimiento de una nueva Constitución.

En efecto, el artículo 206° de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del depositario y titular de la soberanía y del poder constituyente originario. La simple lectura de dicho numeral pone de manifiesto que las reformas que, según el sistema allí regulado, pueden introducirse, no requieren otra cosa que la voluntad exclusiva del Congreso, puesto que, mediando un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas y el apoyo de más de los dos tercios del número legal de sus miembros) no es ya necesaria la consulta popular.

Ahora bien, nadie negará que para la abrogación de una Constitución, la aprobación del pueblo es indispensable; y nadie se atreverá a sostener, tampoco, que la elaboración y entrada en vigencia de una nueva Constitución puede lograrse sin la participación, *sine qua non*, del pueblo, y de su respectiva aprobación final. Y como la sustitución de una Constitución por otra supone ambas cosas: muerte de la primera, y nacimiento de la segunda, parece axiomático que una tal mutación jurídica no es factible —ni siquiera pensable o imaginable— sin la participación y aprobación del poder constituyente originario.

Es cierto que luego de aprobada la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con más de 80 votos cada vez, nada impide, según el artículo 206° examinado, que el Congreso someta el texto aprobado a referéndum popular; pero también lo es que nada lo obliga a tal sometimiento. Ahora bien, la opción indicada (someter el texto final, o no, a referéndum) no hace sino subrayar lo ya dicho: que no existe obligación de hacerlo y, en consecuencia, que las reformas autorizadas por el comentado dispositivo no comprenden a las que no pueden introducirse sin la participación y aprobación popular (entre las cuales están, por cierto, la derogación o abrogación de una Constitución; el lanzamiento de una nueva; y, consecuentemente, la operación conjunta de reemplazar a una por otra, pues ello supone ambas cosas: el ocaso de la primera y el amanecer de la segunda).

Sin salir del texto del artículo 206° comentado, se puede corroborar la tesis expuesta glosando su última parte, pues allí se lee que las reformas que, según el procedimiento reglado en él, se decida introducir en la Constitución, se ponen en vigencia mediante la promulgación de la correspondiente ley, cosa que, por cierto,

parece impensable respecto tanto de la abrogación de una Constitución vigente, como del alumbramiento de la llamada a reemplazarla. Las constituciones, en efecto, no se abrogan ni promulgan mediante simples leyes, pues éstas, siendo de menor jerarquía, no pueden privar de efectos a aquéllas, ni tampoco extenderles partidas de nacimiento. Las constituciones se ponen en vigencia en forma directa, y no a través de leyes, y es, precisamente, al poner en vigencia a la nueva, como resulta abrogada la vieja. La partida de nacimiento de la nueva, equivale a la de defunción de la anterior.

Concordando con lo expuesto, vale la pena recordar a Carl Schmitt, que, como se sabe, es uno de los constitucionalistas mundialmente más prestigiosos y que con mayor lucidez se han ocupado del tema de las llamadas reformas constitucionales. Carl Schmitt, en efecto, sostiene y demuestra —como tantos otros especialistas en la materia— que las llamadas "reformas constitucionales" no pueden exceder de un límite, pues los cambios —de más o de menos— que por su intermedio se operen, deben respetar la continuidad y la identidad de la Constitución en la cual se introducen. Por eso, el Congreso puede, sin duda, introducir, según el procedimiento del artículo comentado, cambios que no impliquen la muerte de una Constitución ni el nacimiento de otra. Puede pues, el Congreso, según, por lo demás, ya lo ha hecho, redactar textos, aprobarlos y ponerlos en vigencia en la actual Constitución, siempre que se respete la identidad de la misma (esto es, su partida de nacimiento y su fuente jurisdiccional) y su continuidad (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva Constitución, y no sólo uno destinado a insertarse en una ya existente, la voz cantante la tiene el poder constituyente originario, esto es, el pueblo, y no el Congreso.

Se comprende, pues, que un buen número de muy distinguidos y sobresalientes constitucionalistas, de comentaristas versados en la materia, y especialmente, de ilustres Colegios de Abogados de toda la República (parece que todos, o casi todos), incluyendo al que oficia de demandante en estos autos y al de Lima, hayan hecho conocer su opinión en el sentido expuesto: el Congreso, según el artículo 206° comentado, tiene atribuciones para introducir cambios en la Constitución vigente, y para preparar, redactar y aprobar, en última instancia, los textos correspondientes; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso no tiene las facultades necesarias para elaborar y aprobar los textos respectivos. Quien las tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo que puede —y suele— ejercerlas a través del órgano constituyente *ad hoc* que él mismo, en tal circunstancia —esto es, si desea una nueva Constitución, y no sólo la vigente reformada— tendría que designar. A este órgano *ad hoc* suele denominársele "Asamblea Constituyente", aunque puede dársele otro nombre, si bien su función será siempre la misma: preparar, debidamente investido por el pueblo, los textos de la futura Constitución, los cuales, a su turno, una vez listo el proyecto final, habrán de someterse a conocimiento y aprobación del pueblo mismo.

Conviene agregar, como complemento de un punto ya esbozado, que la parte de la ley impugnada que dispone que los textos elaborados y aprobados por el Congreso, ya organizados en forma de nueva Constitución, sean sometidos a la aprobación del pueblo, vía referéndum, pone de manifiesto que el Congreso ha advertido que el procedimiento reglado por el comentado artículo 206°, no le permite la elaboración del proyecto final de una nueva Constitución, pues, según ya se ha indicado, tal artículo no exige la consulta popular. Dicho de otro modo, para lograr dar cima a su propósito (preparar por sí y ante sí —sin perjuicio de la colaboración externa que pueda solicitar— el texto de una nueva Constitución), el Congreso ha creado un procedimiento no previsto en la Constitución, es decir, que ha agregado al procedimiento del artículo 206°, la obligación de someter el texto final a referéndum; o, si se prefiere, lo hecho equivale a la modificación, mediante simple ley (la 27600), del

artículo 206° tantas veces citado; cosa que, como se sabe, no es posible y tampoco constitucional. Lo dicho significa que por el simple hecho de someter a referéndum su propuesta de reforma, el Congreso no puede adquirir, ni ha adquirido, la potestad de elaborar y aprobar, por sí y ante sí, el texto de la nueva Constitución proyectada, materia del referéndum.

Debe destacarse, en este contexto, que la decisión de someter el texto final elaborado y aprobado por el Congreso a un referéndum, no obstante que el artículo 206° de la Constitución no lo exige, es un paso positivo que pone de manifiesto la buena fe y la seriedad con que viene actuando el Congreso. El mismo propósito encomiable se refleja en el artículo 3° de la Ley impugnada (27600) que tiene el siguiente tenor:

"El proceso de reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórums, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional".

Sin embargo, el hecho de someter a referéndum el proyecto final elaborado y aprobado por el Congreso, no es suficiente, según lo expuesto, para otorgarle las atribuciones que el artículo 206° no le otorga —y, antes bien, *contrario sensu*, le deniega— esto es, las de someter a referéndum un texto final elaborado y aprobado, en última instancia, por él mismo, como proyecto final de una nueva Constitución.

Respecto de los otros dos petitorios —a mi juicio de menor importancia, si no, en último análisis, inclusive ajenos al problema central planteado en la demanda de autos— que se relacionan, el primero, con el retiro de la firma del Ing. Fujimori Fujimori del texto de la Constitución del 93'; y, el otro, con la votación que aprobó la ley impugnada (sólo 53 votos), mis conclusiones concuerdan con las que obran en la presente sentencia, aunque los fundamentos no siempre resulten compartidos, toda vez que, a mi juicio, el retiro de la firma susodicha, visto el texto de la Ley 27600 —que precisa que ello no priva de vigencia a la Constitución del 93'— es un acto de naturaleza sólo material y que, así entendido y por ello mismo, no puede trascender al plano jurídico correspondiente, esto es, al ámbito de la validez y de la vigencia de la Constitución del 93', ni más ni menos que tampoco podría hacerlo, salvando alguna pequeña distancia, la eliminación, p.ej., de alguna mancha de tinta filtrada en el mismo documento. La validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos (ellos sí de naturaleza jurisdiccional) sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum. Así resulta del texto, claro y preciso, de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, cuyo tenor es el siguiente:

"Decimocuarta.- La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional".

A la vista de lo expuesto, la participación del Ing. AFF no era necesaria ni para la validez ni para la vigencia de la Constitución, de modo que el retiro de su firma tampoco puede afectar ni lo uno ni lo otro, pues lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar.

Corolario de lo dicho es que el retiro de la firma no produce el efecto de "despromulgar" —y menos de invalidar— la Constitución del 93'.

Entrando en el último petitorio, el relativo a la tesis de que la Ley (N.º 27600) impugnada es inconstitucional por la forma, por haberse aprobado sólo con 53 votos a favor, debo confesar, con el mayor respeto por el ilustre demandante, que no le encuentro fundamento atendible. En mi criterio, dada su naturaleza, la Ley 27600 no está comprendida en el artículo 106º de la Constitución, ni en sus reglas concordantes. El problema consiste, en este caso, en una operación lógica de encaje o simple subsunción de un objeto en una clase, o, si se prefiere, concretamente, de determinar si un individuo dado pertenece a una especie dada. Y, lo confieso, no encuentro razones que lleven a considerar que la Ley 27600 pertenece, como objeto o individuo, a la clase definida en el precitado artículo 106º de la Constitución —esto es, a la familia de las leyes orgánicas— puesto que, en efecto, mediante ella no se regula —ni se pretende hacerlo— el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, sino sólo promover la elaboración de proyectos de reforma constitucional, los mismos que, por lo demás, pueden ser preparados y presentados, por iniciativa propia, por cualquier congresista, y en ausencia de autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

Unas precisiones antes de terminar

He querido mantenerme al margen de toda consideración de tipo político, porque ellas suelen nublar el criterio técnico—jurisdiccional, de modo que en ningún momento, a lo largo de la emisión de este voto, me he detenido a pensar sobre si "conviene", o no, derogar la Constitución del 93', ni sobre si "conviene" reemplazarla, ya sea por la del 79' o por alguna otra, incluyendo a la proyectada por el Congreso.

Tampoco he querido adornar esta opinión con citas doctrinarias, jurisprudenciales o de derecho comparado, por temor a que ellas pudieran difuminar u oscurecer los perfiles estrictamente lógico—jurídicos de la misma. Además, las citas eruditas, que abundan tanto en la demanda de autos como en su contestación y en la extensa y excelentemente documentada sentencia de este Tribunal (con la que, según he manifestado líneas arriba, en parte concuerdo, pero en parte discrepo) hacen innecesaria mi incursión en tales ámbitos, pues cuanto en ellas se expresa lleva, a mi juicio, a la conclusión de que una cosa es "reformular" una Constitución, y otra, muy distinta, "sustituirla" por una nueva, tal como lo vengo sosteniendo en este voto singular.

Finalmente, porque considero un deber —en asunto tan delicado— el evitar interpretaciones inexactas, me complace declarar que estimo que el intenso trabajo de estudio constitucional que, con el serio propósito de enriquecer y elevar el nivel de nuestra Carta Magna, viene realizando el Congreso, es ciertamente meritorio y útil, y que, por lo demás, tal esfuerzo sí puede desembocar, por medio del procedimiento del comentado artículo 206º, en la introducción de las respectivas reformas en la Constitución vigente. Lo que no puede el Congreso, según aquí lo he expresado, es convertir sus proyectadas reformas, por inspiradas y lúcidas que sean, en el texto de una nueva Constitución, mediante el sólo sometimiento de ellas a un único y definitivo referéndum. El proyecto de una nueva Constitución debe ser elaborado —si se quiere una nueva Constitución— por un órgano *ad hoc* designado por el pueblo, y no, por sí y ante sí, por el Congreso, pues éste sólo tiene —según la tesis aquí sostenida— facultades para elaborar y aprobar proyectos finales de reformas constitucionales de la Constitución vigente.

SR.

AGUIRRE ROCA

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Galo Omar Cappelo Guzmán, ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil soltero, portador de la cédula de ciudadanía 171739795-2, domiciliado en la ciudad de Quito, por mis propios derechos, acogiéndome al artículo 436 en su numeral 2 y artículo 439 de la Constitución de la República, así como artículo 77 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, acudo ante ustedes para interponer la siguiente ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD por la forma y por el fondo de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, presentada por el PODER EJECUTIVO, debatida por la ASAMBLEA NACIONAL, y sancionada por el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, para ser publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 797 del 26 de septiembre de 2012, al tenor de las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES

a) Por razones de forma:

“Artículo 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

“Artículo 2.- Añádase en el Artículo 178 del Código Tributario, un segundo inciso con el texto siguiente:

En el caso de que se trate del embargo de bienes, en uso de la atribución a que se refiere el Artículo 1 de la Ley para la Defensa de los Derechos Laborales, la tercera excluyente no suspenderá la ejecución, sino a partir de que el Tribunal de lo Contencioso Tributario así lo ordene, de existir indicios suficientes de la ilegitimidad del embargo.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

“Artículo 7.- Añádase un Artículo innumerado a continuación del Artículo 36 del Código Civil, que diga lo siguiente:

Art.- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.” (Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, 2012).

b) Por razones de fondo:

Los artículos 1 y 2 de la misma Ley demandada y citados anteriormente.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

a) Por razones de forma:

La Constitución de la República del Ecuador establece, en su artículo 136, los requisitos para que la ley sea calificada, el primero de ellos estipula que el proyecto de ley debe referirse a una sola materia, su fundamento viene del principio de unidad de materia, el cual no se puede vulnerar, si se lo hiciera se estaría negando la supremacía de la Constitución, la transparencia, la garantía al debido proceso y por lo

tanto creando una inseguridad jurídica en contra posición a las normas constitucionales.

Este principio de unidad de materia ha sido base en muchas jurisprudencias colombianas, por lo que vamos a citar una parte de ellas, en el siguiente orden de sentencias:

- Sentencia C-501-01

“El principio de unidad de materia tiene la virtualidad de concretar el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta. Permite que la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. Esa conexión unitaria entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento. Con ello se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquellas que fueron debatidas y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo. De este modo, al propiciar un ejercicio transparente de la función legislativa, el principio de unidad de materia contribuye a afianzar la legitimidad de la instancia parlamentaria.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 2001, pág. 3).

- Sentencia C-025-93

“Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de

conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 1993, pág. 34).

- Sentencia C-133-12

“A partir de su regulación constitucional, la Corte ha destacado que el principio de unidad de materia se traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. Con ello, la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad.” (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, 2012, pág. 2).

Entonces podríamos decir que el proyecto de ley puede referirse a algunos cuerpos normativos si es que guarda relación lógica, conexas y coherente con el tema principal.

El tema principal de esta ley es la defensa de los derechos laborales, que se encuentran expresados en siete artículos, una disposición general, dos disposiciones transitorias, y una disposición reformativa.

El primer artículo tiene connotaciones de procedimiento civil, derecho societario, derecho civil, derecho constitucional, y derecho laboral. En el segundo artículo nos

podemos referir a materias de derecho tributario, derecho de procedimiento civil, y de principios constitucionales. El artículo tercero se refiere a materia laboral, societaria, y tributaria. El cuarto, quinto, y sexto artículo son netamente laborales con incidencia constitucional. El séptimo artículo tiene solo incidencia civil como tal.

La motivación del proyecto es su segundo requisito, la cual se expone en función de una conflictividad laboral, condiciones precarias de los trabajadores, remuneraciones injustas, pago inoportuno de utilidades y décimos sueldos, e incumplimiento de pagos a razón de las prestaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Y el último requisito es acerca de la iniciativa, en este caso se hace referencia a la iniciativa general, la del Presidente de la República, que se realizó mediante el carácter de urgencia en materia económica.

La iniciativa del Presidente de la República estuvo bajo su atribución de proponer un proyecto ley calificado de urgencia en materia económica, como lo estipula el artículo 140 de la Constitución, el cual debe ser aprobado, modificado o negado por la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de 30 días, por lo que se entregó para su análisis a la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, luego se envió el primer informe al Presidente de la Asamblea para convocar a primer debate, después se analizó las observaciones realizadas y se presentó el segundo informe para convocar a segundo debate, mediante el cual la ley fue aprobada con sus respectivas modificaciones, se entregó al Presidente de la República quien objetó parcialmente la ley aprobada y para seguir con el trámite correspondiente se devolvió a la Asamblea Nacional, al no haber un pronunciamiento (allanándose o ratificando el texto) por parte de la Asamblea Nacional el proyecto de ley se promulgó como ley decreto y se publicó en el Registro Oficial.

Analicemos un poco las características de un proyecto que se involucra netamente en una urgencia de materia económica, la doctrina nos dice que una ley de carácter económico es aquella que designan un desarrollo monetario, social, de distribución de riqueza, cambio o creación de un sistema económico nuevo. Por su parte una ley con carácter de urgente es aquella que si no se la aplicara en ese momento pudiera llegar a desestabilizar a un país y por lo tanto dañar a toda su sociedad.

b) Por razones de fondo:

- Jurisdicción Coactiva Ampliada.-

Para poder hablar de jurisdicción coactiva primeramente deberíamos hablar de jurisdicción, para lo cual el artículo 1, en su primer párrafo, del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano nos dice que es “el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.” (Código de Procedimiento Civil, 2009, pág. 1).

El Código de Procedimiento Civil define el objeto de la jurisdicción coactiva en su artículo 941, al decir que “El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento...” (Código de Procedimiento Civil, 2009, pág. 139). Por lo que asignamos este procedimiento a todas las instituciones del Estado con jurisdicción coactiva, como son el IESS; SRI; BNF; CFN; CONELEC; ANT; Banco del Estado; Ministerio de Economía y Finanzas; Ministerio de Turismo; Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero; Contraloría del Estado; Corporación de Seguros de Depósitos; Instituciones y Organismos de Educación Superior Públicos; Gobiernos regionales, provinciales, distritales y cantonales; Superintendencias; Aduanas; y, demás empresas e instituciones públicas especificadas en sus leyes orgánicas.

En cuanto al principio de subsidiaridad, nos dice que todo problema (en este caso económico) debe ser solucionado por la autoridad competente más cercana a la materia, que sería aplicable en contra de todos los obligados por Ley y no solo del obligado principal, inclusive a los herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. O en cuanto a la responsabilidad subsidiaria nos explica que no solo tiene responsabilidad los empleadores y representantes sino que se podrá ir en contra de los socios para el cobro de deudas en relación a los trabajadores.

El artículo 1270 del Código Civil, nos dice que “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y

testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 208).

Ahora analicemos el abuso de la personalidad jurídica, en donde estipula que en caso de existencia de defraudación, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad de la persona jurídica, es decir llegar hasta los representantes naturales y sus propiedades, se formula con relación a las denominadas empresas fantasmas o de papel, inclusive al testaferrismo (en donde una persona suplanta a otra, engañando a una tercera persona con su identidad ya sea natural o jurídica, generalmente por un pago monetario), por lo que el Código Integral Penal especifica el delito de defraudación en su artículo 186, numerales 3, 4, 5, y sus dos siguientes párrafos, al estipular:

“3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.” (Código Orgánico Penal Integral, 2014, pág. 31).

El artículo 17 de la Ley de Compañías también hace referencia al fraude producido por una persona jurídica en detrimento de otra, al decirnos que “Por los fraudes, abusos o

vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes lo ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,
3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.” (Ley de Compañías, 2011, pág. 5).

Así mismo en el artículo 30 de la Ley de Compañías dice que los socios serán responsables solidaria y penalmente por los contratos declarados nulos por establecimiento ilegal de una compañía o si se hicieren negociaciones distintas al objeto de la compañía. El artículo 31 da la facultad para que se embarguen las utilidades (en existencia de la empresa) y acciones (en liquidación) de los socios por parte de los acreedores pero haciendo hincapié en que no son susceptibles de embargo las participaciones comprendidas en el capital social, refiriéndose a la compañía de responsabilidad limitada, por lo que el artículo 92 del mismo texto legal nos dice que este tipo de compañía solo responde por las obligaciones hasta el monto de sus aportaciones individuales, al igual que el artículo 114 en su numeral c de ésta misma ley. Los socios de una Compañía de Responsabilidad Limitada solo responderán de forma solidaria e ilimitada por la falta de publicación e inscripción del contrato social, de acuerdo al artículo 115 numeral f. Los accionistas de compañías anónimas serán responsables solidaria e ilimitadamente por las obligaciones que se contrajeren para constituir la compañía, ante los acreedores serán responsables en la medida de que hayan recibido pagos de la compañía con infracciones determinadas en la Ley de Compañías, mencionado en el artículo 220, pero no será aplicable si lo recibieron de buena fe y como participación de los beneficios.

- Medidas Precautelares en Acción Coactiva

Las medidas precautelarias dentro de un procedimiento coactivo se dan después de emitido el auto de pago y siempre y cuando los deudores no haya pagado antes, eso quiere decir que la deuda debe ser líquida, determinada y de plazo vencido para que se pueda acceder a una medida precautelaria. Al hablar de medidas precautelarias nos vamos a dirigir directamente a la doctrina ya que el artículo no especifica cuáles son, por lo que estamos refiriéndonos al arraigo (prohibición de ausentarse del país), la retención o la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, aun a responsables solidarios, representantes legales o en general a todos los obligados por la ley. El embargo es tomado por la doctrina y las normas jurídicas pertinentes como medida precautelar solo dentro de una acción coactiva, porque lo que busca es que se pague la deuda, y el deudor puede pagarla hasta antes de la fecha del remate.

- Ineficacia de la Tercería Excluyente en lo Tributario

La tercería excluyente se refiere a la intervención de una tercera persona en un juicio, en este caso en un procedimiento coactivo, este tercer interesado reclama ser el dueño del bien en cuestión que se tomó como medida precautelar para el pago de una deuda pendiente, este tipo de tercería suspendía el procedimiento coactivo hasta que se resuelva el dominio del bien embargado o de preferencia del recaudador podrá embargar otro bien del deudor si lo hubiese para continuar con el procedimiento, a manera de resumen de lo estipulado en el artículo 960 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora el proceso solo se podrá suspender si se encontrase ilegítimo el embargo, es decir, por culpa o falta de motivación del recaudador que embargó el bien en base a una presunción de que ese mueble o inmueble pertenecía en su total dominio al deudor.

- Abuso del Derecho

Analicemos lo que nos dice la doctrina, según Máximo Pacheco, “El hombre debe conducirse según la ley de su ser y de su vocación de persona... en consecuencia...

él usa mal o abusa de sus derechos cuando los utiliza para fines inmorales, para su propio mal o para el mal de otros hombres.” (Pacheco G., 1990, pág. 147).

Vamos a revisar tres teorías que nos llevan a comprender esta noción legal:

- Teoría Finalista de los Derechos Subjetivos, Raymond Saleilles y Francois Géný son los mayores exponentes de la misma, y describen que el abuso del derecho se produce cuando no cumple su función social y su finalidad específica.

- Esta Segunda Teoría va a los motivos por los cuales actuó el titular, Louis Josserand, nos explica que hay que llegar a saber que lo impulsó a realizar el fin, si lo que llevó a conseguir el fin está conforme a Derecho entonces es legítimo y si no lo está se configura el abuso del derecho subjetivo, pues es injusto e incorrecto.

- Esta Tercera Teoría la integran Henri Capitant, George Ripert y otros, ellos establecen que primero solo se puede aplicar a una materia determinada por principios delictuales y cuasi delictuales en el ámbito civil, por lo que se lo considera como acto ilícito; si su titular lo realiza dolosamente se configura el abuso al derecho, así sea llevado a cabo por un acto de descuido. No existe abuso del derecho cuando el individuo realiza un acto sin dolo o culpa.

El Absolutismo de los derechos son aquellos que la ley los reconoce y que se pueden aplicar a libre albedrío, si un tercero sale afectado con la acción de este, no se genera ninguna responsabilidad ya que está haciendo todo dentro de lo que la ley le permite. Entonces si se ejerce su derecho no tiene por qué ofender a otro, porque se encuentra dentro de sus límites, de su derecho.

El Relativismo por el contrario a todo lo referente al absolutismo lo ve como inmoral por no tener limitaciones, por lo que lo defienden diciendo que siempre va a haber un derecho que choque con otro y por lo tanto límites, por lo que si se descuidan del objeto del derecho y no lo ejercitan adecuadamente van a lesionar el derecho de otra persona, por eso existe la frase anónima de que “tus derechos empiezan donde terminan los míos”.

TERCERO.- ARGUMENTACIÓN

a) Por razones de forma:

En cuanto a la unidad de materia, esta ley se refiere a materia Laboral, Constitucional, Tributaria, Civil, Societaria, y de Seguridad Social, desarrolladas en sus distintas normas jurídicas como son: Constitución de la República, Código del Trabajo, Código Tributario, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley de Compañías, Ley de Seguridad Social y Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Con esta razón se debió haber modificado su contenido para que no exista una inseguridad jurídica y un debido proceso en la formación de leyes, pero a pesar de eso, la Asamblea Nacional no propuso cambios para unificar las materias y se guardó su pronunciamiento a la objeción parcial del ejecutivo.

El artículo primero solo hace hincapié de los derechos laborales en su último párrafo, de allí es una norma dirigida totalmente a otros ámbitos del Derecho. El segundo artículo no tiene nada que ver con los derechos laborales, ya que no especifica que solo es inaplicable la tercería excluyente cuando se trate de pagos no realizados a los trabajadores sino que lo hace en manera general y para cualquier otra deuda. El tercer artículo si tiene una connotación laboral para defensa del derecho de los trabajadores a recibir las verdaderas utilidades. Los artículos 4, 5, y 6, son los artículos que representan a esta ley, los únicos que tienen directa incidencia en la materia laboral. El último artículo poco o nada se relaciona con la materia laboral ya que es netamente civil y se debe estudiar por separado, dando importancia al Código Civil para que lo incluya.

En conclusión, esta Ley no cumple con el principio de unidad de materia y por lo tanto tiene una grave violación constitucional por omisión del artículo 136 de la Constitución de la República en cuanto a referirse a una sola materia.

Teniendo claro el resumen de criterios acerca de una ley de carácter económico y urgente, podemos decir que la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales no entra en ninguno de los dos campos, ya que las dos

características son de aplicación general, lo económico solo es influenciado al aspecto de Derecho Laboral y lo urgente no es inminente ya que solo es dedicado a minorías detalladas en su articulado, a pesar de que sus tres primeros artículos, hoy en día, se apliquen sin discreción a todas las ramas del derecho.

Ahora, nos queda una duda, por su carácter de urgencia en materia económica, el artículo 140 de la Constitución de la República nos dice que tendrá el mismo trámite ordinario en cuanto a la presentación, discusión y aprobación, más no de la objeción o sanción del Ejecutivo, ya que en el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa termina con la aprobación del proyecto ley, queda la duda o vacío jurídico por el cual el Presidente de la República deba modificar nuevamente el contenido legal si él fue el que presentó por su propia iniciativa, a más de no cumplirse con principios constitucionales de economía procesal, celeridad, eficacia, y simplicidad; a nuestro criterio sería entrar en un plano de hiperpresidencialismo en el cual toda garantía constitucional se volvería facultad del poder ejecutivo para consignar todas las funciones dentro de una hegemonía.

b) Por razones de fondo:

- Jurisdicción Coactiva Ampliada

Por lo expuesto en la Fundamentación de la Pretención podemos darnos cuenta de que la jurisdicción coactiva está mal llamada, ya que los funcionarios administrativos a los cuales se les da la facultad para seguir dicho cobro de deudas por trámite coactivo no ejercen jurisdicción al no tener las atribuciones de los jueces; pero podemos decir que es cierta competencia otorgada de los jueces para la recaudación de haberes públicos, pero en sí no es una auténtica jurisdicción, por eso sería mejor definirlo como procedimiento administrativo de coactivas que se rige por medio de sus leyes orgánicas, estatutos o reglamentos, como lo indica el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil, el que regulará a falta de alguna norma jurídica no estipulada, y por lo tanto las leyes orgánicas, sus estatutos y reglamentos no podrán contradecir a las del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 168 de la Constitución en su numeral 3, nos habla sobre el principio de la unidad jurisdiccional, el cual no permite que se desempeñen funciones de administración de justicia ordinaria por las demás instituciones del Estado, por lo que volvemos a recalcar que la facultad otorgada a los funcionarios administrativos es demasiado amplia y no cabe constitucionalmente.

En cuanto a los terceros implicados, se aplica el principio de subsidiaridad en el cual se atribuye a su autoridad más competente para solucionar un determinado asunto, en este caso el cobro de acreencias no solo a los deudores principales sino que también a los obligados por ley, aparte de que no solo se da la facultad para el cobro de deudas laborales sino de todo índole.

Se puede generar una interpretación errónea por los funcionarios administrativos con respecto a las personas que de no aceptar la herencia se vean involucrados en pagos de deudas futuras, al estipularse que se incluye a los herederos mayores de edad que no hubieran aceptado la herencia con beneficio de inventario, por lo que existe una confusión entre repudiar y aceptar, el beneficio de inventario es una forma de aceptación, está mal redactada la norma, debería ser los herederos mayores de edad que hayan aceptado la herencia sin beneficio de inventario.

Hay normas jurídicas que no se deben regular o extra regular, ya que están representadas en sus verdaderos textos legales, y bien redactadas, como es lo enunciado anteriormente, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, la aceptación total o el repudio. Incluso en el Código Civil, en su parte pertinente, ya se estipula que si se acepta una herencia sin el beneficio de inventario, el heredero absorberá todas las acreencias como deudas que haya tenido el testador.

Como podemos analizar, existe una total ambigüedad de conceptos los cuales hacen que este primer párrafo cause una inestabilidad jurídica con un inminente *trastorno legal*.

La Ley de Compañías es reiterativa en que no se puede ejercer una responsabilidad solidaria e ilimitada, los socios solo son responsables hasta el monto en que hayan incurrido personalmente en participación de la infracción, ilimitadamente serán responsables en temas anteriores a la constitución, publicación e inscripción del contrato social, por lo que creemos que los avances que tiene el derecho en cuanto a regular de una manera efectiva algunos delitos, se borra totalmente por la violación a

la constitución y por omitir el principio de publicidad en una ley que quizá podía rescatar muchos derechos laborales.

Se vulnera la institución jurídica de una sociedad, de una persona jurídica que se establece en el Código Civil, artículo 1957, segundo inciso “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.” (Código Civil Ecuatoriano, 2005, pág. 314). Es que no es de casualidad que se tipifique en algunas normas la misma protección a los miembros de determinada compañía, es un principio universal de culpabilidad, con el vivimos cotidianamente, nos hacemos responsables en la medida en que proporcionamos el daño, muchas personas que quizá no tenían conocimiento de lo que se realizaba en la compañía se verán involucradas o peor aún personas que recibieron como herencia acciones de esa compañía fraudulenta y a la semana entra en proceso coactivo, ¿tendrán que responder con sus bienes? No por el bien de unos pocos se puede desequilibrar un sistema jurídico ya establecido.

- Medidas Precautelares en Acción Coactiva

Como habíamos visto los funcionarios administrativos no tiene la jurisdicción para determinar dentro de un procedimiento de coactivas la mala fe o no de una persona en torno al dominio de una propiedad, ya sea que existan indicios o sea de conocimiento público, esa facultad solo la tiene un auténtico juez, no un mal denominado juez de coactivas.

El embargo de un bien, bajo estas características, para luego continuar con su procedimiento de remate es totalmente inconstitucional, así se motive o justifique por cualquier causa, se está violando el derecho a la presunción de inocencia, para el cual también se está omitiendo su debido proceso y si faltaba más se está dejando de lado al derecho a legítima defensa; inclusive vamos aún más allá, que pasa con la carga de la prueba, el supuesto dueño es al que le imputan la defraudación y hasta debe demostrar que no es así, en contra de todo principio penal, en el cual si no se puede comprobar (en juicio) que es culpable se lo declarará inocente por la máxima de in dubio pro reo. Ahora, si se quiere verificar el hecho de la deuda entonces el sujeto pasivo que viene a ser el contribuyente debe rectificar la deuda o probar la inexistencia de la misma.

- Ineficacia de la Tercería Excluyente en lo Tributario

Nuevamente nos encontramos en la cuestión de presunción de inocencia, y volvemos a que a pesar de ser materia de estudio laboral, como se expide esta ley, la carga de la prueba reside en el sujeto activo, es decir, en el recaudador o funcionario administrativo, imputando al sujeto pasivo al cometimiento del delito de defraudación.

Para que la garantía de presunción de inocencia se pueda invalidar se debe probar lo contrario, como lo establece el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República al decirnos que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 26).

Ahora, si logramos demostrar que el bien es de nuestra propiedad con una sentencia otorgada por parte del Tribunal de lo Contencioso de lo Tributario (ya mal inclinada la carga de la prueba), ¿qué obtenemos si ya fue rematado, si el dinero ya fue entregado, quién nos repara el daño, acaso el Estado va a tomar la responsabilidad objetiva de resarcir el daño causado mediante una indemnización?

- Abuso del Derecho

Primeramente, hay que diferenciar lo moral con lo legal, al abuso del derecho no le importa lo moral, solo la limitación de hasta dónde y por qué de la acción para conseguir el fin en base a lo legal.

Para eso definamos el abuso del derecho, a nuestra consideración, es la mera inobservancia de la ley producida con ánimos de crear un mal mayor a una tercera persona, y con efectos desestabilizantes a un ordenamiento jurídico preestablecido.

Ya entendido su significado podemos concluir que dentro de los derechos subjetivos absolutos nunca va a haber el abuso del derecho, mientras que, en los relativos ya depende de cómo se determine la acción (generalmente siempre va a estar atado a un abuso por el criterio del otro individuo).

Un ejemplo de derecho subjetivo absoluto y en que no se podrá abusar del mismo, haga lo que se haga dentro de todo su derecho, es la facultad de designar a un individuo o como se quiera dentro de su libre disposición de mejoras en un testamento.

Por lo que, a nuestro parecer, su definición y alcance es muy amplio, la extensión en cuanto a su afectación se la mide con el daño causado a una tercera persona, la cual no menciona, solo hace hincapié al ordenamiento jurídico, por lo que podemos darnos cuenta de que no fue hecha para defender los derechos laborales de las personas, sino que encaja perfectamente con los artículos 1 y 2, que no debieron haberse publicado en esta Ley.

Habla de fines del ordenamiento jurídico, según que doctrina, no delimita su incidencia por lo que cualquier persona podría ser parte de un proceso de indemnización por transgredir un derecho subjetivo, o mejor, refiriéndonos directamente a la causa de su creación a una defraudación legal por no tener limitada su responsabilidad o gravedad en la afectación a otro, e inclusive vulnerando la presunción de inocencia en el caso de embargo de un bien atribuido por “público conocimiento”.

CUARTO.- CASILLERO JUDICIAL

El Abogado designado para este proceso es el Dr. XXX, con matrícula, YYY, profesional en el Derecho y a quién se autoriza suscribir los escritos que sean necesarios.

Las notificaciones se recibirán en el casillero judicial ZZZ del Palacio de Justicia de Quito y en la dirección electrónica XXX@hotmail.com

Firmo junto al abogado patrocinador,

Galo Omar Cappello Guzmán
CC 1717397952

Dr. XXX
CC 1628943042
Matr. YYY