

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL
1999

REPUBLICA DE COLOMBIA

**GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL**

1999

MAYO

TOMO 4

VOLUMEN II

**ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Contiene todas las Providencias proferidas en asuntos
de constitucionalidad y tutela por la Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL

MAGISTRADOS

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Vicepresidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Magistrada (E.)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ
Secretario General (E.)

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA
Relatora de Constitucionalidad

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Relator de Tutela

SUMARIO

MAYO 1999

AUTOS

SENTENCIAS DE TUTELA

	Pág.
Sentencia T-292 de mayo 10 de 1999	677
Sentencia T-293 de mayo 3 de 1999	692
Sentencia T-294 de mayo 3 de 1999	701
Sentencia T-295 de mayo 4 de 1999	715
Sentencia T-306 de mayo 5 de 1999	738
Sentencia T-307 de mayo 5 de 1999	743
Sentencia T-308 de mayo 6 de 1999	762
Sentencia T-309 de mayo 6 de 1999	770
Sentencia T-310 de mayo 6 de 1999	783
Sentencia T-311 de mayo 6 de 1999	798
Sentencia T-312 de mayo 6 de 1999	801
Sentencia T-313 de mayo 6 de 1999	803
Sentencia T-314 de mayo 6 de 1999	806
Sentencia T-315 de mayo 6 de 1999	809
Sentencia T-316 de mayo 6 de 1999	812
Sentencia T-317 de mayo 6 de 1999	815
Sentencia T-318 de mayo 6 de 1999	817

Sentencia T-319 de mayo 6 de 1999	820
Sentencia T-320 de mayo 6 de 1999	823
Sentencia T-321 de mayo 10 de 1999	825
Sentencia T-322 de mayo 10 de 1999	842
Sentencia T-323 de mayo 10 de 1999	862
Sentencia T-324 de mayo 10 de 1999	877
Sentencia T-325 de mayo 11 de 1999	883
Sentencia T-326 de mayo 11 de 1999	896
Sentencia T-338 de mayo 12 de 1999	914
Sentencia T-339 de mayo 13 de 1999	920
Sentencia T-340 de mayo 13 de 1999	926
Sentencia T-341 de mayo 13 de 1999	928
Sentencia T-342 de mayo 13 de 1999	930
Sentencia T-343 de mayo 13 de 1999	932
Sentencia T-344 de mayo 13 de 1999	934
Sentencia T-345 de mayo 13 de 1999	936
Sentencia T-346 de mayo 13 de 1999	938
Sentencia T-347 de mayo 13 de 1999	940
Sentencia T-348 de mayo 13 de 1999	943
Sentencia T-349 de mayo 13 de 1999	947
Sentencia T-350 de mayo 13 de 1999	949
Sentencia T-351 de mayo 13 de 1999	951
Sentencia T-352 de mayo 13 de 1999	954
Sentencia T-353 de mayo 13 de 1999	958
Sentencia T-354 de mayo 18 de 1999	972
Sentencia T-355 de mayo 18 de 1999	981
Sentencia T-356 de mayo 18 de 1999	986
Sentencia T-361 de mayo 20 de 1999	992
Sentencia T-362 de mayo 20 de 1999	1000
Sentencia T-363 de mayo 20 de 1999	1009

Sentencia T-364 de mayo 20 de 1999	1018
Sentencia T-365 de mayo 20 de 1999	1036
Sentencia T-366 de mayo 25 de 1999	1046
Sentencia T-367 de mayo 25 de 1999	1053
Sentencia T-376 de mayo 26 de 1999	1057
Sentencia T-377 de mayo 26 de 1999	1060
Sentencia T-378 de mayo 26 de 1999	1062
Sentencia T-379 de mayo 26 de 1999	1064
Sentencia T-380 de mayo 26 de 1999	1066
Sentencia T-381 de mayo 26 de 1999	1069
Sentencia T-382 de mayo 26 de 1999	1071
Sentencia T-384 de mayo 27 de 1999	1074
Sentencia T-385 de mayo 27 de 1999	1079
Sentencia T-386 de mayo 27 de 1999	1086
Sentencia T-387 de mayo 27 de 1999	1095
Sentencia T-388 de mayo 27 de 1999	1101
Sentencia T-389 de mayo 27 de 1999	1106
Sentencia T-390 de mayo 27 de 1999	1121
Sentencia T-391 de mayo 27 de 1999	1126
Sentencia T-392 de mayo 27 de 1999	1131
Sentencia T-393 de mayo 27 de 1999	1136
Sentencia T-394 de mayo 26 de 1999	1157
Sentencia T-395 de mayo 28 de 1999	1172
Sentencia T-396 de mayo 28 de 1999	1175
Sentencia T-397 de mayo 28 de 1999	1178
Sentencia T-398 de mayo 28 de 1999	1181

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

Sentencia SU-337 de mayo 12 de 1999	1187
Sentencia SU-360 de mayo 19 de 1999	1276

SENTENCIAS DE TUTELA
MAYO
1999

SENTENCIA T-292 **mayo 10 de 1999**

DEBIDO PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

-Paz social/ORDEN JUSTO-Paz social

El artículo 29 de la Carta hace referencia expresa, como parte del derecho fundamental en cabeza de toda persona, a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”, de tal manera que la observancia de los términos judiciales es factor esencial para garantizar la no vulneración de aquél. Es imposible alcanzar un orden justo cuando los jueces no resuelven los litigios de manera oportuna. La dilación de términos judiciales, como una de las muchas manifestaciones de la ineficacia estatal, produce desasosiego en quienes acuden ante los tribunales, promueve en ellos el sentimiento de abandono y de impotencia para hacer valer sus derechos y, por contera, fomenta el fenómeno de impartir justicia por propia mano, el cual va atado al problema de la violencia, que tan graves características presenta en Colombia. Así, es la paz social, la que está en juego cuando los conflictos no pueden ser resueltos por los medios pacíficos que el sistema jurídico ha previsto para tal efecto.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

-Puntos de vista formal y material

La garantía de acceder a la administración de justicia, no puede concebirse desde una óptica simplemente formal o restrictiva que la circunscriba a la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial -de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite-, sino que es necesario entenderla desde un punto de vista material, esto es, como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial, en el entendido -imprescindible para que se pueda hablar de la efectividad de aquella- de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, y de que lo haga oportunamente.

MORA JUDICIAL-Alcance

ESTADO DE DERECHO-Resolución extemporánea de controversias por jueces

La vigencia del Estado de Derecho, cuyo concepto se refiere a la idea de que tanto las autoridades como los gobernados estén sometidos al imperio de las normas y no al propio capricho o interés, no se agota con la expedición de un catálogo de reglas que guían la

conducta de los individuos, sino que supone, además, que dicha normatividad sea ejecutada y aplicada. Así, pues, si quien tiene el deber constitucional de aplicar las normas al caso concreto para definir el Derecho, dilata en el tiempo dicha función, hace inoperante el sistema jurídico e imposible la organización política que en él se funda. Tan lesiva para los ciudadanos es, bajo esta óptica, la falta absoluta de administración de justicia, o su denegación, como la resolución extemporánea, tardía y ya inoficiosa de las controversias que llevan ante los jueces.

JUSTICIA-Debe impartirse oportunamente

No se puede hablar de verdadera justicia cuando ésta se imparte tardíamente, cuando se ha incurrido en una dilación de tal magnitud que al dictarse la sentencia ésta pasa a convertirse en un simple texto carente de capacidad para producir efectos en la realidad. Es frecuente que por el paso del tiempo, en circunstancias como las descritas, para el momento del fallo ya los involucrados en el proceso hayan capitulado en su fe hacia el sistema, entronizando, como es de suponer, el desorden institucional, y sobreponiendo la fuerza al Derecho.

MORA JUDICIAL-Origen injustificado

MORA JUDICIAL-Justificación extraordinaria

Las situaciones, para que configuren justificación en cuanto a la mora del juez, deben ser examinadas en cada caso específico con el carácter extraordinario que les corresponde, tanto por el juez de tutela como por el disciplinario, con un sentido exigente y sin laxitud, con el fin de impedir que la extensión de las razones justificativas convierta en teórica la obligación judicial de resolver con prontitud y eficacia. Solamente una justificación debidamente probada y establecida fuera de toda duda permite exonerar al juez de su obligación constitucional de dictar oportunamente las providencias a su cargo, en especial cuando de la sentencia se trata. La justificación es extraordinaria y no puede provenir apenas del argumento relacionado con la congestión de los asuntos al despacho. Para que pueda darse resulta necesario determinar en el proceso de tutela que el juez correspondiente ha obrado con diligencia y cumplido a cabalidad la totalidad de sus obligaciones constitucionales y legales, de modo tal que la demora en decidir sea para él el resultado de un estado de cosas singularizado y probado que se constituya en motivo insuperable de abstención.

MORA JUDICIAL-Orden para proferir sentencias

Referencia: Expediente T-187857

Acción de tutela incoada por Jorge Quintero Forero, María Mery Martínez y Jorge Quintero Martínez Contra Astrid Arboleda Fernández, Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a revisar los fallos proferidos en el asunto de la referencia por la Sala de Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

JORGE QUINTERO FORERO, MARIA MERY MARTINEZ y JORGE QUINTERO MARTINEZ, mediante apoderado judicial, presentaron demanda de tutela contra la doctora ASTRID ARBOLEDA FERNANDEZ, Magistrada del Tribunal Administrativo de Caldas, por estimar violados sus derechos al debido proceso y a una eficaz, pronta y cumplida administración de justicia.

Los peticionarios actúan como parte demandante dentro de un proceso ordinario de reparación directa promovido ante el Tribunal Administrativo de Caldas. Alegaron que el 5 de julio de 1996 el respectivo expediente entró al Despacho del Magistrado MARIO GOMEZ IDARRAGA para elaborar proyecto de fallo.

Señalaron que el doctor Gómez se retiró de esa Corporación judicial sin haber decidido el litigio, y que fue reemplazado por la doctora ASTRID ARBOLEDA FERNANDEZ, quien se posesionó como Magistrada el 18 de junio de 1997.

Los actores se quejaron de la circunstancia de que, hasta la fecha de instauración de la acción de tutela en referencia, aún no se hubiese dictado sentencia, a pesar de que ante la funcionaria demandada y ante su predecesor elevaron sendas peticiones de oportunidad (artículo 43 del Decreto 2651 de 1991), las cuales fueron declaradas improcedentes bajo el argumento de que no se podía violar el derecho a la igualdad de las partes en los procesos judiciales.

Los demandantes recordaron que el artículo 211 del Código Contencioso Administrativo otorga al magistrado ponente un término de 40 días para registrar el proyecto de sentencia, plazo que en este caso se ha rebasado ampliamente, ya que han pasado más de 500 días hábiles: 230 a cargo del doctor GOMEZ IDARRAGA y 270 a cargo de la Magistrada ARBOLEDA FERNANDEZ.

Aseveraron que “la mora se volvió un mal endémico en los despachos del Tribunal Administrativo de Caldas y los procesos disciplinarios nada logran contra ese mal que ha corroído la administración de justicia...”, y dijeron que la acción de tutela se ha convertido en el único instrumento idóneo para forzar el pronunciamiento judicial.

Por tal motivo, los actores solicitaron al juez constitucional ordenar a la doctora ARBOLEDA que, en el término de 48 horas o en un plazo prudente, registre el proyecto de fallo relativo al proceso 940825040.

La mencionada funcionaria se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, pues adujo a su favor el exceso de trabajo.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante providencia del 9 de septiembre de 1998, negó la tutela puesto que, a su juicio, la conducta

omisiva de la autoridad demandada tenía plena justificación, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de congestión en que se encontraba el despacho.

En primer lugar el Tribunal hizo varias precisiones acerca del término para dictar sentencia en el proceso contencioso administrativo al que se ha venido haciendo alusión. Señaló que el asunto había entrado al despacho para proferir fallo el 5 de julio de 1996, y que según lo prescribe el artículo 211 del C.C.A., modificado por el 50 del Decreto 2304 de 1989, se debe registrar el respectivo proyecto dentro de los cuarenta (40) días siguientes. La Sala, Sección o Subsección -agregó- cuenta con un plazo de veinte (20) días para decidir.

Además -dijo el Tribunal- era necesario tener en cuenta que debido al cambio de magistrado, los términos habrían de ser contados otra vez a partir de la fecha de posesión en el cargo de la nueva funcionaria (18 de junio de 1997), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 124 del C. de P. C., por lo que el término para decidir venció el 15 de agosto de 1997.

Consideró el Tribunal que tanto el Decreto 2651 de 1991 como la Ley 446 de 1998 establecen la obligación para los jueces de dictar las sentencias respetando el orden en que los procesos hayan entrado al despacho. También hizo alusión a los principios que orientan las actuaciones administrativas, como los de economía, celeridad, oficiosidad y eficacia. Además, citó algunos deberes de los funcionarios judiciales contemplados en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 153), destacando aquellos que hacían referencia al cumplimiento de términos.

El juez de instancia negó la tutela con base en los siguientes argumentos (se transcriben sólo algunos apartes del fallo):

“...durante el lapso corrido entre los días 18 de junio de 1997, fecha de la posesión de la accionada como Magistrada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas y el 24 de agosto de 1998, día anterior a aquel en que se presentó la demanda mediante la cual se instauró la presente acción de tutela, que comprende catorce (14) meses y siete (7) días, al despacho de la funcionaria judicial en mención ingresaron trescientos cuatro (304) procesos y salieron doscientos cincuenta (250), lo que permite establecer que en tal período, respecto de los negocios que entraron por primera vez al despacho a su cargo, se produjo un índice de evacuación del 82.2368421%.

Por otra parte, de los mismos formularios se desprende la realización, por parte de la doctora ARBOLEDA FERNANDEZ, durante el mismo lapso de:

Trabajos

Autos interlocutorios	498
Autos de sustanciación	545
Sentencias	105
Salvamentos de voto	14
Aclaraciones de voto	11
Subtotal	<hr/> 173

Actividades

Sesiones de audiencias	159
Sesiones de Sala	181
Subtotal	340

Otros*Comisiones*

Recibidas	11
Evacuadas	8

Gran total actuaciones 1.521

DIAS HABILES: 275

Del 18 de junio/97

Al 24 agosto/98

PROMEDIO DIARIO LABORES

(Total Actuaciones día hábiles -sic-): 5.53090909

Lo anterior demuestra con total nitidez que durante los doscientos setenta y cinco (275) días hábiles que comprende el período corrido entre la posesión de la accionada y el día en que se instauró la presente acción de tutela, aquella ejerció sus funciones en forma efectiva, eficaz y eficiente, por cuanto cumplió un gran número de actividades, que demuestran que con su gestión ha cumplido los requerimientos que su cargo le exigen, más, si se tiene en cuenta que aquella no es inferior a la que han ejecutado sus tres (3) compañeros de sala...". (folios 435-436 del expediente)

El Tribunal concluyó:

"...resulta manifiesto para esta Sala que el retardo que se presenta en el despacho de la señora Magistrada accionada para dictar sentencia en el proceso ORDINARIO de Reparación Directa instaurado por los aquí accionantes y otras personas, que se distingue con la radicación No. 940825040, es justificado, dado que aquél se ha producido por acontecerse que aquella no ha podido vencer con una gestión aceptable y diligente, que se deriva de una labor desempeñada con una capacidad normal de trabajo, ante el exceso de negocios que ha tenido para diligenciar y fallar, respecto de los cuales no solo aquellos cuyo trámite se encuentra en estado de que se dicte sentencia, exigen el cumplimiento de unos precisos términos señalados por la ley, los que deben ser atendidos en conjunción Con aquellos, para evitar un completo descalabro en la ejecución de sus labores, pues la suspensión de todos los trámites en los procesos, para efecto de dictar las sentencias pendientes y atrasadas, permite vislumbrar un caos mayúsculo al que se viene presentando en el despacho judicial a cargo de la accionada. Por ello, con su proceder no ha incurrido en la omisión que se le ha imputado, para que se consideren vulnerados con ella los derechos fundamentales de los accionados, atrás detallados". (fl. 444)

Después de recordar las funciones asignadas al Consejo Superior de la Judicatura por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (arts. 63, 75 y 87), agregó el Tribunal:

“...tan sólo cuando al funcionario judicial se le otorgan unas condiciones viables para ejercer sus funciones, con una carga razonable de trabajo, puede llegar a cumplir aquellas en los términos que exigen la Constitución y la ley y demostrar que, con la plenitud de sus capacidades, puede cumplir la noble misión de administrar una pronta y cumplida justicia” (folio 446)

La Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 16 de octubre de 1998 confirmó la decisión de primera instancia por cuanto estimó que la dilación era justificada:

“Considera esta Corporación acertadas las conclusiones a las que llegó el Tribunal *a quo*, acerca de la excesiva carga laboral que soporta el despacho de la accionada, no por causas endilgadas a ella, y también sobre el trabajo que ha logrado evacuar, incluyendo las actuaciones que en el ejercicio de su labor ha desarrollado, comparándolas con las de sus tres compañeros de Sala, que la coloca en tercer lugar en el Índice de Evacuación, pero superándolos en el promedio de trabajo elaborado a diario, mas aún teniendo en cuenta, que trabajó diez días hábiles menos que sus compañeros, por cuanto inició sus labores el 18 de junio de 1997.

Así, pues, para verificar si en el presente caso media justificación para el retardo que se le endilga a la Magistrada, basta atenerse al informe estadístico de trabajo allegado al expediente y sobre el particular cabe además recordar que de conformidad con la normatividad vigente es deber de las autoridades judiciales decidir acerca de los asuntos pendientes en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo motivos especiales de prelación, a los que la ley en forma expresa les ha atribuido ese carácter, y el turno para la consideración de tales asuntos se determina por mandato legal para el común de los casos, de acuerdo con la secuencia cronológica de ingreso al despacho, para el correspondiente estudio, pautas éstas que en el caso presente no obra evidencia ninguna de que hayan dejado de observarse con perjuicio para el accionante, al observarse que al momento de recibir su cargo, el proceso objeto de esta tutela, se encontraba en el turno 160, y en la actualidad se encuentra en la posición 107”.

En sede de revisión esta Sala pidió a la funcionaria demandada que informara si la omisión que generó la instauración de la acción en referencia había cesado o no.

Mediante oficio N° 6 del 15 de abril del presente año, la doctora ASTRID ARBOLEDA FERNANDEZ contestó que todavía no se había dictado sentencia y que el proceso se encontraba en el turno 68 para dicho efecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos en referencia, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 86 y 241 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. El derecho de acceso a la administración de justicia implica también que ésta se imparta pronta y oportunamente. La mora judicial es una forma de violar el derecho fundamental al debido proceso. El orden social justo y el imperio del Derecho sólo se pueden alcanzar si existe una eficaz administración de justicia. Procedencia de la tutela para obligar al juez moroso a decidir. Únicamente la justificación de la dilación excluye el amparo. Carácter excepcional y estricto de la justificación.

El cumplimiento de los términos judiciales debe analizarse en relación directa con el derecho al debido proceso y con el de acceso a la administración de justicia. Asimismo es necesario señalar que el acatamiento de los plazos judiciales constituye un elemento indispensable para alcanzar la convivencia pacífica y el orden justo, los cuales han sido consagrados en la Constitución de 1991 como fines esenciales del Estado (artículo 1°).

En efecto, el artículo 29 de la Carta hace referencia expresa, como parte del derecho fundamental en cabeza de toda persona, a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”, de tal manera que la observancia de los términos judiciales es factor esencial para garantizar la no vulneración de aquél. De igual forma, el artículo 228 *ibídem* prescribe en relación con la administración de justicia que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado” y, por su parte, el artículo siguiente establece la garantía de acceder a la administración de justicia, la cual no puede concebirse desde una óptica simplemente formal o restrictiva que la circunscriba a la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial -de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite-, sino que es necesario entenderla desde un punto de vista material, esto es, como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial, en el entendido -imprescindible para que se pueda hablar de la efectividad de aquélla- de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, y de que lo haga oportunamente.

Lo anterior está en concordancia con el principio de eficiencia en la prestación de los servicios públicos (artículo 365 C.P.) y con el de efectividad de los derechos (artículo 2° *ibídem*).

Al tratar el tema de la mora judicial, la Corte ha dicho:

“La Constitución Política de 1991 está inspirada, entre otros muchos, en el propósito definido de erradicar la indeseable costumbre, extendida entre los jueces pero también entre otros funcionarios públicos, de incumplir los términos procesales acarreado a los destinatarios de la administración de justicia toda suerte de perjuicios en el ejercicio de sus más elementales derechos.

(...)

Desde el punto de vista de las finalidades buscadas por la Carta Política en vigor, es suficiente recordar que en el Preámbulo de la misma se contempla el aseguramiento de la justicia y el logro de un orden justo como objetivos esenciales del sistema político que en ella se funda, al paso que en el artículo 1° se reconoce la prevalencia del interés general como una de las bases del Estado Social de Derecho y en el 2° aparece la garantía de efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución como uno de los fines del Estado. La misma disposición confía a las autoridades de la República la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, uno de los cuales es sin duda el de brindar a los asociados una pronta y cumplida justicia, tal como lo indica el artículo 228, a cuyo tenor es una función pública.

El mencionado artículo 228 alude de manera directa al tema que nos ocupa y estatuye de modo perentorio: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. Esta norma debe interpretarse en relación con el artículo 6° de la Constitución, relativo a la responsabilidad de los servidores públicos por omisión en el ejercicio de sus

funciones y con el 256 *Ibidem*, que al enunciar las atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura, confía a este organismo la de “llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales”.

En cuanto al derecho de la persona afectada por la omisión, de manera específica se configura una obstrucción indebida para el acceso a la eficaz administración de justicia (artículo 229), derecho este cuyo carácter fundamental es para la Corte innegable, habida cuenta de su necesaria vinculación con otros derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad, el debido proceso, la igualdad ante la ley, la propiedad, el trabajo, el derecho a la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, pues la realización concreta de estas depende en grado sumo de la celeridad con que actúen los jueces en el cumplimiento de la misión que les ha encomendado el Constituyente.

Considera la Corte, que no se trata únicamente de velar por el cumplimiento de los términos por sí mismo ya que él no se concibe como fin sino como medio para alcanzar los fines de la justicia y la seguridad jurídica, sino de asegurar que, a través de su observancia, resulten eficazmente protegidos los derechos de los gobernados, muy especialmente el que tienen todas las personas en cuanto a la obtención de pronta y cumplida justicia” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-431 del 24 de junio de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

En Sentencia posterior se afirmó:

“Los términos judiciales tienen por objeto la fijación de límites legales al lapso que pueden tomarse los jueces para resolver acerca de los asuntos que se les confían.

La jurisdicción no puede operar adecuadamente ni cumple la tarea que le es propia si los procesos se extienden indefinidamente, prolongando la indefinición de los litigios y controversias y atentando gravemente contra la seguridad jurídica a la que tienen derecho los asociados.

El acceso a la administración de justicia, como lo ha dicho esta Corte, no debe entenderse en un sentido puramente formal, en cuya virtud pueda una persona acudir a los tribunales, sino que radica sobre todo en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera resolución -ya por la vía activa, ora por la pasiva- la obtenga oportunamente.

La función del juez exige, desde luego, un tiempo mínimo dentro del cual establezca, mediante la práctica y evaluación de pruebas, la veracidad de los hechos objeto de sus decisiones, y también demanda un período de reflexión y análisis en torno a la adecuación del caso a las previsiones normativas, todo con el fin de asegurar que, en su genuino sentido, se hará justicia.

Pero no es menos cierto que la decisión judicial tardía comporta en sí misma una injusticia, en cuanto, mientras no se la adopte, los conflictos planteados quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse, y no son resarcidos los perjuicios ya causados por una determinada conducta o por la persistencia de unas ciertas circunstancias, ni impartidas las órdenes que debieran ejecutarse para realizar los cometidos del Derecho en el asunto materia de debate, por lo cual la adopción de las providencias judiciales que permitan el avance y la definición de los procesos corresponde a un derecho de las partes, o de las personas

afectadas, y a una legítima aspiración colectiva -la de asegurar el funcionamiento de la administración de justicia-, cuya frustración causa daño a toda la sociedad.

Así, pues, el lapso del que dispongan los jueces para arribar a la toma de decisiones, mediante providencias intermedias o definitivas, debe tener también un máximo, señalado en norma general previa, de tal manera que no quede al arbitrio del funcionario.

Ello significa que los términos judiciales obligan tanto a quienes tienen la calidad de partes o intervinientes dentro de los procesos como a los jueces que los conducen.

De allí que el artículo 228 de la Constitución haya dispuesto, como mandato perentorio, que los términos procesales se observarán con diligencia y que su incumplimiento será sancionado” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-190 del 27 de abril de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Si se interpretan estos derechos a la luz de los principios y valores constitucionales, se llega a la conclusión de que es imposible alcanzar un orden justo cuando los jueces no resuelven los litigios de manera oportuna. La dilación de términos judiciales, como una de las muchas manifestaciones de la ineficacia estatal, produce desasosiego en quienes acuden ante los tribunales, promueve en ellos el sentimiento de abandono y de impotencia para hacer valer sus derechos y, por contera, fomenta el fenómeno de impartir justicia por propia mano, el cual va atado al problema de la violencia, que tan graves características presenta en Colombia. Así, es la paz social la que está en juego cuando los conflictos no pueden ser resueltos por los medios pacíficos que el sistema jurídico ha previsto para tal efecto.

La vigencia del Estado de Derecho, cuyo concepto se refiere a la idea de que tanto las autoridades como los gobernados estén sometidos al imperio de las normas y no al propio capricho o interés, no se agota con la expedición de un catálogo de reglas que guían la conducta de los individuos, sino que supone, además, que dicha normatividad sea ejecutada y aplicada. Así, pues, si quien tiene el deber constitucional de aplicar las normas al caso concreto para definir el Derecho, dilata en el tiempo dicha función, hace inoperante el sistema jurídico e imposible la organización política que en él se funda. Tan lesiva para los ciudadanos es, bajo esta óptica, la falta absoluta de administración de justicia, o su denegación, como la resolución extemporánea, tardía y ya inoficiosa de las controversias que llevan ante los jueces.

La omisión judicial supone, por otro lado, un atentado contra la idea de justicia, y afecta la seguridad jurídica, es decir, echa por tierra los dos principios básicos en que se funda el ordenamiento jurídico. No se puede hablar de verdadera justicia cuando ésta se imparte tardíamente, cuando se ha incurrido en una dilación de tal magnitud que al dictarse la sentencia ésta pasa a convertirse en un simple texto carente de capacidad para producir efectos en la realidad. Es frecuente que por el paso del tiempo, en circunstancias como las descritas, para el momento del fallo ya los involucrados en el proceso hayan capitulado en su fe hacia el sistema, entronizando, como es de suponer, el desorden institucional, y sobreponiendo la fuerza al Derecho.

Ahora bien, es importante resaltar que la mora judicial que nuestra Constitución condena es aquella que tiene un origen “injustificado”, según lo determina expresamente el artículo 29.

Al respecto esta Sala ha precisado:

“El artículo 29 de la Constitución señala que hace parte de la garantía fundamental en él plasmada el derecho de todo sindicado a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas”.

Esa norma, entendida en armonía con la del artículo 228, establece un principio general -el de obligatoriedad de los términos-, que únicamente admite excepciones muy circunstanciales, alusivas a casos en concreto, cuando no quepa duda del carácter justificado de la mora. La justificación, que es de alcance restrictivo, consiste únicamente en la situación probada y objetivamente insuperable, que impide al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión.

Por otra parte, considera la Corte que las causas de justificación en la materia deben ser fijadas en la ley, razón por la cual no pueden obedecer a la caprichosa interpretación del funcionario de turno.

Desde luego, vencido el término que no pudo cumplirse por el inconveniente justificado, resulta perentorio el trámite preferente para el asunto que no se alcanzó a decidir en tiempo. De allí que no pueda admitirse de ninguna manera el aplazamiento indefinido de la resolución, estando obligado el juez o fiscal, en ese excepcional evento, a otorgar prioridad al proceso que resultó afectado por la causa justificada.

De lo anterior se concluye que la sólo referencia a una acumulación de procesos a conocimiento del juez o fiscal no constituye por sí misma, sin más evaluación, argumento suficiente para justificar la dilación en que se haya incurrido”. (Cfr. Sentencia T-190 de 1995, ya citada).

Resulta necesario reconocer que pueden darse circunstancias, ajenas a la incuria o la pereza del juez, en las que materialmente sea imposible resolver dentro de los términos judiciales, afectando obviamente al conjunto de quienes demandan o esperan decisiones de la administración de justicia. Y que en ocasiones el prolongado trámite de los procesos obedece a tretas, agucias o maniobras dilatorias de apoderados inescrupulosos.

Pero esas situaciones, para que configuren justificación en cuanto a la mora del juez, deben ser examinadas en cada caso específico con el carácter extraordinario que les corresponde, tanto por el juez de tutela como por el disciplinario, con un sentido exigente y sin laxitud, con el fin de impedir que la extensión de las razones justificativas convierta en teórica la obligación judicial de resolver con prontitud y eficacia.

Considera la Corte Constitucional que solamente una justificación debidamente probada y establecida fuera de toda duda permite exonerar al juez de su obligación constitucional de dictar oportunamente las providencias a su cargo, en especial cuando de la sentencia se trata. La justificación es extraordinaria y no puede provenir apenas del argumento relacionado con la congestión de los asuntos al despacho. Para que pueda darse resulta necesario determinar en el proceso de tutela que el juez correspondiente ha obrado con diligencia y cumplido a cabalidad la totalidad de sus obligaciones constitucionales y legales, de modo tal que la demora en decidir sea para él el resultado de un estado de cosas singularizado y probado que se constituya en motivo insuperable de abstención.

3. El caso concreto

En el proceso *sub lite* la funcionaria judicial contra la cual se dirige la acción alegó que su conducta tenía plena justificación debido al exceso de trabajo. Los tribunales de instancia

acogieron los argumentos expuestos por la Magistrada ARBOLEDA FERNANDEZ y, en tal virtud, decidieron no acceder a las pretensiones de la demanda de tutela.

Ahora corresponde a la Corte examinar si en el presente asunto el incumplimiento de términos para proferir fallo se justifica o no, dentro de la perspectiva trazada en los párrafos precedentes, y si, en consecuencia, las decisiones judiciales se ajustaron a los preceptos constitucionales.

En primer lugar debe afirmarse que evidentemente existe una mora judicial, puesto que el término para registrar proyecto de fallo, que según la ley es de 40 días, venció el día 15 de agosto de 1997, si se tiene en consideración que los plazos judiciales deben contarse nuevamente a partir de la fecha de posesión de la funcionaria entrante, es decir, a partir del 18 de junio de 1997.

En cuanto a la causal de justificación que alega la Magistrada, debe reconocerse que existe una congestión de procesos que fue “heredada” de su predecesor, la cual presenta características tales que, no obstante la diligencia y la actividad de aquélla, resulta ser insuperable en las actuales condiciones y dentro del tiempo que la funcionaria lleva vinculada al cargo. Según las pruebas aportadas, la doctora ARBOLEDA ha mostrado un rendimiento normal desde que asumió el cargo y una conducta diligente en el desempeño de su labor, tal como lo entendieron también los tribunales de instancia, sin que razonablemente pueda exigírsele una mayor acuciosidad. Tampoco se puede pretender que sacrifique el contenido de los fallos para incrementar su cantidad. Y, desde luego, al no poderse endilgar una omisión en el ejercicio de sus funciones, tampoco se configura el presupuesto que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, haga procedente la tutela.

Para la Corte, existe entonces dilación en la resolución del asunto materia de proceso, pero ella resulta justificada, lo que descarta la vulneración del derecho al debido proceso, al menos por una conducta imputable a la juez demandada.

En un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Corte, la Sala Sexta de Revisión consideró:

“De acuerdo a lo que aparece en el proceso, la mora judicial en que se incurre por la accionada tiene origen en la excesiva carga de trabajo que imposibilita cumplir su función judicial en forma pronta y oportuna, dentro de los términos legales (...). De esta forma, en el asunto sub examine no se encuentra acreditado debidamente que la mora judicial alegada por la demandante tiene como causa una dilación injustificada. Por el contrario, ello obedece a las razones anotadas, con lo cual no sería procedente tutelar el derecho de la demandante frente a la ausencia de la comprobación de los hechos que se esgrimen como sustento de la acción instaurada.

Por otra parte, es necesario señalar que, de concederse la presente acción de tutela con el único fin de que se profiera una decisión judicial que resuelva la situación de la demandante, se estaría de paso violando de manera flagrante el derecho a la igualdad de todas aquellas personas que teniendo un proceso para fallo -en el despacho de la magistrada demandada o de quien haga sus veces-, verían burlados sus derechos, así como el orden de llegada de los procesos, el cual asevera el mismo funcionario judicial, debe ser cumplido de forma estricta. Ante tal situación, la tutela resulta improcedente” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 8 de octubre de 1997. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

Ahora bien, en el análisis del comportamiento de la Magistrada contra quien se dirige la tutela no puede faltar un elemento resultante de su obligación de observar el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, que aun para la jurisdicción contencioso administrativa -en la que se autoriza al fallador para modificar excepcionalmente el orden en la resolución de los asuntos, exclusivamente en razón de su naturaleza o por la solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia nacional, que no es el caso presente- exige al juez, como una de sus obligaciones, “dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que se hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse...”.

La norma –obsérvese– establece con claridad que la alteración del orden en referencia constituye falta disciplinaria.

Esta Corte, al decidir sobre la exequibilidad del aludido precepto (Sentencia C-248 del 21 de abril de 1999. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), manifestó:

“La norma demandada debe ser analizada a partir de la realidad en la que espera incidir. Esta realidad se caracteriza por un altísimo grado de congestión de los despachos judiciales y un incumplimiento generalizado de los términos procesales, el cual conduce a que los procesos sean resueltos muchos meses o años después de lo que deberían. En vista de estas circunstancias, en las que se advierte que el derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia es recortado por la práctica misma, lo que pretende la norma es que, incluso dentro de ese marco general de congestión e incumplimiento de términos, los asociados tengan certeza de que sus conflictos serán decididos respetando el orden de llegada de los mismos al Despacho para ser fallados.

Es indiscutible que algunos procesos son más complejos que otros, que requieren más esfuerzo y tiempo para su solución, y que la atención que se brinde a los expedientes más complicados implica que los casos más sencillos deberán esperar más tiempo para ser resueltos. Sin embargo, el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia (C.P., art. 229) no puede ser aplicado de manera diferencial, de acuerdo con la simplicidad o dificultad de los conflictos que ellos presentan en busca de una solución. Todas las personas tienen el derecho a que sus problemas sean atendidos por la administración de justicia, independientemente del grado de dificultad de sus conflictos. Obsérvese, además, que en la práctica, dada la señalada congestión existente en la administración de justicia, la concepción expuesta por el actor conduciría a que los litigios complicados no fueran resueltos nunca, precisamente porque siempre habría que darle prioridad a los conflictos de menor dificultad.

Como se ha indicado, todas las personas tienen el mismo derecho a que sus conflictos sean atendidos oportunamente por la administración de justicia. Dado el cúmulo de procesos que ocupan a los juzgados, es entonces preciso establecer un criterio para fijar el orden de atención a los mismos, criterio que debe ser razonable y respetar el derecho de igualdad. La norma demandada establece una pauta en ese sentido al determinar que los procesos serán fallados de acuerdo con el orden de ingreso al despacho para sentencia. Este criterio –conocido como el de la cola o el de la fila– respeta de manera general el derecho de igualdad, en la medida en que determina que los procesos serán fallados de acuerdo con el orden de ingreso, sin atender a criterios de clasificación sospechosos - tales como la condición social de las partes, la raza o

el sexo de las mismas, etc. - o a favoritismos inaceptables desde el punto de vista del derecho de igualdad. Asimismo, el criterio es razonable porque fija como punto de partida para la elaboración del orden en el que deben decidirse los casos el momento de ingreso de los mismos al despacho para el fallo, es decir, el momento en el que ya todos los procesos deben estar completos para proceder a dictar la sentencia. En ese instante, los procesos deben contar con todos los elementos necesarios para la emisión de la providencia y se encuentran, entonces, en una situación similar, si bien evidentemente algunas sentencias requerirán más elaboración que otras.

(...)

Para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa el legislador consideró necesario permitir salvedades a la regla, que en todo caso deben ser justificadas, con base en la idea de que en los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción se comprometen de manera general los intereses de la comunidad que conforma el Estado. Y si bien, como lo afirma el demandante, ante las otras jurisdicciones también se tramitan procesos que pueden tener gran trascendencia social, encuentra la Corte que existen dos razones que justifican que el legislador, dentro del marco de su libertad de configuración normativa, determine que la excepción solamente sea aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa. La primera sería que, como se ha dicho, existe certeza de que en los procesos ante esta jurisdicción se involucran los intereses generales. Y la segunda, que la autorización para inaplicar la regla en las otras jurisdicciones podría conducir a la inoperancia práctica de la misma, un resultado no deseado por el Congreso. En este último evento, es razonable que el legislador dicte medidas destinadas a impedir que su voluntad pueda ser inobservada, tal como lo ha hecho en la norma atacada”.

Lo dicho, sobre la base ya expuesta de que el caso de los accionantes no exhibe características que hubiesen debido provocar la alteración del orden en los fallos, resalta todavía más la justificación de la funcionaria en el caso de autos, pues no le era posible, sin resolver antes sobre los otros procesos en turno, proferir la providencia que interesa a los demandantes.

Para la Corte, desde luego, la justificación de la demora en resolver es extraordinaria y debe apreciarse en cada caso. Por ello, en el presente asunto es imperioso que se recalque su singularidad, entre otros motivos por el muy poderoso de las circunstancias específicas del despacho judicial del que se trata, en el que una enfermedad prolongada -febrero a junio de 1997- del antecesor de la doctora ARBOLEDA, sin haber sido reemplazado (fl. 273 del expediente), contribuyó ostensiblemente a la acumulación de procesos en espera de resolución. Lo anterior fue también corroborado por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, en decisión del 27 de abril de 1998, por medio de la cual dicha Corporación declaró que no se había configurado “un desempeño contrario intencional a la administración oportuna y eficaz de la justicia”, a propósito de una queja presentada por otra persona afectada por la mora judicial. Dijo el Consejo Seccional:

“...es un hecho notorio y conocido dentro del ámbito judicial de Caldas, las frecuentes incapacidades médicas que se le tuvieron que conceder al anterior Magistrado doctor Mario Gómez Idárraga; y lo que resulta aún más complicado, el que durante tales incapacidades, nunca se le nombró un reemplazo que permitiera continuar adelante con el conocimiento y trámite de los diferentes procesos”. (Folio 294 del expediente).

Además, vale la pena transcribir parte del informe que se consignó en el acta de visita que al Despacho del mencionado Magistrado, doctor MARIO GOMEZ IDARRAGA, practicó el Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas el 24 de julio de 1996:

“Primero: Al tomar posesión del cargo en junio 22 de 1990, el Tribunal, efectuó reparto general de procesos existentes a la fecha entre tres (3) magistrados exclusivamente, excluyendo del mismo al suscrito, argumentando impedimento, por venir ejerciendo las funciones de Fiscal Unico ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, por un lapso de cinco (5) años.

Segundo: Obviamente que al iniciar mis labores como Magistrado y sin procesos a mi cargo, todo el reparto de las demandas recibidas por la Corporación, lo asumí solo y por un período no inferior a 20 meses, hasta igualar con el resto de magistrados en cuanto al número de procesos y de acuerdo con la naturaleza de los mismos.

Tercero: Las anteriores circunstancias condujeron a que mientras que el suscrito se dedicaba a la simple instrucción e impulso procesal de los juicios, los demás magistrados sólo debían fallar los procesos que les había correspondido por reparto; procesos estos que en más de un 90% se hallaban instruidos, al paso que el suscrito culminada la instrucción, en los nuevos procesos que ingresaron al Tribunal y que a mi correspondieron como Ponente, fueron enviados para ante la Fiscalía del Tribunal en donde se demoraron dos o más años, esperando el correspondiente concepto.

Cuarto: Los hechos antes descritos, condujeron a que el Despacho del suscrito Magistrado, en un momento determinado, se viera atiborrado de un cúmulo de procesos para fallo llegados en forma coetánea, situación que se agravó cuando la Fiscalía Unica del Tribunal, devolvió en bloque y sin concepto fiscal más de cien (100) procesos que se encontraban ante el Ministerio Público para alegatos de conclusión, etapa procesal que se omitió dadas las normas positivas y de transición que imperaron en ese momento; lo cual creó en el Despacho a mi cargo un llamado ‘cuello de botella’ difícil de superar ante el sin número de procesos para ese entonces, circunstancia esta que se ha prorrogado en el tiempo.

Quinto: Es de advertir, que el suscrito Magistrado durante el año de 1995, estuvo incapacitado médicamente durante los meses de septiembre a diciembre del mencionado año, ya que sufriera una lesión cerebro-vascular, ocasionada por hipertensión arterial severa y problemas coronarios, lo que dejó como secuela una hemiparesia izquierda, de lo cual aún me encuentro en tratamiento. Tuvo usted conocimiento personal, que cuando practicó la visita a este Tribunal en el mes de octubre del año anterior, yo me encontraba ausente de la Corporación por prescripción médica. Esta circunstancia agregada a la anterior, han impedido obviamente un incremento más racional en la evacuación de los procesos a mi cargo”.

También existen antecedentes que obran en el proceso sobre solicitudes de apoyo elevadas por la Magistrada ARBOLEDA ante el Consejo Seccional de la Judicatura, en razón del número excesivo de expedientes a su cargo (fls. 157, 265 y 268). En oficio del 18 de septiembre de 1997, ella señalaba:

“Reitero la solicitud elevada, (...) y encaminada a buscar la aplicación de algún tipo de mecanismo de descongestión del Despacho a mi cargo, desde el día 18 de junio del presente

año, que incide necesariamente en el desarrollo normal del servicio de la justicia que se ha encomendado a la Corporación de la cual formo parte (bastante congestionada desde tiempo atrás).

Sea la oportunidad para manifestarle que la congestión requerida se ha intensificado con la asignación de las nuevas competencias a los tribunales de lo contencioso administrativo, a saber: revisión de constitucionalidad de referendos locales (art. 34 Ley 134/94), expropiación por vía administrativa (arts. 70 y 71 Ley 388/97), acciones de cumplimiento (Ley 393/97) y se avecinan las acciones populares, asuntos todos de trámite preferencial, lo que hace que el estudio de los procesos ordinarios queden relegados aún más”.

Se confirmarán las decisiones de instancia, que acertadamente denegaron la tutela en el caso examinado, pero advirtiendo, desde luego, que ello ocurre en el caso específico y en atención a lo probado, sin que pueda hacerse extensivo a otros eventos, todos los cuales deberán ser evaluados en forma individual si se instaura acción de tutela.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMANSE** los fallos proferidos por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales y por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo. **DESE** cumplimiento a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-293
mayo 3 de 1999

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA
-Control de legalidad

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA
-Instrumento procesal eficaz

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA
-Declaración en situación de abandono e inclusión en programa de adopción

Referencia: Expediente T-188150

Peticionario: Nancy Rubiela Rosero

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., mayo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRAN SIERRA Y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, procede a revisar el proceso de tutela promovido por Nancy Rubiela Rosero, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, con fundamento en lo establecido en los artículos 86 inciso 2 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

L ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. En el mes de agosto de 1996 la Seccional del Instituto de Bienestar Familiar en la ciudad de Pasto conoció, a través del Inspector Segundo Penal Municipal y de la Policía de Menores de esa ciudad, sobre la existencia de una posible situación de desamparo y peligro que afectaba a cinco menores, nacidos de la unión marital de hecho de Javier Orlando Buchelly y Nancy Rubiela Rosero.

Como medida de protección se dispuso la ubicación de los referidos menores en la “Fundación Belén” de dicha ciudad.

1.2. Con fundamento en el art. 36 y siguientes del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) la Defensora de Familia del Centro de Protección Especial de Pasto, por auto del 2 de septiembre de 1996, abrió la investigación administrativa radicada como historia socio-familiar No. 52-B-01954-96, y ordenó la práctica de las pruebas tendientes a establecer las condiciones de vida de los menores.

La mencionada providencia fue notificada personalmente a la madre de los menores el 2 de septiembre de 1996, a quien se le informó sobre los recursos legales pertinentes y se le hizo entrega de una copia de ella.

1.3. Como las orientaciones y recomendaciones impartidas a la madre en la aludida providencia, dirigidas a subsanar las difíciles y anormales condiciones de vida de los menores, no fueron atendidas por aquélla, el I.C.B.F., a través del Centro de Protección Especial de Pasto, profirió la resolución No. 203 del 21 de octubre de 1996 que declaró en situación de peligro a dichos menores. Esta decisión fue notificada personalmente a la señora Nancy Rubiela Rosero el 23 de octubre de 1996, quien no interpuso ningún recurso, y se limitó a expresar que “para mí es muy difícil la situación, no es que yo no me quiera hacer cargo.”

1.4. Aunque no se precisa en el expediente qué correctivos tomaron los progenitores de los menores para superar la situación de abandono de estos, debe aceptarse que ellos existieron, pues de lo contrario no se hubiera justificado la expedición de la resolución No. 216 del 22 de noviembre de 1996, que dio por terminada la medida de protección de los menores y ordenó el reintegro a su hogar biológico.

Los padres de los menores suscribieron un acta en la que se comprometieron a brindar a sus hijos los cuidados necesarios para su desarrollo integral, a responsabilizarse de ellos económica y afectivamente, a informar mensualmente a la Defensora de Familia sobre su estado general, y de cualquier cambio de domicilio o residencia.

1.5. Las obligaciones adquiridas por los padres de los menores fueron totalmente incumplidas, como se deduce de lo siguiente:

- El 27 de mayo de 1997, el I.C.B.F. avocó el conocimiento de la situación del menor Yeisson Daniel Rosero de un año de edad, quien permanecía recluido en el Hospital Infantil “Los Angeles”, sin ser reclamado por sus padres. Estos fueron amonestados, por esta causa, el 10 de junio del mismo año.

- Tres días después, el 13 junio de 1997 funcionarias del I.C.B.F. realizaron una visita al hogar de la accionante, hallando a los cinco hermanitos de Yeisson Daniel en deplorable estado, por lo que decidieron retirar del inmueble a un pequeño de sólo 21 días de nacido, tomando como medida de protección la colocación de éste en un hogar sustituto normal.

- El 17 de junio de 1997, la policía de menores dejó a disposición de la Defensoría de Familia a Christian Geovanny, Kimberly Dayana, Tatiana Alejandra, John Nixon y Yarisa Silvana Rosero, por encontrarse solos y en peligro físico, porque a la vivienda que habitaban le fue retirado el techo.

1.6. Mediante resolución No. 089 del 29 de agosto de 1997, se declaró nuevamente en situación de peligro a los menores Maicol Javier, Yeisson, Yarisa Silvana, John Nixon, Dayana,

y Tatiana Rosero. La notificación correspondiente se surtió mediante edicto, por la no comparecencia de los padres de los menores a recibirla personalmente. Dicha resolución quedó en firme el 16 de septiembre de 1997.

1.7. Luego de la práctica de nuevas diligencias, se profirió por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Protección de Pasto, la resolución No. 074 del 2 de junio de 1998, "Por medio de la cual se declara a los menores Maicol Javier, Yeisson Daniel, Silvana Yarisa, Jhon Nixon, y Dayana en situación de abandono y se confirma la medida de protección en hogar sustituto normal".

Como complemento de la mencionada determinación se resolvió: "Adscribir a los citados menores al programa de adopciones de la Regional de Nariño anexando la documentación pertinente al Comité de Adopciones para lo de su cargo." "Mantener la medida de colocación familiar y continuar el seguimiento por parte de los profesionales del Centro Zonal" y "ordenar la inscripción de la parte resolutive de este acto administrativo en el Libro de Varios de la Notaría Cuarta del Circulo de Pasto".

1.7. La Directora Regional del I.C.B.F., en su condición de funcionaria de segunda instancia, desató el recurso de apelación interpuesto contra el anterior proveído, y mediante la resolución N° 1131 del 21 de agosto de 1998 decidió confirmarlo. Esta resolución fue debidamente notificada a la parte recurrente.

2. La pretensión

Pretende la accionante que por vía de tutela se revoquen las resoluciones Nos 074 del 2 de junio de 1998 y 1131 del 20 de agosto del mismo año, antes referenciadas, pues considera que al declararse el estado de abandono de sus seis hijos y recomendar su inclusión en el programa de adopciones se les ha vulnerado el derecho fundamental a la unidad familiar.

II. ACTUACION PROCESAL

1. Primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil- Familia, mediante sentencia del 17 de septiembre de 1998 concedió el amparo solicitado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Del análisis del material probatorio incorporado a la actuación administrativa deduce el Tribunal que "...el I.C.B.F. se equivocó en la valoración de las pruebas arrimadas al trámite administrativo y de suyo incurrió en el error al declarar a los menores citados en estado de abandono". En tal virtud, resolvió revocar las resoluciones proferidas en la actuación administrativa y conceder la tutela impetrada, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por considerar que a su juicio "se avizora conforme a las constancias procesales la probabilidad de que los menores mencionados antes, puedan en un momento dado ser dados en adopción, siendo precisamente esa la situación que pretende evitar la madre..."

Pese a las consideraciones anotadas, no ordenó el Tribunal el reintegro físico de los menores al seno de su hogar biológico, por estimar que éstos debían permanecer por un tiempo prudencial bajo la protección del Estado mientras cambian las precarias condiciones económicas de la madre y se superaran las circunstancias que determinaron la intervención del I.C.B.F.

2. Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, mediante sentencia del 27 de octubre de 1998, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, negó la tutela instaurada por la peticionaria. Para arribar a esta determinación se trataron por separado dos temas que pueden sintetizarse así:

- Acerca de la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales por la vía de la tutela, destaca el carácter subsidiario de este mecanismo frente al procedimiento específico que debe seguir la autoridad administrativa y, eventualmente, la judicial, con el fin de solucionar la situación de abandono o peligro de los menores.

Consideró la aludida Corporación, que no resultaba procedente la acción de tutela en este caso, porque la demandante siempre estuvo a derecho en el proceso adelantado por la Regional Nariño del I.C.B.F. y porque de la correspondiente actuación no puede inferirse la posible existencia de un peligro inminente que ameritara aceptarla como mecanismo transitorio.

- Sobre la finalidad perseguida por la actora, en el sentido de obtener por esta vía la revocación de las decisiones del I.C.B.F. la Sala reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el uso de este mecanismo de excepción, cuando busca sustituir, en forma indebida, la competencia otorgada por ley a una determinada autoridad para cumplir las funciones propias de su cargo. Criticó, en consecuencia, la decisión del Tribunal Superior de Pasto Sala Civil -Familia por haber ignorado dicha competencia, pues su proceder “no se compadece con los fines para los cuales fue consagrada la acción de tutela en la Constitución de 1991, interferencia aquélla que no es de recibo así se considere, según el criterio del órgano jurisdiccional que conoce de la queja constitucional, que las determinaciones en cuestión no son las acertadas...”

Finalmente estimó la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil y Agraria, que la si la demandante consideraba que las medidas de protección adoptadas por la entidad demandada no eran procedentes jurídicamente, tenía a su disposición los instrumentos de control que reconoce el art. 56 del Código del Menor, según el cual los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección señaladas en el art. 57 y las demás que definan en forma permanente o provisional la situación de un menor, están sujetas a control jurisdiccional, conforme a lo establecido en el art. 64 *ibídem*, lo que excluye de plano, el que pueda hacerse uso de la acción de tutela con objetivos como los que la accionante pretende lograr en este caso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Planteamiento del problema

En virtud de la decisión de la Regional del I.C.B.F. de Nariño de declarar en situación de abandono e incluir a los menores hijos de la demandante en el programa de adopciones, ésta impetra la tutela del aludido derecho fundamental, como mecanismo transitorio, ante la inminencia de un perjuicio irremediable, como sería el de separarla definitivamente de sus hijos.

Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala determinar si estando pendiente el trámite de la homologación, requerido para que las mencionadas decisiones administrativas adquieran validez jurídica definitiva y puedan ser ejecutables, es procedente en el presente caso la tutela

como mecanismo transitorio. En tales circunstancias, será preciso establecer la idoneidad del medio alternativo de defensa judicial, la violación del derecho a la unidad familiar o de cualquier otro derecho fundamental y la presencia de un perjuicio irremediable.

2. Solución al problema

2.1. En los términos del inciso tercero del artículo 86 de la C.P., desarrollado en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, correspondiéndole al juez de tutela apreciar en concreto la existencia de dichos medios, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2.2. El Título III del Código del Menor en punto al procedimiento administrativo que debe seguirse para adoptar medidas que conduzcan a la protección de los menores en situación de abandono, desamparo o peligro, así como los efectos que ella produce, y la manera como los afectados pueden contrarrestarlas o impugnarlas, regula las siguientes materias:

“Artículo 55. En los procesos administrativos a que se refiere el presente Código, serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de procedimiento Civil”.

“Artículo 56. El control jurisdiccional de las decisiones que tome el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo”.

“No obstante, los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección perpetuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código.”

“Artículo 60. La declaración de abandono en que se disponga como medida de protección la establecida en el numeral 5° del artículo 57 producirá respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del menor adoptable.”

“Artículo 61. La resolución por la cual se solicita la adopción como medida de protección del menor, solo requerirá ser homologada por el Juez competente cuando las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, se hubieren opuesto a esta medida dentro del trámite administrativo en que se decretó, o dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que hubiere quedado en firme tal medida, término dentro del cual deberán presentar ante el Defensor de Familia las alegaciones y pruebas que sustenten la oposición a la medida decretada.”

“Artículo 63. Vencido el término establecido en el artículo 61, el Defensor de Familia, para los efectos de la homologación, remitirá al Juez de Familia o Promiscuo de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el menor, tanto el expediente como las nuevas alegaciones, si se hubieran presentado, para que esté dentro de los quince (15) días siguientes, dicte de plano la sentencia de homologación.”

“Si el Juez estimare que no se cumplieron los requisitos de ley, mediante auto devolverá la actuación al Defensor de Familia para que subsane los defectos que hubiere advertido”.

“Contra la sentencia que homologa la decisión del Defensor de Familia, no procede recurso alguno”.

“Artículo 64. En firme la resolución que niega la solicitud de revocatoria, de modificación o terminación de la medida impuesta por el Defensor de Familia, queda agotado el trámite administrativo”.

“Los padres o las personas que tengan el cuidado personal de la crianza y educación del menor, podrán solicitar al Juez de Familia o Promiscuo de Familia, la terminación de los efectos de las declaraciones hechas por el Defensor de Familia y la finalización de las medidas de protección adoptadas. Para este efecto deberán demostrar plenamente que se han superado las circunstancias que les dieron lugar y que hay razonables motivos para esperar que no volverán a producirse”.

“Esta acción podrá intentarse siempre y cuando no se haya homologado la declaratoria de abandono o decretado la adopción”.

2.3. Anota la Sala, que la actuación administrativa a que antes se hizo alusión y que culminó con la expedición de los actos administrativos contenidos en las mencionadas resoluciones, se adelantó por funcionario competente, en forma regular, es decir, con sujeción a las reglas de procedimiento, y con observancia del derecho de defensa de la peticionaria, como quedó establecido en la prolija relación de los hechos que se hacen en esta providencia. En efecto, la demandante fue debidamente vinculada a la actuación, intervino en la misma, formuló oposición, fue notificada del acto que puso fin a dicha actuación e hizo uso del recurso de apelación, el cual fue debidamente resuelto.

2.4. La circunstancia de haberse opuesto la demandante a la actuación administrativa y específicamente a las medidas reseñadas implicaba, para la autoridad administrativa, la obligación de remitir el expediente al Juez de Familia, con el fin de que se surtiera el trámite de la homologación, el cual es un control de legalidad sobre la actuación adelantada por los funcionarios del I.C.B.F., instituido para garantizar los derechos sustanciales y procesales de los padres de los menores, o de quien los tenga a su cuidado.

2.5. El procedimiento regulado por la ley, que debe seguirse con el fin de adoptar medidas de protección a favor de los menores en situación de abandono o peligro, se desenvuelve en dos fases bien diferenciadas como son: la actuación administrativa cumplida ante las autoridades del Instituto de Bienestar Familiar y la homologación que, eventualmente, debe surtirse ante el juez de familia, como lo indica el art. 64. El debido proceso, por consiguiente, se desenvuelve de una parte en sede administrativa y de otra con la intervención judicial, en virtud de la cual se surte el trámite de la homologación de la decisión adoptada por las autoridades del I.C.B.F.

Sobre el punto se pronunció la Corte en la Sentencia T-079/93¹ en los siguientes términos:

“La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de

¹ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa. Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63)”.

“El control de legalidad, por ser ajeno a la voluntad de las partes debe surtirse siempre que se den las exigencias del artículo 61, de lo que se desprende, que si bien no puede tenerse como un medio de defensa, sí constituye un recurso eficaz para que las personas afectadas por la resolución de abandono recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, demostrando que las circunstancias que le dieron origen se han superado y que razonablemente se puede pensar que no se repetirán según lo dispone el artículo 64, norma que ubica la oportunidad para formular tal petición antes que “se haya homologado la declaratoria de abandono.”

2.6. Es importante destacar que en el caso en estudio el trámite del control de legalidad por el Juez de Familia no se había iniciado el 4 de septiembre de 1998, fecha en que se interpuso la acción de tutela.

En efecto, la resolución N° 1131 que desató el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmó la N° 074 del 2 de junio del mismo año, en la cual se adoptaron las medidas de protección a que nos hemos venido refiriendo, se profirió el 20 de agosto de 1998.

Devuelto el expediente por la oficina regional del I.C.B.F. a la oficina de origen, lo que correspondía procesalmente era que ésta remitiera la actuación al juez de familia competente con el fin de que surtiera el trámite de la homologación, en consideración a que la peticionaria de la tutela había formulado oposición a las medidas adoptadas por dicha entidad. Sin embargo, en razón de la interposición de la acción de tutela el referido trámite no se cumplió, como lo asevera la Defensora de Menores de Pasto en escrito dirigido al Tribunal Superior de Pasto, con fecha 11 de septiembre de 1998.

2.7. Conforme a lo expuesto la tutela impetrada resulta improcedente, por las siguientes razones:

a) La actuación administrativa cumplida por el I.C.B.F., se sujetó en un todo a las reglas de procedimiento previstas en la ley. En tal virtud, no observa la Sala que se le hubiese desconocido a la demandante el derecho al debido proceso administrativo ni ningún otro derecho constitucional fundamental; por consiguiente, por la vía de la tutela no es posible cuestionar la actuación de dicho Instituto.

b) El control de legalidad de las decisiones adoptadas por el I.C.B.F. opera, por mandato legal, con arreglo al mecanismo de la homologación judicial. Y si bien ésta no es un medio de defensa judicial, en sentido estricto, sí constituye un instrumento procesal de protección que es eficaz².

c) En el evento en que se hubiera incurrido en violación del debido proceso, dentro de la actuación administrativa, la tutela indudablemente sería procedente, pues ya la Corte ha admi-

² Idem

tido que en relación con actos preparatorios o de trámite, que no deciden el fondo del asunto, es procedente la acción de tutela cuando se afectan o amenazan derechos constitucionales fundamentales³.

d) Como mecanismo transitorio tampoco resulta procedente la tutela, porque a la demandante ni a sus hijos se le ha violado derecho fundamental alguno con las medidas administrativas adoptadas por el I.C.B.F., las cuales se juzgan legítimas, y, además, no están acreditados los supuestos objetivos que la jurisprudencia de la Corte ha señalado para considerar que existe un perjuicio y que éste es irremediable.

Es más, el presunto perjuicio irremediable no puede considerarse potencialmente próximo o inminente, habida consideración de que mientras no se surta el trámite de la homologación, no es posible que se puedan iniciar los trámites propios para la adopción de los menores.

e) Por lo demás, está demostrado que los menores se encuentran, desde mucho tiempo antes de la presentación de la tutela, bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en hogares sustitutos.

En tales circunstancias, habiéndoles dispensado el Estado la protección de los derechos fundamentales a los citados menores, que son preferentes sobre los derechos de los demás, y que los padres no están en condiciones de asegurar, no resulta viable impetrar la tutela para la supuesta protección de derechos cuyo goce se encuentra debidamente asegurado, ni siquiera so pretexto de la ruptura de la unidad familiar, que en las circunstancias anotadas es inevitable en aras del bienestar de dichos menores, mas aún cuando ésta de hecho se ha presentado, en razón de la situación de abandono en que se encontraban aquéllos.

De todas maneras, aún dentro del trámite de la homologación, los padres pueden hacer cesar las medidas de protección adoptadas por el I.C.B.F. y el trámite de la adopción, si demuestran que se han superado las situaciones que las originaron y ofrecen las necesarias garantías de que ellas no volverán a presentarse, según lo prevé el art. 64 del mencionado código.

3. En conclusión, no aprecia la Sala violación de derecho fundamental alguno a la peticionaria y a sus menores hijos. En tal virtud, no es procedente la acción de tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, se confirmará la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil y Agraria.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 27 de octubre de 1998, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria.

³ SU-201/94 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

T-293/99

Segundo. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-294
mayo 3 de 1999

VIA DE HECHO-

Improcedencia por existencia de mecanismo de defensa judicial

Atendiendo al carácter subsidiario y residual del recurso de amparo, éste sólo procede contra una vía de hecho judicial cuando el ordenamiento jurídico no tiene previstos otros mecanismos de defensa que puedan invocarse, o cuando, existiendo, se utiliza la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección permanece únicamente hasta que resuelva de fondo la autoridad competente.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

Procedencia excepcional

VIA DE HECHO-

Improcedencia por no ejercicio oportuno de recursos

APODERADO JUDICIAL-

Falta a la ética por representación de ambas partes

APODERADO JUDICIAL-

Falta de diligencia en actuaciones procesales

Referencia: Expediente T-187898

Demandante: Sociedad Embotelladora Román S.A.

Demandado: Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición -Colegio de Abogados del Cesar.

Temas: Vía de hecho contra Laudo arbitral

Improcedencia de la acción de tutela por falta de los presupuestos de hecho que le son propios.

No hay violación del debido proceso y del derecho de defensa cuando las presuntas irregularidades son atribuibles a conducta omisiva del accionante y éste no las alegó en tiempo y forma oportunos, pese a habersele brindado la oportunidad procesal de hacerlo.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Octava de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados FABIO MORON DIAZ, VLADIMIRO NARANJO MESA y ANTONIO BARRERA CARBONELL, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, procede a resolver la acción de tutela instaurada por la Sociedad Embotelladora Román S.A. mediante apoderado, contra el laudo arbitral que pronunció el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición del Colegio de Abogados del Cesar, en abril 20 de 1998, en cuanto la condenó a indemnizar al señor Nicolás Viloría de la Hoz, como consecuencia de la terminación unilateral e injusta del contrato de agencia comercial, providencia que a su juicio es configurativa de una vía de hecho, por cuanto se incurrió en violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

I. ANTECEDENTES

HECHOS Y ALEGACIONES

El accionante cita como relevantes, los siguientes hechos:

1. Entre la Sociedad Embotelladora Román S.A. y el señor Nicolás Viloría de la Hoz, se celebró el 22 de febrero de 1995 un contrato de distribución de gaseosas. En la cláusula décimo tercera del mencionado contrato se previó que todas las diferencias que surgieran entre las partes, serían dirimidas por un Tribunal de Arbitramento que sesionaría en Santafé de Bogotá D.C., de acuerdo con las normas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de esta ciudad.

2. El día 10 de enero de 1997, la Compañía Embotelladora Román S.A. con fundamento en la Ley y en el contrato, procedió a darlo por terminado y con justa causa, en razón de haberse presentado irregularidades cometidas durante el cargue de productos.

3. El 16 de abril de 1997, el señor Nicolás Viloría de la Hoz, presentó demanda contra la Embotelladora Román S.A. ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición del Colegio de Abogados del Cesar.

4. El mencionado Centro de Conciliación avocó el conocimiento del proceso, careciendo de competencia para ello y profirió laudo arbitral de fecha 20 de abril de 1998, incurriendo en las siguientes irregularidades que violan el debido proceso y el derecho de defensa de Embotelladora Román S.A.:

· De acuerdo a la cláusula del contrato sobre arbitramento, se convino que éste sesionaría en la ciudad de Bogotá y según las normas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de esa ciudad.

El Tribunal de Arbitramento no se integró con árbitros pertenecientes al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, sino con los del Colegio de Abogados del Cesar. Por tanto, carecía de jurisdicción para proferir el laudo arbitral.

· El Tribunal de Arbitramento apreció pruebas que no fueron pedidas por el actor, como fue el dictamen pericial que se rindió en el proceso.

- El Tribunal de Arbitramento accedió a la solicitud de la parte convocante de ampliar el mencionado dictamen pericial con el fin de probar los daños y perjuicios, cuando el objeto de la prueba de inspección judicial que se decretó, era demostrar la injusta terminación de los contratos.

- En el proceso arbitral no se concedió a los peritos un término para la aclaración y complementación del experticio, ni se dió traslado a las partes por el término de 3 días, como lo ordena el numeral 4 del artículo 238 del C.P.C.

- El Tribunal de Arbitramento impidió a la parte demandada ejercer el derecho de pedir pruebas, pues dispuso la notificación y traslado de la demanda por 10 días, cuando la oportunidad para presentar pruebas es la primera audiencia de trámite, como lo señala el artículo 108 de la Ley 23 de 1991.

5) Se profirió un fallo en conciencia y no en derecho, pues: no se probó la existencia de un contrato de agencia comercial, el cual difiere de la licencia de distribución (i); al mencionado contrato no podía dársele valor probatorio pues no se había probado el pago del impuesto de timbre(ii); tampoco se demostró la existencia del daño patrimonial, pese a lo cual, el Tribunal de Arbitramento condenó a la Embotelladora Román S.A. al pago de una indemnización por valor de \$64.215.000 (iii); el dictamen pericial no fue valorado conforme a la ley, pues presentaba las inconsistencias mencionadas anteriormente (iv); Aunque la sociedad demandada probó la justa causa de la terminación del contrato, el Tribunal de Arbitramento concluyó que había sido terminado irregularmente, pues la falta había sido cometida por un subalterno del demandante (v); para que proceda la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contratos, se debe pedir la resolución del contrato, lo cual no hizo el actor (vi).

Por su parte, el Tribunal de Arbitramento resumió su actuación, en los siguientes términos:

“Presentada en abril 16 de 1997, la demanda de conciliación y arbitramento por parte del doctor EMILIO QUINTERO AARON, ésta se admitió por reunir los requisitos del artículo 86 del Código de Procedimiento Civil.

En el auto admisorio de fecha abril 21 de 1997 se ordenó la notificación y el traslado de la misma al representante legal de la EMPRESA EMBOTELLADORA ROMAN S.A., doctor RAMIRO GOMEZ NARANJO, por el término legal de 10 días, quien otorgó poder al doctor ALVARO CASTRO CASTRO, con facultad para nombrar árbitros para la integración del Tribunal y dirimir el conflicto, quien no contestó la demanda.

Posteriormente el Centro de Conciliación señaló el día 7 de mayo de 1997 a las 9 a.m. como fecha y hora para la audiencia de conciliación.

En esta fecha se levantó el acta No. 01, suscrita por las partes y sus apoderados, así como por la Directora del Centro de Conciliación y se procedió a nombrar a los árbitros, designando a los doctores JOSE ARMENTA GUEVARA, JAIRO MARTINEZ PALMESANO Y FLOR ANGELA ALARCON HIGUERA; a quien se les dio la debida posesión.

En junio 26 de 1997, tuvo lugar la audiencia de conciliación, en la cual fue solicitado un aplazamiento de la misma por el Dr. ALVARO CASTRO, apoderado de la parte demandada para considerar la propuesta del apoderado de la parte demandante de rebajar un veinte por ciento

T-294/99

del valor de las pretensiones. A lo cual se accedió y se fijó como nueva fecha para continuarla el 8 de julio de 1997.

En esta fecha el apoderado de la parte demandada, Dr. Alvaro Castro Castro no se presentó, presumiéndose de este modo no querer llegar a un arreglo conciliatorio, por lo cual el Dr. Emilio Quintero Aaron solicitó se continuara con los trámites del proceso de arbitramento.(Fl. 66)

PRUEBAS RECEPCIONADAS

1. Por la parte demandante

a) Poder debidamente otorgado al doctor Emilio Quintero Aaron

b) Copia auténtica del contrato de distribución entre la empresa Embotelladora Román S.A. y el demandante Nicolás Viloría de la Hoz.

c) Comunicación por la cual la Empresa Embotelladora Román S.A. da por terminado el contrato de distribución a partir del 10 de enero de 1997.

d) Certificación expedida por Empresa Embotelladora Román S.A. sobre el volumen o promedio de ventas, realizadas por el señor Nicolás Viloría de la Hoz y el valor del descuento otorgado por la compañía y con base al cual se tasan los ingresos.

2. Por la parte demandada

2.1. Documentales

a) Poder debidamente otorgado

b) Certificación de existencia y representación legal de la Empresa Embotelladora Román S.A..

2.2. Testimoniales

a) Declaración por el señor Edgardo Bolívar Coronado... quien ocupa el cargo de gerente de Distrito de Ventas de Empresa Embotelladora Román S.A. respecto de los hechos de la demanda... en la cual quedó claro que el señor Nicolás Viloría tenía vínculos con la Empresa Embotelladora Román S.A. desde el año de 1989... explicó a este Tribunal cómo se hace el cargue en las tardes y el camión queda con su carga hasta el día siguiente, cuando se debe verificar el conteo; a la pregunta de si se encontraba el día en que no reportó el número correcto de cajas el señor Nicolás Viloría de la Hoz, dijo que no recordaba.

b) Declaración rendida por el señor José Manuel Pinto, solicitada por el apoderado de la parte demandada, haciendo uso de las facultades del artículo 246 del C. P.C., quien explicó los detalles técnicos sobre los costos de operación que se dan en el proceso de venta de gaseosas y demás productos de la Empresa Embotelladora Román S.A. exactamente en lo referente al contrato suscrito con el señor Nicolás Viloría de la Hoz...

1. Inspección judicial

Esta se llevó a cabo en la oficina de la Empresa Embotelladora Román S.A. a los 13 días del mes de noviembre de 1997, en la cual el doctor Emilio Quintero Aaron, solicitó el uso de la

palabra para pedir ampliación de los puntos materia del dictamen, lo cual se le concedió y fue objetado por el apoderado de la parte demandada aduciendo que el término para hacerlo ya había pasado y a lo cual se dio respuesta por parte del Tribunal, acogiéndonos al numeral 2 del artículo 246 del C.P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1º numeral 114, el cual permite la ampliación del dictamen de oficio o a petición de las partes. Esta inspección judicial se realizó en varias etapas, durante las cuales se recepcionaron los testimonios solicitados por las partes y se ordenó colocar a la disposición de los peritos toda la documentación requerida.

2. - Dictamen pericial

Fue solicitado por parte de los señores peritos una ampliación del término para la presentación del mismo, la cual se les concedió. Una vez presentado, fue puesto a disposición de las partes conforme lo establece la ley, y transcurrió el término sin que fuera objetado. Sin embargo, este Tribunal al analizarlo para emitir el fallo, detectó algunos errores mayúsculos en las operaciones matemáticas, por lo que se le solicitó a los señores peritos aclaración de ciertos puntos ... y que fueron debidamente corregidos y que sirvieron de base, junto con las demás pruebas documentales y testimoniales para la elaboración del fallo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Al tenor, literal de los alegatos presentados por las partes, este Tribunal le dará respuesta a los mismos con las siguientes consideraciones:

Primera.- Está plenamente demostrado en el proceso que, de acuerdo con el análisis objetivo, claro y preciso que hace este Tribunal sobre el contrato objeto de la presente litis y teniendo en cuenta el contenido de sus cláusulas y el desarrollo de las mismas. Conceptuamos que se trata de un contrato de agencia comercial, de acuerdo con las directrices trazadas en el artículo 1317 del Código de Comercio.

...

De igual manera se encuentra plenamente demostrado en el proceso que el demandante ejecutó el contrato referido en la forma establecida en la Cláusula Quinta del mismo en lo relacionado con la distribución y venta de los productos de la Empresa Embotelladora Román S.A., en las rutas y territorios asignados en el mismo contrato.

Se demuestra también que la parte demandante cubrió por su cuenta todos los gastos de transporte, distribución y gastos relacionados con el personal a su cargo.

También observa este Tribunal que la parte demandada no contestó la demanda al dársele traslado oportuno de la misma, siendo un indicio grave en su contra, como lo preceptúa el art. 95 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º numeral 44, que establece que la falta de contestación de la demanda o de un pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella o acerca de las afirmaciones o negaciones sobre los mismos, serán apreciadas en forma grave en contra del demandado.

...”

6) Contra el Laudo Arbitral, la Empresa Embotelladora Román S.A., interpuso el recurso extraordinario de anulación el cual fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Valledupar -Sala Civil Familia, quien resolvió confirmar la providencia cuestionada, con fundamento en las consideraciones que a continuación se extractan, en razón a su pertinencia en punto a las supuestas violaciones de derechos fundamentales que en este proceso se aducen:

“ ...

4.2.1. Primera causal de Anulación. Según el criterio del cuestionante, esta causal se fundamenta en el artículo 38-2 del Decreto 2279 de 1989, por “no haberse constituido el Tribunal de arbitramento en legal forma”. Opina que el Colegio de Abogados del Cesar carece de jurisdicción para conocer de esta controversia, ya que las partes pactaron deferir la jurisdicción al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Admite el memorialista que esta irregularidad no fue alegada en la oportunidad procesal pero que “no puede desconocerse que la falta de Jurisdicción es motivo de nulidad que no es susceptible de saneamiento”. Evidentemente, la falta de jurisdicción es una casual de nulidad que no puede sanearse. Pero en el caso concreto acá planteado, no se trata de una materia atinente a la jurisdicción, sino a la competencia territorial, puesto que se acepta por las partes que la composición del conflicto de intereses se sustrajo de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, para someterla a la jurisdicción arbitral: la discusión que plantea el atacante se limita simplemente a la competencia del Centro de Conciliación del Colegio de Abogados del Cesar o al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Se trata, por lo tanto, de un caso de competencia territorial, que al no ser alegada en la oportunidad procesal quedó saneada, porque la competencia por este factor es prorrogable; por lo demás, ya a esta hora de nona, no se puede alegar porque el memorialista carece ya de legitimación para ello. Esta causal, por lo tanto, no puede prosperar.

4.2.2. Segunda Causal. Se fundamenta en el artículo 38-4 del mismo Decreto 2279, es decir, “cuando sin fundamento legal se dejaron de decretar pruebas oportunamente solicitadas y se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión..

Sobre el tópic probatorio se hacen dos cuestionamientos:

a) La irregularidad en la tramitación de la pericia al no ordenarse un traslado; y

b) El Tribunal Arbitral “le impidió a la parte demandada ejercer el derecho a solicitar pruebas”.

En lo que respecta a la irregularidad del rito procesal por la omisión de un traslado (a. 238-4 C.P.C.), precisa esta Sala que tal argumento no se puede alegar en esta oportunidad procesal, puesto que el interesado no protestó en la forma y tiempo debidos, es decir, en el trámite arbitral; tales omisiones se pueden alegar mediante el recurso de revisión siempre que “el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

...

El otro aspecto probatorio esgrimido por el quejoso, es que se le dejó indefenso por parte del Tribunal de Arbitramento, al haberle impedido ejercer el derecho de solicitar pruebas. La argumentación del atacante del laudo, no se ajusta a la realidad procesal, puesto que con vistas

en el propio proceso surge ostensiblemente que el demandado no solicitó el decreto respectivo y los documentos que aportó, fueron decretados, según auto de octubre 24 de 1997 (folio 59). Más aún, el procurador de la parte demandada asistió a la primera audiencia de trámite, pero dejó precluir esta oportunidad procesal sin hacer uso de la ocasión para solicitar pruebas. De tal suerte, que si en verdad quedó sin defensa probatoria la causa es imputable al protestante de hoy.

Vista desde esta óptica jurídica, la causal de anulabilidad acá planteada, no puede prosperar.

...

4.2.4. Cuarta Causal. Considera la parte promotora del recurso, que en este caso se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 38-6, del citado Decreto 2298, por “haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

Destaca esta Corporación, la última parte del citado artículo “siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”. Al romper es dable precisar que esta última condición no se da en la actuación; no aparece ostensiblemente ni de bulto que la decisión se hubiese fallado en conciencia; por el contrario, de acuerdo con el planteamiento, con la ubicación del caso y con las consideraciones del Tribunal de Arbitramento, queda sumamente claro que la controversia se desató en derecho; los argumentos y motivaciones que le sirven de estribo al fallo son un análisis probatorio y jurídico que no dejan duda abrirse paso sus pretensiones.

...”

En sentir del accionante, con el fallo mencionado quedaron agotados todos los recursos jurídicos disponibles para cuestionar el Laudo Arbitral que se ataca, por lo que considera que la acción de amparo es el único medio judicial para restablecer los derechos que estima vulnerados.

II. LA DECISION JUDICIAL DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante decisión de septiembre 10 de 1998 rechazó por improcedente la acción incoada, al considerar que la tutela no procede contra laudos arbitrales, pues estos son verdaderas providencias judiciales a la luz del artículo 45 del Decreto 2279 de 1991, modificado por el artículo 114 de la ley 23 de 1991.

La mencionada Corporación judicial, fundamentó su decisión en las sentencias del 12 de febrero de 1997 y del 29 de mayo de 1998, emanadas de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

III. LA IMPUGNACION

El apoderado judicial de la Sociedad Embotelladora Román S.A., al impugnar la decisión judicial de primera instancia, adujo:

“Ha sido... reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional... que la acción de tutela es procedente contra providencias judiciales cuando, además de violar derechos fundamentales,

la providencia se constituye en una auténtica vía de hecho, es decir, cuando se presenta una transgresión mayúscula en la cual el fallador reemplaza la ley por su voluntad, adoptando una medida que contiene un fundamento caprichoso o abusivo que vulnera derechos fundamentales como ocurrió en el presente caso”.

IV. LA DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Tercera del H. Consejo de Estado, mediante fallo de octubre 15 de 1998, confirmó la decisión judicial del Tribunal Administrativo del Cesar, aunque por razones diferentes. El Alto Tribunal acogió la tesis de esta Corporación acerca de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, cuando se configura una vía de hecho.

En el caso *sub lite*, sin embargo, estimó que el Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados del Cesar no incurrió en vía de hecho, por las razones que a continuación se extractan:

“... las presuntas irregularidades cometidas por el Tribunal de Arbitramento no son de recibo en el presente caso pues, tal como lo advierte el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al resolver el recurso de anulación del Laudo Arbitral, la Embotelladora Román S.A., encontró dentro del proceso arbitral las garantías necesarias para ejercer su propia defensa; sin embargo, asumió actitud pasiva en el trámite arbitral pues no protestó en la forma y tiempo debido contra las supuestas irregularidades cometidas, circunstancia que generó el saneamiento de los presuntos vicios del proceso arbitral.

...

Además, la Embotelladora Román S.A. gozó de las oportunidades necesarias para ejercer su propia defensa dentro del trámite arbitral, razón que descarta la supuesta vía de hecho alegada en la demanda de tutela.

...

No sobra advertir que la citada sociedad, en el curso del proceso arbitral, no contestó la demanda, no pidió pruebas en la primera audiencia de trámite ni propuso excepciones. En estas condiciones, tal y como lo advierte el señor Nicolás Vilorio de la Hoz (parte en el proceso arbitral) “si el accionante se quedó sin defensa probatoria, la causa es imputable a él mismo y no al Tribunal de Arbitramento.

...”

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE REVISION

Primera. La Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

El presente examen se hace en virtud de la selección que de la sentencia de tutela practicó la Sala correspondiente y del reparto que se efectuó, de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

Segunda. Omisiones en los fallos materia de revisión.

Debe la Sala comenzar su examen advirtiendo que los fallos que ahora se revisan omitieron el análisis de aspectos de crítica importancia, a saber:

El Tribunal Administrativo del Cesar rechazó de plano la tutela, mediante decisión superficial y errónea que, en forma manifiesta, contraría la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se configura una vía de hecho.

Ciertamente, sorprende a esta Sala que pese a que desde su ya conocida sentencia C-543 de 1992 es reiterada la jurisprudencia en que la H. Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, en los casos y bajo los supuestos que ha configurado y caracterizado en su muy copiosa jurisprudencia sobre el tema, el Tribunal Administrativo del Cesar haya pronunciado un fallo cuya motivación es manifiestamente contraria a la jurisprudencia del máximo intérprete y guardián de la Carta Política.

Por su parte, la sección Tercera del H. Consejo de Estado, rechazó por improcedente la presente acción, por considerar que el Tribunal de Arbitramento no incurrió en vía de hecho, sin detenerse a examinar si existían o no otros medios de defensa eficaces y si existía un peligro inminente que ameritara la interposición de la acción con miras a obtener el accionante un amparo transitorio.

Ciertamente, esta Sala de Revisión advierte que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado no analizó el tema de la procedencia de la tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no obstante lo cual examinó el fondo de la cuestión y encontró ajustado a derecho el laudo impugnado, por no encontrar configurada la alegada vía de hecho.

Es, pues, imperativo para esta Sala adentrarse en el examen de los aspectos omitidos, por cuanto se trata de presupuestos sustanciales de la acción.

Tercera. Improcedencia de la tutela contra vías de hecho cuando existen en el ordenamiento jurídico otros medios de defensa judicial.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se ha incurrido en una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales, pero siempre que se observen los demás requisitos de procedibilidad de la citada acción.

Así, atendiendo al carácter subsidiario y residual del recurso de amparo (art. 86 C.P.), éste sólo procede contra una vía de hecho judicial cuando el ordenamiento jurídico no tiene previstos otros mecanismos de defensa que puedan invocarse, o cuando, existiendo, se utiliza la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección permanece únicamente hasta que resuelva de fondo la autoridad competente (art. 8° del Decreto 2591 de 1991).

Sobre el particular, señaló esta Corporación¹ en reciente pronunciamiento:

¹ Sentencia T-008/98, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“La Corte Constitucional ha entendido que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, salvo que se trate de una vía de hecho que afecte derechos constitucionales fundamentales y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la citada acción. En este sentido, la tutela sólo habrá de proceder contra una vía de hecho judicial si no existe ningún mecanismo ordinario de defensa o, si éste existe, a condición de que el amparo constitucional resulte necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.”

Como esta Corte² lo tiene establecido:

“... ”

la independencia funcional de los jueces no se puede restringir a través de la tutela, ni se puede, en ella, suplantar al funcionario del conocimiento en las labores que le son propias.

“... ”

Al pronunciarse en estrado de tutela sobre un caso análogo al que en esta oportunidad se examina, también referido a una presunta vía de hecho en laudo arbitral, la Sala Novena³ de Revisión de esta Corte Constitucional, mediante sentencia T-608 de 1998, de la que fue ponente el H. Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, sobre este aspecto, reiteró que lo siguiente:

“... ”

la acción de tutela es una institución procesal de naturaleza residual que no le otorga al presunto afectado la posibilidad de acceder a ella de manera discrecional, promoviendo su ejercicio en forma simultánea y concurrente con otros recursos legales que ... han sido dispuestos en el ordenamiento jurídico para proteger el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son parte en una actuación judicial. (Énfasis fuera de texto)

“... ”

Y más adelante, añadió:

“... ”

La acción de tutela no ha sido diseñada como un medio judicial alternativo, ni tampoco adicional o complementario a los estatuidos legalmente para la defensa de los derechos en general. No se trata de una institución procesal que tienda a remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, a desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.⁴

Atendiendo a los principios constitucionales que la orientan (art. 86 C.P.), la acción de tutela persigue, pues, una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales. Por eso, cuando se utiliza como mecanismo transitorio de

² Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrados Ponentes Drs. José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia T-449 de 1994.

³ Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra

⁴ Cfr., entre otras, las sentencias C-543/92 y T-604/96.

*protección, es forzoso demostrar no sólo la inminencia del daño y la urgencia del titular del derecho para precaver el perjuicio, sino también la gravedad de los hechos que, además, no pueden traducirse en la simple posibilidad de una lesión sino en la certeza de sufrir un daño irreparable que no permita retornar las cosas a su estado anterior.*⁵

Sobre el particular, manifestó la Sala Novena de Revisión:

La Carta Política (art. 86 inc. 3o.) establece como requisito *sine qua non* para que proceda la acción de tutela, el que no exista otro medio de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

...

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.” (Sentencia T- 225/93, M.P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa)

Ha de concluirse entonces, que la acción de tutela es un instrumento jurídico de naturaleza residual, que si bien le brinda a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal para promover la protección directa de sus derechos constitucionales fundamentales, exige, como requisito de procedibilidad, que el afectado no disponga de otros medios judiciales de defensa o que el daño alegado en esta sede revista la característica de irremediable, entendiéndose como tal, aquella situación de riesgo que de no ser controlada oportunamente, conllevaría un daño o deterioro irreversible a los derechos presuntamente afectados.

...”

Así, pues, ha sido uniforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional y sus Salas de Revisión en la que, se ha reiterado que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo de protección excepcional que debe operar únicamente cuando el sistema jurídico no haya previsto otros medios de defensa, o si, analizadas las circunstancias del caso concreto, las vías procesales ordinarias resultan probadamente ineficaces o puramente teóricas para lograr la protección invocada, sobre la base de la urgencia con que se requiere la orden judicial, o para evitar un perjuicio irremediable.

Cuarta. El caso concreto

En el caso presente considera esta Sala de Revisión, que la acción de tutela es procedente por cuanto, si bien, en abstracto, contra los laudos arbitrales procede intentar ante la Sala de

⁵ Cfr., entre otras, las sentencias T-225/93, T-015/95, T-150/95 y T-208/95.

Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de revisión, los hechos constitutivos de las supuestas violaciones al debido proceso y al derecho de defensa del accionante, en particular, la falta de jurisdicción y competencia, no están contemplados dentro de las causales que, en teoría, dan lugar a dicho recurso, al tenor de lo preceptuado en el artículo 380 del C. de P.C.

En estas circunstancias, compete a esta Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional emitir un pronunciamiento de fondo sobre la supuesta vía de hecho en que incurrió el Tribunal de Arbitramento, convocado para dirimir el conflicto de naturaleza contractual surgido entre el señor Nicolás Vilorio de la Hoz y la Embotelladora Román S.A., pues, las supuestas violaciones al derecho de defensa y al debido proceso que se alegan, son de aquellas que deben ser examinadas en sede de tutela, pues tocan con típicas transgresiones de derechos constitucionales fundamentales, para cuya protección precisamente se ha previsto este instrumento de amparo.

Quinta.- Improcedencia de la acción de tutela por supuesta configuración de vía de hecho cuando el actor ha dejado de interponer los recursos ordinarios de defensa de sus derechos, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo, por existir las condiciones fácticas y legales que le hubieran permitido emplearlos efectivamente.

De otra parte, constata esta Sala de Revisión que en el presente caso, el peticionario pretende emplear la acción de tutela para revivir una cuestión judicial que precisamente fue decidida en forma adversa a sus intereses, a causa de las omisiones que -dicho sea de paso, ha pretendido aducir en su favor en tres ocasiones- y que en la *sub-lite*, pretende hacer valer por la vía de la tutela, argumentando la supuesta configuración de una vía de hecho sin que, por este aspecto tampoco se den sus presupuestos materiales, pues las irregularidades en que pretende sustentarla y que según su alegación, supuestamente configuran las pretendidas violaciones de los derechos al debido proceso y a la defensa que pretende alegar a su favor, LE SON IMPUTABLES.

No hay ninguna prueba en el proceso arbitral que dió lugar al expediente de tutela que se revisa, sobre omisión o actitud caprichosa o arbitraria del Tribunal de Arbitramento al profesar el Laudo Arbitral que se cuestiona, como tampoco encontró esta Sala que en la producción y valoración del acervo probatorio se hubiese incurrido en comportamientos contrarios al respeto debido a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del actor.

Si el Laudo Arbitral y el recurso de anulación del mismo le fueron adversos, ello es consecuencia de las omisiones en que incurrió su apoderado durante el trámite arbitral, quien se abstuvo de ejercer los recursos que la ley concede para cuestionar las presuntas irregularidades; en particular, la de la falta de jurisdicción y competencia, con lo que las subsanó.

Así, pues, tampoco encuentra esta Sala de Revisión que la actuación del Tribunal de Arbitramento haya sido contraria a los hechos probados.

Sexta. Actuación de los apoderados judiciales de la parte demandada.

Aunque no sea materia de la acción de tutela, llama la atención de esta la Sala de Revisión, la circunstancia de que el abogado EMILIO QUINTERO AARON, haya sido sucesivamente apoderado de las parte demandante constituida por el Sr. Nicolás Viloria de la Hoz y de la parte demandada, EMBOTELLADORA ROMAN S.A. en cuyo nombre suscribió el contrato de distribución cuya terminación unilateral precisamente suscitó la controversia que dió lugar a la presente acción de tutela (fl. 38), por lo cual, puede estar incurso en una violación del régimen legal y ético de la profesión de abogado.

De igual modo, observa que la actitud pasiva del abogado ALVARO CASTRO CASTRO durante el trámite arbitral, en el que no contestó la demanda, ni propuso excepciones, ni pidió pruebas durante la primera audiencia de trámite, según lo observaron tanto el Tribunal de Arbitramento al pronunciar el Laudo Arbitral, como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar al confirmar el Laudo, y la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver la impugnación de la presente tutela, rechazándola por no haber vía de hecho, pudo haber perjudicado a la EMBOTELLADORA ROMAN S.A. al no haber representado en forma idónea sus intereses. Ciertamente, al no haber protestado en la forma y tiempo debido contra las supuestas irregularidades cometidas, generó el saneamiento de los presuntos vicios del proceso arbitral a más de consentir en algunas de ellas, como ocurrió v. gr., durante la primera audiencia en la que aceptó expresamente la competencia territorial del Tribunal de Arbitramento conformado por el Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados del Cesar.

Por ello, enviará copia de la presente providencia a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para que investigue, en lo de su competencia, la actuación de los abogados mencionados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero.- **RECHAZASE** por improcedente la acción de tutela y, en ese sentido confírmase la parte resolutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar del 10 de septiembre de 1998, pero por las razones consignadas en la presente providencia.

Segundo.- **LIBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Tercero.- Ordenar que se **COMPULSEN** copia de la presente providencia y del expediente al H. Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria, para que investigue la actuación de los abogados: EMILIO QUINTERO AARON y ALVARO J. CASTRO CASTRO y de los magistrados: CARLOS A. GUECHA MEDINA, JORGE SAADE MARQUEZ y OLGA VALLE DE LA HOZ del Tribunal Administrativo del Cesar en lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Comuníquese y cúmplase

T-294/99

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ (E), Secretario General

SENTENCIA T-295
mayo 4 de 1999

TUTELA CONTRA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA

-Frente a sus trabajadores actúa como particular

SUBORDINACION-Disminución de pensión/**INDEFENSION**-Disminución de pensión

PENSION DE JUBILACION-Es un derecho subjetivo

SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS-Inmutabilidad o intangibilidad

ACTO PROPIO-Respeto

Un tema jurídico, que tiene como sustento el principio de la buena fe, es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

ACTO PROPIO-Condiciones para su aplicación

El respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

REVOCAION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-

Protección de derechos adquiridos frente a particulares

La Corte Constitucional, tratándose de tutelas contra autoridad pública, ha defendido la ejecutividad, obligatoriedad y eficacia del acto administrativo y ha considerado que hay

violación de derechos fundamentales cuando ocurre revocatorias directas, sin autorización de quien haya adquirido el derecho. Cuando la tutela, como en el presente caso, no es (dentro de la estructura de la acción de tutela) propiamente contra autoridad pública, entonces, con igual razón hay que proteger las determinaciones ya tomadas, que han constituido un derecho adquirido para el beneficiado y que no pueden ser modificadas sin la autorización del favorecido porque se ha consolidado en él una situación jurídica concreta, que al ser variada afecta la buena fe y la seguridad jurídica; de ahí que viene al caso esta teoría del respeto al acto propio, con su proyección en la definición de asuntos laborales y prestacionales, máxime cuando las determinaciones sobre el trabajo, en democracia, no pueden ser dictadas por una sola de las partes: el empleador, ya que si ello ocurriera se afectaría el principio de la buena fe y aun los derechos a la dignidad e irrenunciabilidad.

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-Renuncia a los derechos no es ilimitada/DERECHOS FUNDAMENTALES-Irrenunciabilidad

La posibilidad de renunciar no es ilimitada en el caso de los derechos constitucionales fundamentales; sólo existe cuando se produce en condiciones de igualdad, y resulta problemática cuando la renuncia se inserta en una relación de poder que con ella queda reforzada o que hace suponer que ella no es voluntaria: no es lo mismo renunciar a un derecho frente a iguales que hacerlo en beneficio de quien tiene poder. La renuncia es eficaz sólo cuando se produce en ejercicio de la libertad concedida por el derecho. No cabe reducir la función constitucional de los derechos fundamentales constitucionales que son inalienables, a la simple garantía de la autonomía de la voluntad. No cualquier renuncia a un derecho fundamental supone un ejercicio legítimo del mismo. En la medida en que se consideren irrenunciables, los derechos no sólo operan frente a los demás particulares, sino que limitan la libertad de su propio titular, supone la simple pervivencia de ciertos derechos como tales. Esto es, determinadas posibilidades jurídicas de defensa subsisten aunque el particular no las utilice o, incluso, las renuncie formalmente. Nadie puede oponer tal renuncia a la libertad personal, ni siquiera para exigir la correspondiente responsabilidad. La renuncia cabe, sin embargo, en la medida en que el derecho renunciado tenga por sentido la garantía a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-

Protección del jubilado

**PENSION DE JUBILACION-Revocación por particular
sin consentimiento expreso y escrito del titular**

**PENSION DE JUBILACION-Disminución por lo que recibe
como jubilado de otra institución**

PENSION DE JUBILACION-Disminución arbitraria en persona de avanzada edad enferma

**TUTELA TRANSITORIA A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Pago de totalidad de
pensión sin descontar lo recibido por otro estamento y concepto**

Referencia: Expediente T-190164

Accionante: Alberto Rebollo Bravo

Juzgador de origen: Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Tema: Respeto al acto propio

Situaciones jurídicas particulares y concretas

No disminución de la pensión de jubilación

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la tutela instaurada por Alberto Revollo Bravo contra la entidad denominada Bancafé (antes Banco Cafetero). Expediente T-190164.

ANTECEDENTES

1. El doctor Alberto Revollo Bravo, es actualmente mayor de setenta años y está afectado por una enfermedad coronaria-RVM, EPOC, arterioesclerótica carotidea (así lo expresan los dictámenes médicos), por la cual ha sido operado en dos oportunidades y le han implantado un marcapasos permanente y tres puentes coronarios.

2. En el año de 1985 adquirió el derecho a una pensión vitalicia de jubilación, que debe pagar, antes el Banco Cafetero y ahora Bancafé, en las condiciones señaladas en el acto jurídico que le reconoció la prestación: Resolución 199 de 21 de julio de 1985, cuyos numerales 1° y 2° de la parte resolutive establecieron:

“Artículo 1°. Reconocer a favor del señor ALBERTO REVOLLO BRAVO, de las condiciones civiles anotadas atrás, una pensión vitalicia de jubilación oficial equivalente a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS PESOS CON 17/100 (\$293.900,17) mensuales, desde el 13 de abril de 1985, fecha en la cual se produjo su retiro del servicio oficial según consta en declaración extrajuicio rendida en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá.

Artículo 2°. El valor de la anterior pensión de jubilación será cubierto mensualmente, en su totalidad por el Banco Cafetero, el cual tendrá derecho a repetir contra los organismos obligados al pago, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos, de conformidad con el artículo 28 del Decreto (sic)".

Aunque no ha sido motivo de mención alguna, ni en esta tutela ni en ningún otro juicio, es obligación indicar que al final de la Resolución 199 de 1985 aparece la notificación que se le hizo a Alberto Revollo Bravo y a continuación de ésta hay una nota (también firmada por el actor) que dice: "*En desarrollo del artículo 9° de la anterior Resolución, autorizo al Banco Cafetero para que descuente mensualmente de mi mesada pensional las sumas correspondientes para abonar a Deudores Varios a mi cargo, por concepto de mesadas pensionales que llegue a recibir de manera simultánea del Instituto de Seguros Sociales con la pensión del Banco Cafetero y por cualquier otro concepto*". El artículo 9° de la Resolución al cual se refiere la nota dice textualmente: "*El Banco procederá a suspender el pago de las mesadas pensionales, reconocidas por esta Resolución, en el evento de incumplimiento del punto anterior por parte del pensionado*". El punto anterior es del siguiente tenor: "*Artículo 8°. El pensionado queda comprometido a tramitar, el reconocimiento por parte del Instituto de los Seguros Sociales de las pensiones a que se hiciere acreedor, una vez reunidos los requisitos establecidos en los respectivos reglamentos*". Y así lo hizo el doctor Revollo Bravo.

3. Pero, el ISS inicialmente no le reconoció al doctor Revollo Bravo la prestación, (Resolución 03471 del 29 de mayo de 1990), motivo por el cual el propio Banco Cafetero interpuso los recursos y fue así como el 28 de marzo de 1994 se revocó la anterior Resolución y se profirió por parte del ISS la #001196 que reconoció y ordenó pagar la pensión de vejez, agregando que "*A partir de la ejecutoria de esta providencia, el Banco Cafetero continuará pagando únicamente la diferencia entre la pensión de jubilación y la de vejez del ISS*". En los considerandos se indicó que "*es incompatible la percepción de las dos pensiones en forma completa y simultánea de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política*", aunque también se advirtió en la Resolución del ISS que "*la pensión de jubilación no reviste el carácter de compartida con la de vejez que reconoce y paga el ISS*".

Al final de esta Resolución 129 de 1995, nuevamente el Banco puso una nota que dice: "*Autorizo a Bancafé, para que descuente de mis mesadas pensionales los mayores valores que llegara a pagarme ya sea por error o por cualquier otro concepto*". Pero, esta nota no fue firmada por Alberto Revollo Bravo.

4. En el mismo año de 1995, el doctor Revollo Bravo fue afectado por otra Resolución, la N° 129 del 11 de mayo de 1995, esta vez proferida por Bancafé (Sociedad Anónima de Economía Mixta del Orden Nacional), que reformó unilateralmente y sin el consentimiento del titular del derecho, lo que ya se le había otorgado en 1985, por cuanto la nueva Resolución redujo de la mesada de la pensión de jubilación la suma que el mencionado doctor Revollo Bravo recibe del ISS por concepto de pensión de vejez. El argumento esgrimido por Bancafé en la Resolución 129 de 1995 fue que "*el empleador sólo está obligado a pagar la diferencia que resulte al efectuar la deducción de la pensión del Instituto de Seguros Sociales, de la reconocida por el Banco...*" La parte resolutive de la Resolución de Bancafé dice expresamente:

"Modificar, como en efecto lo hace, los artículos 1° y 2° de la Resolución No. 199 del 21 de junio de 1985, emanada de la Vicepresidencia Administrativa de esta entidad, en sentido

de deducir la pensión por vejez reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales, de la pensión de jubilación oficial otorgada por Bancafé al señor Alberto Revollo Bravo, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente Acto Administrativo..."

5. Está probado que la modificación de la pensión de jubilación fue unilateral. En primer lugar porque es una aseveración del peticionario de la tutela que no ha sido desvirtuada; en segundo lugar porque en la contestación de la demanda, en un juicio ordinario laboral que cursa en el Juzgado 10 Laboral de Bogotá, -Alberto Revollo Bravo vs. Bancafé-, el apoderado de la entidad demanda aceptó el hecho sexto de la demanda que hace mención a que se *"reformó unilateralmente y sin consentimiento de mi poderdante (Revollo Bravo), mediante Resolución 129 del 11 de mayo de 1995, la Resolución inicial, o sea la Resolución 199 del 21 de julio de 1985..."*, como también se aceptó en el juicio laboral por parte de la demandada que era cierto el hecho 10° que hacía referencia a la reclamación del doctor Revollo dirigida a agotar la vía gubernativa instaurada contra la mencionada Resolución N° 129/95, recurso que no prosperó. Es más, dentro del expediente de tutela obra un escrito (no redargüido como falso en su contenido por Bancafé) en el cual el Director Jurídico de Bancafé, Carlos Humberto Jaimés, le pide al abogado del Banco, Jaime Cerón Coral, que corrija la contestación de la demanda frente a los hechos 1°, 2°, 3°, 4° y 9°, en el sentido de aceptarlos como CIERTOS; hechos que se refieren al lleno de requisitos para obtener la prestación (hechos 1° y 2°), a la obtención de la pensión de jubilación en 1985 (hecho 3°), a la circunstancia de que la Resolución que decretó la pensión de jubilación no dispuso que dicha pensión debía ser compartida entre Bancafé y el ISS (hecho 4°) y a que se interpuso reposición por parte del jubilado contra la Resolución 129 de 1995 que le disminuyó el monto de la pensión.

6. En efecto, el 18 de mayo de 1995 el doctor Revollo pidió que se revocara la ya citada Resolución 129 del 11 de mayo de 1995 pero el 8 de agosto de 1995 Bancafé la confirmó en todos sus términos.

7. Desde cuando se expidió la Resolución 129, la crítica que Revollo Bravo le formuló a esa actuación se basó en que la determinación del Banco fue unilateral y completamente contraria a las normas y jurisprudencia, y se ha venido respaldando esta última afirmación con dos sentencias proferidas precisamente días antes de expedirse el 11 de mayo de 1995 la Resolución 129; esas sentencias son la de la Corte Suprema de Justicia de 27 de enero de 1995 que dijo: *"puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportan los asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del Tesoro público"*; jurisprudencia que es también aceptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en fallo de 3 de abril de 1995 que declaró nulos unos artículos del reglamento general del seguro social en cuanto a invalidez, vejez y muerte y que es la segunda jurisprudencia que el solicitante invoca. Luego, según el doctor Revollo, la afectación de su pensión fue arbitraria y significó una desmejora de sus condiciones de pensionado *"pues, para tal hecho debe haber providencia judicial que así lo determine o consentimiento del pensionado afectado"*.

8. Informa el solicitante de la tutela que el 18 de febrero de 1998 instauró el correspondiente juicio ordinario laboral. Y, evidentemente, por petición de la Corte Constitucional ha sido agregado al expediente de tutela la copia íntegra de aquel proceso laboral, que cursa en el Juzgado Décimo del Circuito Laboral de Santafé de Bogotá, apareciendo como última actua-

ción judicial (en las copias remitidas a la Corte) el auto de 4 de diciembre de 1998 que señaló dentro de dicho proceso el 24 de marzo de 1999 como fecha para la audiencia de conciliación y/o primera de trámite.

9. De las copias remitidas a la Corporación se colige también que los dos argumentos centrales en el juicio ordinario laboral son estos: No podía Bancafé acudir al mecanismo de la revocatoria unilateral, ni mucho menos hacerlo con el argumento de que el doctor Revollo Bravo no podía al mismo tiempo percibir su pensión de jubilación (por parte de Bancafé) y de vejez (por parte del ISS) porque no hay incompatibilidad entre ellas (en el caso concreto del solicitante), según las ya citadas jurisprudencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

10. Es por ello que en el petitorio en el juicio laboral, por cierto bastante extenso, se pide entre otras cosas, que se declare que la Resolución 129 de 1995, emanada de Bancafé, desmejoró la pensión vitalicia de jubilación sin autorización del beneficiario y en detrimento de sus derechos adquiridos; que se declare que no hay incompatibilidad entre la pensión de jubilación decretada por el Banco y la de vejez reconocida por el ISS; que tampoco se trata de pensiones compartidas y como corolario de lo anterior que se pague la mesada completa.

LA ACCION DE TUTELA

11. El 1° de septiembre de 1998 el doctor Alberto Revollo Bravo instauró acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra Bancafé, porque, en sentir del solicitante, le han violado derechos adquiridos (art. 58 C.P.), lo han afectado como persona de la tercera edad (art. 46 C.P.), se le ha afectado el derecho al pago oportuno y completo de mesadas pensionales (art. 53 ibidem), y porque con esa actuación se ha desprotegido a una persona débil, con desconocimiento de los artículos 1° y 13 de la C. P. El petitorio en la tutela es del siguiente tenor:

“Comedidamente y para evitar que se produzca el perjuicio irremediable, solicito se TUTELE o AMPARE mis derechos fundamentales invocados, en forma transitoria, ordenando a Bancafé a PARTIR DE LA PRESETANCION DE LA TUTELA, no continuar descontando de mi PENSION DE JUBILACION OFICIAL el valor de la PENSION DE VEJEZ que me otorgó el I.S.S., por no existir incompatibilidad para recibir simultáneamente las dos (2) pensiones, tal como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, Sección 2ª, acogiendo la tesis sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varios casos, al declarar nulo el literal b) del artículo 49 de la Resolución 49 de 1990 proferida por el Instituto de Seguros Sociales.

Igualmente solicito se ordene a Bancafé y con el fin de evitar se continúe causando un perjuicio ya causado, me entregue lo que me ha retenido hasta la fecha por el concepto antes anotado, pues, su actitud contradice claras jurisprudencia, en perjuicio del suscrito pensionado; retenciones que datan desde el 10 de mayo de 1989, por haberlas recibido el mencionado Banco del Instituto de Seguros Sociales.

Como los derechos laborales invocados en esta tutela ya se tramitan ante el juzgado 10 Laboral del Circuito de esta ciudad, solicito se tenga en cuenta este hecho a fin de que no se imponga la carga de iniciar el proceso para los efectos contemplado en el artículo 8 del Decreto 2551 de 1991, pues el suscrito se halla en espera de la sentencia respectiva.”

12. Dentro de la tramitación de la tutela, el apoderado de Bancafé hace caso omiso de las jurisprudencias de la Corte Suprema y el Consejo de Estado invocadas por el doctor Revollo Bravo y cita otras sentencias de la Corte Suprema (de 14 de abril de 1994, de 15 de diciembre de 1995, de 11 de diciembre de 1991, de 5 de diciembre de 1991), que según él sustentan la tesis del empleador de la compartibilidad de la pensión, pero agrega en el memorial: “...*sólo si en gracia de discusión admitiéramos como probable la duda de la no compartibilidad de las pensiones, resulta incuestionable que no es la vía de la tutela la que debe seguirse para la definición que se pretende, pues ella no procede cuando existen otros medios de defensa judicial*”.

13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, profirió la sentencia de primera instancia en la tutela, el 25 de septiembre de 1998, declarándola improcedente, y la principal argumentación fue la siguiente:

“Por lo anterior, considera la Sala que la acción propuesta no está llamada a prosperar, pues no cabe duda que, tal como están planteados los hechos y circunstancias que motivan la tutela solicitada, existen otros recursos o medios de defensa judicial para proteger los derechos que se dicen lesionados y para que el accionante logre el pleno y total restablecimiento de los mismos.

Como el actor solicita se ordene a Bancafé deje de descontar de la Pensión de Jubilación a él reconocida la Pensión de Vejez otorgada por ISS, considera la Corporación que dicha petición hace parte de una acción de carácter laboral que puede ejercerse, como ya se hizo ante la jurisdicción ordinaria, tal como se evidencia con la documental de folios 48 a 68, en donde se pide el restablecimiento pleno de los derechos posiblemente conculcados, por lo que la vía de la Acción de Tutela no es procedente para tal fin.

La acción de tutela por ser de carácter eminentemente subsidiaria y residual, no tiene legal ni constitucionalmente la virtud de desplazar validamente la acción ordinaria respectiva que a manera de remedio judicial principal existe para revisar la legalidad de las omisiones de la administración, como la que se acusa en el presente caso.”

14. El fallo fue impugnado porque no se analizó el perjuicio irremediable, base de la tutela como mecanismo transitorio. Adujo el impugnante entre otras razones la siguiente:

“No analizó el Tribunal si la edad y mi afección cardíaca incidían en el perjuicio anunciado como INMINENTE, ni tampoco analizó las medidas que requerían para conjurar el perjuicio irremediable, ni calificó el perjuicio, ni mucho menos determinó la urgencia y la gravedad de la acción; hecho por el cual replico para que se determine el perjuicio invocado sobre el cual pasó el Tribunal sin tocarlo, ni machacarlo, es decir, lo dejó intacto”.

15. En segunda instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 29 de octubre de 1998, confirmó lo decidido por el *a quo* con esta argumentación:

“*Ciertamente el actor pertenece a la tercera edad y conforme a los certificados médicos que obran a folios 13 y 14 del expediente se deduce que padece de una enfermedad coronaria.*

Sin embargo, tales circunstancias no encuadran dentro de las características de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la protección, que debe revestir el

perjuicio para que pueda considerarse como irremediable y, por lo mismo, ser idóneo para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

En efecto, el no pago completo de las mesadas pensionales, fruto de la deducción de la diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez que dispuso Bancafé a través de la Resolución núm. 129 de 11 de mayo de 1995, a lo cual se contrae la solicitud del actor, no ha impedido que a éste se le suministre la debida y oportuna atención médica que por sus afecciones cardíacas requiere. Todo lo contrario, de los documentos antes mencionados se infiere que el actor ha recibido el tratamiento médico indicado.

En parte alguna de los hechos de la solicitud se afirma que las circunstancias que motivan la misma pongan en peligro la vida del actor y que, por ello, se haga inminente, urgente, grave e impostergable la protección de los derechos que reclama.

De tal manera que como quiera que a través del ejercicio del medio de defensa judicial que existe contra la resolución antes referida, del cual ya hizo uso el actor, se puede obtener la satisfacción de la mismas pretensiones que son objeto de esta acción, es evidente su improcedencia.

Finalmente, cabe advertir, en relación con la violación del derecho a la igualdad, que en parte alguna del expediente ni en los hechos de la solicitud de tutela se afirma siquiera que a otras personas colocadas en la misma situación de hecho del actor se les haya dado por parte de Bancafé un tratamiento distinto y favorable respecto del de éste, razón por la cual no puede predicarse la transgresión de dicho derecho.”

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. TEMAS JURIDICOS A TRATAR

1. Tutela contra particulares

Ha dicho la Corte Constitucional que por expreso mandato del artículo 86 C.P. el destinatario de la tutela no es la persona jurídica pública sino la autoridad pública y que excepcionalmente puede serlo el particular.

Por autoridades públicas deben entenderse todas las personas que están facultadas por la norma para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen o afecten a los particulares.¹

¹ Ver T-501/91, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández y T-578/93, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Para calificar la autoridad pública en la tutela no se tiene en cuenta tanto la investidura cuanto la función que se desempeñe en el instante de surgir la acción u omisión que se señale como violatoria de derechos fundamentales. Si gráficamente se trata de una relación vertical,² se tendrá que habrá tutela contra autoridad pública cuando el servidor público ejercita una actividad o poder de autoridad. En la T-496/93³ expresamente se dijo:

“La investidura de funcionario o servidor público no otorga por ese solo hecho, el ejercicio del poder público en su forma de “autoridad”, hasta el punto que puede afirmarse, sin exageración, que la mayoría de los servidores del Estado no ejercen “autoridad pública”⁴.

Así pues, se debe diferenciar entre la actividad o poder de autoridad de la actividad de gestión. En la primera el Estado manifiesta una actividad de mando a través de la expedición de actos de poder o de autoridad. En la segunda, se enmarcan las actuaciones que realiza el Estado sin utilizar el poder de mando y que, por consiguiente, son semejantes a las actuaciones de los particulares.

De acuerdo con esta idea, cuando se está frente a una actividad de poder debe aplicarse a la administración los principios y normas especiales, es decir el derecho administrativo, y los litigios que allí resultaren serían de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y dado el caso de no existir otro medio judicial de defensa, procedería la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Por el contrario, cuando el Estado actúa mediante actos de gestión, queda sometido al derecho común y a los jueces comunes.”

La jurisprudencia anterior se dio en un caso de tutela contra una sociedad de economía mixta, en el fallo se recordó que las relaciones laborales y los conflictos que surjan de ellas se rigen por el derecho privado y que esta clase de empresas *“frente a sus trabajadores actúa como un particular y no como una autoridad pública”*, de lo cual se colige que, para el caso de la presente acción, valen las consideraciones hechas en la jurisprudencia antes indicada, luego se trata de una tutela contra particulares y la norma aplicable es el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. Indefensión y subordinación

Es procedente la tutela contra actos u omisiones de los particulares cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción, indica el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

“Esta facultad tiene fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, lo cual no es otra cosa que una

² Ver T-405/96

³ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1993. Magistrado Sustanciador. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso concreto"⁵.

Un jubilado tiene condición de inferioridad como persona de la tercera edad que se halla indefenso si su pensión de jubilación es suprimida o disminuida en forma unilateral por la entidad que la ha otorgado; y, adicionalmente se encuentra en condición de subordinación respecto a quien le paga la mesada. Luego, puede válidamente instaurar la acción de tutela.

3. La pensión de jubilación es un derecho subjetivo

En numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la T-355/95⁶ y la T-313 del mismo año⁷ se dijo que la pensión, cuando ha adquirido la condición de situación jurídica concreta, merece la especial protección constitucional. Esta posición garantista es resultado no solo de la Constitución de 1991, sino que tiene su antecedente en la transformación jurisprudencial que a partir de 1946 se dió al tema de las pensiones por parte de la Corte Suprema de Justicia, superándose el anterior criterio, que provenía desde el 10 de diciembre 1915, en decisión dividida porque cuatro de los nueve magistrados salvaron el voto⁸ y que consideraba a la pensión como una gracia o recompensa gratuita⁹ y sin características de derecho adquirido¹⁰. Se necesitó que el Consejo de Estado principiara a darle un nuevo enfoque a la liquidación de las pensiones para que lo que había sido salvamento de voto en 1915 se convirtiera en doctrina mayoritaria de la Corte Suprema el 28 de febrero de 1946¹¹ cuando se declaró inexecutable el artículo 9 del Decreto de 1932. Dijo la Corte Suprema:

*“El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión, en tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual”*¹²

“Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo”.¹³

En 1961 reitera la Corte Suprema, en sentencia de constitucionalidad, que las pensiones son derechos personales de los beneficiarios y otorga créditos contra la entidad que la concede¹⁴.

⁵ C-134/94, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁶ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁷ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁸ El ponente fue Augusto N. Samper y salvaron el voto: Pardo, Juan N. Méndez, Pulido y Bartolomé Rodríguez

⁹ Sentencia de 25 de octubre de 1918, Ponente: Gnecco Laborde, ver G.J.T. XXVI, #1380, pág. 378 y la de 10 de diciembre de 1915 (g.j. #1225, p.165) ambas de la Corte Suprema, Sala Plena.

¹⁰ Ver. G.J.T. XLV, # 1928, pág. 600. Sentencia de 18 de octubre de 1937, Ponente : Pedro Alejo Rodríguez.

¹¹ Magistrado Ponente Dr. Aníbal Cardoso Gaitán

¹² Gaceta Judicial #2029, pág. 1°.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, G.J.T. XCVII, # 2246-9, pág. 18.

El tema ya no ofrece complicación alguna en la Constitución de 1991, por cuanto ésta se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como social de derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (artículo 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración, el reajuste y el pago oportuno de la pensión (artículos 53, 46 y 48), todo ello dentro del marco de la dignidad (artículo 53). Luego, la protección a quien ha adquirido su derecho a la pensión debe ser efectiva.

*“Ahora bien, en derecho público como en derecho privado, la efectividad de las obligaciones sólo se logra si existen los mecanismos judiciales necesarios para que los individuos puedan existir tales conductas por parte del Estado. De lo contrario el derecho se convierte en una mera proclamación de propósitos que nadie asume como propios. En el caso de los derechos constitucionales fundamentales se ha establecido la tutela con el fin de hacer efectivos los derechos de manera pronta y adecuada. La acción de tutela es la respuesta instrumental al propósito del constitucionalismo contemporáneo, según el cual las personas deben gozar efectivamente de sus derechos fundamentales”*¹⁵

Hasta dónde va la protección del derecho fundamental, ha sido tema en varias sentencias de la Corte Constitucional, por ello, viene al caso hacer esta referencia analógica:

“Esta Corporación estima que las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social (Caja Nacional de Previsión Social, Instituto de los Seguros Sociales) en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atenta contra el principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.

*En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable en aras de darle eficacia material, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho. Obligación que debe hacerse efectiva dentro de los términos legales previstos para ello, en aras a no afectar ni desmejorar los derechos ni la calidad de vida de los pensionados.”*¹⁶ (subraya fuera de texto).

4. Respeto a los derechos subjetivos (inmutabilidad e intangibilidad)

En la sentencia T-292/95¹⁷, en un caso en el cual la tutela prosperó, se dijo:

“Razones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona, como

¹⁵ Ponente: Ciro Angarita Barón, T-526, 18 de septiembre de 1992.

¹⁶ Sentencia T-181, 7 de mayo de 1993, Ponente: Hernando Herrera Vergara.

¹⁷ Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

también la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme, avalan el principio de la inmutabilidad o intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración a través de un acto administrativo”.

Aunque esta jurisprudencia se refiere a actos administrativos, tiene aplicación para los casos en que la situación jurídica concreta proviene de un acto de gestión que reconoce una jubilación.

También es predicable contra los particulares la jurisprudencia que se ha venido desarrollando contra la administración (sería inequitativo que se aplicara para actos de la administración y se excluyera en el caso de tutela contra particulares) y que se expresa en la sentencia T-315/96¹⁸ :

“Esta prerrogativa con que cuenta el particular, como lo ha expuesto la Corte a través de sus distintas salas de revisión, tiene como objetivos, entre otros, evitar que la administración, en uso de ciertos poderes y aduciendo una serie de necesidades, desconozca derechos subjetivos cuya modificación o desconocimiento requiere de la anuencia de su titular, pues, sólo él, por la misma naturaleza del derecho, puede renunciarlo. Si la administración no logra obtener ese consentimiento debe buscar la intervención del aparato jurisdiccional, que decide si es posible modificar o desconocer los derechos reconocidos al particular.

Se busca, así, darle algún equilibrio a las relaciones que surgen entre la administración y el particular, asegurándole a éste que aquélla no modificará o desconocerá sus derechos, sin el agotamiento previo de ciertos requisitos. Se evitan así decisiones que asalten la buena fe del titular del derecho y rompan la seguridad jurídica.”

5. El principio de la buena fe

En la sentencia anteriormente citada se invoca la buena fe, que antes era un principio general del derecho y ahora ha adquirido rango constitucional.¹⁹

Como principio general del derecho, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935,²⁰ citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil²¹ y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: *“De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo”*²².

¹⁸ Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía

¹⁹ Ver T-475/92, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁰ Ver Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de 20 de mayo de 1936, G.J. #1904, p. 444 y ss.; 20 de octubre de 1937, G. J. 1928. Y, la Corte Suprema Colombiana hizo el análisis de la presencia de la buena fe en la jurisprudencia francesa desde un fallo de la Corte de Casación de dicho país el 3 de agosto de 1815 y uno famoso del 20 de junio de 1910. Ver también G. J. 1943, p.466

²¹ Por ejemplo, artículos 768, 515, 716, 728, 732, 737, 764, 768, 769, 916, 963, 964, 966, 967, 983, 1033, 1324, 1512, 1633, 1877, 1974, 2804, entre otros.

²² Francisco Tafúr Morales, La Nueva jurisprudencia de la Corte, edición de 1939, p. 78

El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: *“El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo”*²³. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949²⁴ y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino la mala fe, en los siguientes términos:

“La mala fe –ha dicho la Corte Suprema de Justicia– debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz, que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”. (Lo resaltado es fuera del texto).

Y, la Corte Constitucional, en reciente jurisprudencia, habla de la proyección de la buena fe, C-68/99²⁵ que hace adicionalmente un pormenorizado recuento de jurisprudencias anteriores:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dió aplicación como ‘regla general de derecho’, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Esa situación varió con la Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

En torno a lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución vigente, esta Corporación se ha pronunciado en diferentes oportunidades, así:

- En sentencia T-460 de 1992, se expresó que: “El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán participar de supuestos que lo desconozcan. En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada”. (Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

²³ Gaceta del trabajo, T. IV, p. 82

²⁴ Magistrado Ponente Dr. Luis Alberto Bravo

²⁵ Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra

- En sentencia C-575 de 1992, se dijo por la Corte que “El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1° de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico”. (Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

- En sentencia C-544 de 1° de diciembre de 1994, se dijo entonces por la Corte: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”. (Magistrado ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

De esta suerte, es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume que se realiza con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que, además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás. Por ello, no puede el legislador suponer el quebranto del deber jurídico que impone la Constitución para que tanto los particulares como las autoridades públicas actúen en sus relaciones recíprocas, pues la confianza legítima en el proceder de buena fe, esto es en ceñirse a una conducta irreprochable en el comportamiento con los demás, es decir, en el proceder con lealtad y, en general con corrección y rectitud, son el soporte necesario para que exista seguridad y credibilidad en las relaciones sociales.

6. El respeto al acto propio

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díez Picazo²⁶ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “*no se puede ir contra los actos propios*”.

²⁶ La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo –Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz.

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión, pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.

En la doctrina²⁷ y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del **acto propio**, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92²⁸ - dijo:

²⁷ Ver el capítulo "La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo", en el libro "Derecho constitucional y administrativo en la constitución política de Colombia" de GASPAR CABALLERO, Editorial Diké y Ediciones Rosaristas, pags. 127 y ss.

²⁸ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

*“La buena fe, supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (**venire contra factum proprium**), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso.*

12. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

*13. El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el “**venire contra factum proprium**”, según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de “venir contra los propios actos”.*

Y, por la misma época, el 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera,²⁹ reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto la Corporación, en los siguientes términos:

“Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:

‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es

²⁹ Magistrado Ponente Dr. Julio César Uribe

condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...' (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“ La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales , que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual”.

Para luego continuar diciendo la misma sentencia del Consejo de Estado:

“Transitando por esta vía se atenta contra los ACTOS PROPIOS. La buena fe, se enseña, implica un deber de comportamiento, ‘... que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever’.

“En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

‘La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo del 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos’ (Sentencia de 22 de abril de 1967. Principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas, Jesús González Pérez, pág. 117 y ss)”.

Es válida también la apreciación de Miguel S. Marienhoff³⁰ cuando dice que “*El acto que creó derechos, si es ‘regular’ no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de ‘ilegitimidad’*”. Y se afirma que es válido el anterior concepto porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso la señala el citado autor: “*Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende*”³¹, pero, se repite el respeto al acto propio, fundamentalmente se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí.

La Corte Constitucional, tratándose de tutelas contra autoridad pública, ha defendido la ejecutividad, obligatoriedad y eficacia del acto administrativo y ha considerado que hay violación de derechos fundamentales cuando ocurre revocatorias directas, sin autorización de quien haya adquirido el derecho³². Cuando la tutela, como en el presente caso, no es (dentro de la estructura de la acción de tutela) propiamente contra autoridad pública, entonces, con igual razón hay que proteger las determinaciones ya tomadas, que han constituido un derecho adquirido para el beneficiado y que no pueden ser modificadas sin la autorización del favorecido porque se ha consolidado en él una situación jurídica concreta, que al ser variada afecta la buena fe y la seguridad jurídica; de ahí que viene al caso esta teoría del respeto al acto propio, con su proyección en la definición de asuntos laborales y prestacionales, máxime cuando las determinaciones sobre el trabajo, en democracia, no pueden ser dictadas por una sola de las partes: el empleador³³, ya que si ello ocurriera se afectaría el principio de la buena fe y aún los derechos a la dignidad e irrenunciabilidad (artículo 53 C.P).

7. La renuncia de los derechos no es ilimitada

Ahora bien, la regla del respeto al acto propio nace y tiene su plena eficacia en el negocio jurídico, institución que se desarrolla solo en la libertad y responsabilidad amparada por el principio jurídico de la autonomía de la voluntad.

Principio de la autonomía de la voluntad que supone que las renunciaciones y los negocios jurídicos atinentes a los derechos subjetivos resultan admisibles.

A la libertad individual corresponde también la posibilidad de vincularse limitando así el juego protector de los derechos de las personas; estos ya no permitirán eludir la alternativa entre el cumplimiento de la obligación y la correspondiente irresponsabilidad.

Ahora bien, la posibilidad de renunciar no es ilimitada en el caso de los derechos constitucionales fundamentales; solo existe cuando se produce en condiciones de igualdad, y resulta problemática cuando la renuncia se inserta en una relación de poder que con ella queda reforzada o que hace suponer que ella no es voluntaria: no es lo mismo renunciar a un derecho frente a iguales que hacerlo en beneficio de quien tiene poder. Si solo la idea de equilibrio permite

³⁰ Su razonamiento se refiere a actos de la administración, aparece en su Tratado de derecho administrativo T. II, p. 607, pero se puede extender a la teoría del respeto al acto propio.

³¹ *Ibidem*, p. 607

³² Ver T-355/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

³³ Salvo el caso del *ius variandi*, pero esta figura no tiene nada que ver con la presente tutela.

hablar de libertad contractual, las garantías dispuestas por el constituyente (art. 53 C.N.) en desarrollo de la especial protección al trabajo (art. 25) eventualmente limitativas de la libertad negocial con el fin de lograr una cierta igualdad material, en este tipo de relaciones abrirán en la misma medida la posibilidad de su ulterior configuración autónoma; tal sentido tiene que ciertos derechos del trabajador se consideren irrenunciables en el seno de la relación laboral. En estos casos, la renuncia sería eficaz solo si muestra su específica funcionalidad respecto del sentido objetivo de la relación en la que se inserta, así como su respeto al equilibrio constitucional y legalmente establecido para la misma.

Cabría añadir que la renuncia es eficaz solo cuando se produce en ejercicio de la libertad concedida por el derecho. No cabe reducir la función constitucional de los derechos fundamentales constitucionales que son inalienables, a la simple garantía de la autonomía de la voluntad. No cualquier renuncia a un derecho fundamental supone un ejercicio legítimo del mismo. En la medida en que se consideren irrenunciables, los derechos no solo operan frente a los demás particulares, sino que limitan la libertad de su propio titular, supone la simple pervivencia de ciertos derechos como tales. Esto es, determinadas posibilidades jurídicas de defensa subsisten aunque el particular no las utilice o, incluso, las renuncie formalmente. Nadie puede oponer tal renuncia a la libertad personal, ni siquiera para exigir la correspondiente responsabilidad.

La renuncia cabe, sin embargo, en la medida en que el derecho renunciado tenga por sentido la garantía a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad. Pero, se recuerda que en lo laboral hay irrenunciabilidad a los derechos mínimos establecidos en normas laborales.

8. Perjuicio irremediable

Como la decisión judicial que se revisa ha considerado que la situación del caso concreto no hace posible la tutela porque no es necesario prevenir un perjuicio irremediable, entonces, es indispensable precisar el concepto.

“Ha señalado en reiteradas oportunidades esta Corporación (la Corte Constitucional), que para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, es indispensable que exista con certeza la posibilidad de que se produzca el perjuicio, para lo cual el fallo de tutela se presenta en este caso, como el medio idóneo de protección inmediata y transitoria de los derechos fundamentales del afectado, mientras el juez competente se pronuncia de manera definitiva”³⁴

Para que sea viable la tutela como mecanismo transitorio es necesario evaluar si los hechos que se ponen en conocimiento de la jurisdicción constitucional son inminentes y graves, que exijan adoptar una solución en forma urgente e impostergable. La sentencia que precisa los elementos del perjuicio irremediable es la T-225/93³⁵ que dice lo siguiente:

³⁴ Sentencia T- 52/94, Ponente doctor Hernando Herrera.

³⁵ Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

Y, en sentencia que declaró inexecutable el inciso 2º del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la Corte dijo:

“Tratándose de la segunda modalidad de la acción de tutela - cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -, el dato legal, esto es, la existencia de un medio judicial ordinario no es óbice para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario, el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existen-

cia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona pueda apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable.³⁶

En relación concreta con las pensiones de jubilación ha dicho la Corte algo que analógicamente ilustra:

“Las normas constitucionales que protegen a la tercera edad (art. 46), que consagran el derecho a la igualdad y a la protección de los débiles (art. 1º y 13) y que, específicamente, imponen en el pago oportuno de las pensiones (art. 53), no pueden quedar relegadas por prácticas que convierten la vida de los pensionados en un drama para el cual la constitución y las leyes no son sino meros postulados retóricos”³⁷

Sobre el perjuicio irremediable, hay, en lo que respecta a los jubilados, **la incidencia de la edad**. En la sentencia T-456/94, de esta Sala de Revisión, se dijo:

“La equidad permite que para igualar las cargas de los ancianos frente a otros jubilados que no han superado la edad de vida probable de los colombianos, se puede aplicar la tutela, como mecanismo transitorio, ordenándose que el derecho prestacional del reclamante, si se ajusta a la ley, sea visualizado por el anciano, sin que la existencia de otros medios de defensa judiciales se constituya en disculpa para que el longevo no conozca en vida la solución para sus derechos reclamados. Esta es una forma de valorar la eficacia y decidir jurídicamente con base en los elementos fácticos.

Con mayor razón opera este mecanismo transitorio si el anciano reclama porque se le ha violado el derecho a la igualdad, en otras palabras, porque su dignidad se ve ofendida ante la triste realidad de que el Estado, al cual le prestó sus servicios por muchos años, le da un trato discriminatorio. Esa persona tiene todo el derecho a conocer en vida el resarcimiento de su dignidad ultrajada”.

Por otra parte, la Corte ha dicho en sentencia T-011/93: *“Para que la vida del hombre sea digna de principio a fin, es obligatorio asegurarle a las personas de la tercera edad el derecho a la seguridad social”*. Esa dignidad del jubilado y los derechos adquiridos que surgen de su status de pensionado, no pueden razonablemente estar ligados exclusivamente a la vida probable de los colombianos. Este es un factor muy importante pero también puede ocurrir que quien se acerque a tal límite también quede cobijado por la tutela como mecanismo transitorio si es delicado e irreversible su estado de salud y si la definición judicial, por la vía ordinaria, a sus reclamos, se intuye que no va a ser oportuna.

CASO CONCRETO

Alberto Revollo Bravo adquirió su derecho a que Bancafé le pague una pensión vitalicia de jubilación, cubrimiento que ha de hacer dicha entidad mensualmente y en su totalidad, porque así se dispuso en los artículos 1º y 2º de la Resolución 199 de 1985. Es una situación jurídica concreta, consolidada, que no puede ser revocada unilateralmente según se explicó en los temas jurídicos reseñados en la presente sentencia.

³⁶ T-56/94, Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes.

³⁷ Corte Constitucional Sentencia N° T-531/93. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ Cfr. Sentencia T-161 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Si posteriormente, mediante Resolución 129 de 1995 se modificaron los artículos 1° y 2° de la Resolución 199 de 1985, y se ha admitido que fue una decisión unilateral de Bancafé, no aceptada por el jubilado, esta alteración de lo inicialmente determinado es inconstitucional porque afecta el principio de buena fe (artículo 83 C.P.) en armonía con el artículo 53 (protección a la dignidad y los derechos) con el artículo 56 (protección a los derechos adquiridos), normas constitucionales que sustentan, en materia laboral, el respeto al acto propio. En el presente caso han sido violadas las normas citadas porque el trato que se le ha dado al doctor Revollo Bravo no se compagina ni con su dignidad de persona, ni con el respeto al derecho que adquirió, ni menos con los principios de irrenunciabilidad a los derechos laborales fundamentales y pago oportuno y obviamente completo de su mesada.

Como la disminución arbitraria de su mesada ha afectado a una persona de la tercera edad, a pocas semanas de llegar a la edad de vida promedio de los colombianos, pero afectada gravemente por una afección coronaria, es razonable predicar para ella la existencia de un daño irreparable que permite la acción de tutela, aunque esté de por medio un proceso ordinario laboral que en un año de tramitación a penas ha llegado a audiencia de conciliación y/o primera audiencia de trámite.

Esta condición de inferioridad en la cual se halla el doctor Revollo (por razón de su edad y su enfermedad) no solo justifica la existencia de un perjuicio irremediable sino que constituye para el solicitante un derecho a algo: la especial protección del Estado, dentro del esquema del inciso 3° del artículo 13 de la C. P. (*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*) y del artículo 46 que le ordena al Estado proteger a los ancianos.

No vale argumentar que el propio ISS fue quien ordenó que se hiciera el descuento porque esa determinación no solo debe discutirse en el proceso ordinario laboral sino que por el contrario puede constituirse en otro factor que demuestra la forma arbitraria como se han violado los derechos del jubilado Revollo Bravo porque él pidió su pensión de vejez al ISS y esta entidad dice en la parte motiva que no habrá compatibilidad pensional, sin embargo en la parte resolutive ordena que se le descuente la suma que el ISS le reconoce por vejez de la cantidad que Bancafé le había reconocido por jubilación, además, la Resolución del ISS elude la caracterización de contribuciones parafiscales que la Corte Constitucional le ha asignado a los fondos provenientes de los aportes para pensiones. Estas cuestiones ha debido someterlas Bancafé al estudio del juez cometente y nunca suplir a la autoridad jurisdiccional, motu proprio, y de paso afectar un derecho adquirido, en ostensible detrimento al respeto que debe tener el acto propio.

Tampoco se puede argüir que la disminución de la mesada se debió a una presunta autorización del jubilado, hecha en confusa redacción en la notificación de la Resolución proferida en 1985 porque en primer lugar se trata de derechos irrenunciables, concepto que ya se desarrolló anteriormente; en segundo término este aspecto de la presunta autorización ni siquiera ha sido alegado por Bancafé, tampoco aparece en las Resoluciones del Banco y del ISS, es más, a continuación de la Resolución de 1995 de Bancafé que disminuyó la mesada del tutelante, aparece una nota de autorización para descuento que, como ya se dijo en los hechos, el doctor Revollo Bravo no firmó.

Es importante hacer una última aclaración: la protección, como mecanismo transitorio, no puede ir más allá de ordenar a Bancafé que se mantenga la decisión inicial, pagándosele la totalidad de la pensión de jubilación sin que en las mesadas se le descuente lo que recibe el jubilado por otra Institución (ISS) y por otro concepto (pensión de vejez). No se ordenará el pago debido por mesadas anteriores porque ese derecho patrimonial debe exigirse por vía ordinaria, al no producirse daño irreparable por su no percepción.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** los fallos de instancia, el de 25 de septiembre de 1998 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el de 29 de octubre de 1998 del Consejo de Estado, y en su lugar **CONCEDER COMO MECANISMO TRANSITORIO** la tutela interpuesta por **ALBERTO REVOLLO BRAVO**, por cuanto se le violaron los derechos contenidos en los artículos 58, 46, 53 y 13 de la Constitución Política.

Segundo. **ORDENAR** a Bancafé que de inmediato proceda a pagarle a Alberto Revollo Bravo mensualmente la totalidad de la pensión de jubilación, según se determinó en los numerales 1° y 2° de la Resolución 199 de 1985, sin que en las mesadas se le descuente lo que recibe el jubilado por la pensión de vejez que le otorgó el ISS. Orden ésta que por ser mecanismo transitorio queda vigente mientras se produce fallo ejecutoriado en la jurisdicción ordinaria.

Tercero. - Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-306

mayo 5 de 1999

INDEFENSION- Alcance

La Corte Constitucional ha sostenido que en relación con el estado de indefensión, éste se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, se encuentra inerte o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o cuenta apenas con medios insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir mediante el examen por el Juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto.

DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS-Inexistencia del derecho al sigilo patronal respecto de reclamaciones laborales

DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS

-Resolución sobre tiempo de servicio

Referencia: Expediente T-191680

Acción de tutela instaurada por Marco Antonio Millán Millán contra Burns de Colombia S.A.

Magistrada Ponente (E): Dra. MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Para su revisión constitucional, fue remitido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, el proceso de la referencia promovido por Marco Antonio Millán Millán contra la sociedad Seguridad Burns de Colombia S.A.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, correspondió a la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, revisar la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá el 24 de agosto de 1998.

I ANTECEDENTES

El ciudadano Marco Antonio Millán promovió acción de tutela, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales de petición y de trabajo, que considera vulnerados por la

sociedad Seguridad Burns de Colombia S.A., y en consecuencia, solicita que se le expida una constancia de trabajo por el tiempo laborado en dicha empresa, lo cual hasta la fecha no se ha realizado.

Manifiesta el peticionario, que laboró como celador de la accionada desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 7 de marzo de 1998, fecha en la cual fue despedido por justa causa que no fue comprobada.

Agrega que el día 20 de mayo de 1998, solicitó a la sociedad demandada una constancia de tiempo y servicio, sin que hasta la fecha le haya sido expedida, impidiéndole de tal forma la gestión para solicitar en otras empresas un nuevo empleo.

II. EL FALLO QUE SE REvisa

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá mediante sentencia del 24 de agosto de 1998, resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Marco Antonio Millán Millán contra la empresa Seguridad Burns de Colombia S.A., pues a su juicio, la acción de tutela está dirigida contra un particular, y en el presente caso no se encontró probado que la sociedad accionada sea una entidad prestadora de servicios públicos, como tampoco que exista una relación de subordinación, razón por la cual no es procedente la tutela.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9) de la Carta Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro del proceso de tutela de la referencia.

La nulidad advertida por la Corte Constitucional y su saneamiento

Del análisis efectuado inicialmente al expediente, la Sala observó que no existía prueba alguna respecto de la notificación a la Sociedad Seguridad Burns de Colombia del auto admisorio de la demanda impetrada en su contra por Marco Antonio Millán. Por tal motivo, mediante auto de 10 de febrero de 1999 se ordenó poner en conocimiento de la demandada la nulidad advertida para los fines de su saneamiento, la cual se llevó a cabo por el juez de instancia, mediante auto del 22 de febrero de 1999, tal como se advierte a folio 24 del expediente. Observa la Corte que dentro de la oportunidad legal, no fue presentado escrito alguno, por lo que vencido el término para formular la nulidad, fue remitido el proceso nuevamente a la Corte mediante oficio No. 417 del 10 de marzo de 1999, para continuar con la revisión ordenada mediante auto de fecha 11 de diciembre de 1998.

La acción de tutela contra particulares y el Derecho de Petición

Tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela en sentido general no procede contra las acciones u omisiones de los particulares, salvo en casos excepcionales, como cuando el solicitante se halla en estado de indefensión o subordinación,

respecto de aquel contra quien se dirige la tutela, de conformidad con el numeral 4) del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Corte Constitucional ha sostenido que en relación con el estado de indefensión, éste se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o cuenta apenas con medios insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir mediante el examen por el Juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto¹.

En el presente caso, el actor se encuentra en estado de indefensión frente a la actitud omisiva de la entidad accionada, al no dar respuesta a su solicitud, pues con tal omisión se le está vulnerando su derecho fundamental de petición, en tanto que no cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr lo pretendido. De igual forma, se observa que ante la negativa de la entidad de responder su petición se le obstaculiza su derecho al trabajo, pues el peticionario requiere de la certificación para acreditar su experiencia laboral y acceder así a un nuevo empleo.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que la falta de reglamentación del derecho de petición frente a organizaciones privadas no es excusa para guardar silencio respecto a las solicitudes presentadas, menos aún cuando se trata de un extrabajador que está solicitando de la entidad para la cual laboró, una respuesta referente a asuntos que no son de carácter privado de la empresa, sino que tienen que ver con sus derechos laborales y prestacionales.

Al respecto, esta Corporación en Sentencia No. T-374 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expresó:

“Tiene claro la Corte Constitucional que, fuera de los linderos reglamentarios de la petición respetuosa en interés general o particular, lo que aquí se controvierte es si un patrono o ex-patrono, respecto del reclamo de quien es o fue su trabajador, puede legítimamente, frente a la Constitución como ordenamiento integral, existiendo en ella fundamentos y valores como la justicia, el trabajo, la dignidad de la persona, la equidad y la prevalencia del ser humano sobre los factores de producción y desarrollo, abstenerse arbitrariamente de responderle acerca de si tiene o no derecho a una reclamación laboral suya, ya sea por salarios, prestaciones o derechos, legales o extralegales, y aun invocar ante los jueces, para persistir en su displicente actitud ante el solicitante, un supuesto derecho “a guardar silencio” acerca del reclamo.

“De nuevo es negativa la respuesta. Una cosa es que el derecho de petición no haya sido reglamentado respecto de organizaciones privadas y otra muy distinta que se admita, contra diáfanos postulados de la Constitución, que el trabajador actual o antiguo puede quedar sujeto al “sigilo” de la entidad para la cual labora o laboró, no respecto de asuntos reservados o privados, sino en relación con derechos laborales suyos, salariales o prestacionales.

“Admitir que ello es posible, sin que el medio judicial de protección consagrado en el artículo 86 de la C.P., pueda operar para romper la artificial barrera interpuesta por el

¹ Sentencia T-638/98, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

patrono, significaría ostensible desconocimiento de la dignidad del trabajador y negación de sus derechos básicos.”

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la acción de tutela se dirige a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos no sólo frente a los posibles desbordamientos de la autoridad del Estado, sino también de los particulares, cuando éstos están investidos de cierto poder en virtud de la prestación de un servicio público, de forma que pueden quebrantar derechos constitucionales fundamentales. Al respecto, ha dicho esta Corporación :

“Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional, el Estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente privado el ejercicio de una función de naturaleza pública, en ejercicio de la cual puede amenazar o llegar a vulnerar el derecho de petición de otros particulares. En consecuencia, es perfectamente válido sostener que la conducta desplegada se enmarca dentro del supuesto contenido en el artículo 23 de la Carta Política, pues proviene de una autoridad pública.”²

Por lo anterior, al no existir prueba alguna acerca del pronunciamiento de la solicitud presentada, se vislumbra una flagrante vulneración del derecho de petición por parte de la sociedad demandada al haber guardado silencio respecto de su solicitud, lo cual pone en evidente peligro el derecho al trabajo del accionante, pues aunque se trata de una organización privada, el actor se halla en estado de indefensión respecto a la misma, razón por la cual se ordenará a la sociedad accionada en orden a garantizarle sus derechos fundamentales, expedirle la certificación laboral solicitada hace más de once (11) meses, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia.

IV. DECISION

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte Constitucional, en Sala de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá el día 24 de agosto de 1998, y en su lugar, conceder el amparo a los derechos fundamentales de petición y del trabajo del señor Marco Antonio Millán Millán contra la sociedad Seguridad Burns de Colombia S.A.

Segundo. **ORDENAR** a la sociedad Burns de Colombia S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a expedirle al señor Marco Antonio Millán Millán, la certificación de tiempo de servicios solicitada desde el 20 de mayo de 1998.

Tercero. **ADVERTIRLE** a la sociedad accionada que en el caso de incumplir lo dispuesto en el numeral anterior, dentro del improrrogable término allí fijado, se hará acreedora a las sanciones de que trata el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

² Sentencia T-638/98, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

T-306/99

Cuarto. **LIBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada sustanciadora (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-307

mayo 5 de 1999

SISBEN-Objeto

SISBEN-Importancia constitucional

SISBEN-Acceso igualitario a los bienes y recursos públicos

SISBEN-Tipos de controversias con relevancia constitucional

SISBEN-Potencial beneficiario en desigualdad por actuación ilegítima de autoridad

FUNCION PUBLICA-Sectores marginados de la población

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Afirmaciones de los ciudadanos

**DERECHO DE PETICION ANTE EL SISBEN-Modalidad reforzada
por condiciones de pobreza y vulnerabilidad social**

**DERECHO A LA IGUALDAD ANTE EL SISBEN-Actuaciones omisivas
y dilatorias que no han permitido el acceso**

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE EL SISBEN-Distribución de bienes escasos

SISBEN-Falta de regulación y deficiencias

HABEAS DATA ADMINISTRATIVO EN PROGRAMA DEL SISBEN-Protección

HABEAS DATA-Función primordial

El hábeas data es un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo.

HABEAS DATA-Dimensiones

El derecho-garantía a la libertad o autodeterminación informática, tiene dos dimensiones distintas pero complementarias. De una parte, le confiere a las personas el poder jurídico

T-307/99

para conocer e incidir sobre el contenido y la difusión de la información personal que les concierne y que se encuentra archivada en un banco de datos. Adicionalmente, establece un conjunto de principios en torno a los cuales debe girar todo el proceso de acopio, uso y transmisión de datos personales.

DERECHO DE ACCESO A LOS BANCOS DE DATOS-Vertientes positiva y negativa

HABEAS DATA-Respeto de la libertad y demás garantías constitucionales

DERECHO A LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA-Protección por tutela

HABEAS DATA ADITIVO EN PROGRAMA DEL SISBEN-Inclusión de datos e información sobre derecho a ser afiliado

SISBEN-Reforma de dependencia encargada de administración y operación/**DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION**-Diseño de instructivo para garantizar derechos de personas sobre informaciones que reposen en el Sisben

Referencia: Expediente T-187958

Actor: María Edonay Hurtado Mosquera

Temas: SISBEN y derechos fundamentales

Fundamentos de una función pública al servicio de los sectores sociales pobres y vulnerables

Falta de regulación normativa del SISBEN y amenaza de los derechos de igualdad, participación

El derecho al *habeas data* incorpora el derecho a que se incluyan los datos personales del sujeto interesado en el banco de datos del SISBEN -*habeas data aditivo*-

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-187958 adelantado por MARIA EDONAY HURTADO MOSQUERA contra el SISBEN.

ANTECEDENTES

1. El 5 de octubre de 1998, la señora María Edonay Hurtado Mosquera, interpuso verbalmente una acción de tutela contra las autoridades encargadas de implementar el SISBEN, ante el Juzgado 4° Civil Municipal de Ibagué. Según informó al juez de primera instancia, dichas autoridades vulneraron su derecho fundamental de petición (C.P., artículo 23) y el derecho a la salud de sus hijos (C.P. artículo 49).

La actora señaló que es madre de cinco hijos, por cuya subsistencia y bienestar debe responder, y que decidió recurrir a la acción de tutela porque “de verdad uno va allá [el SISBEN] y no lo atienden. Yo trabajo y no me queda tiempo para estar yendo”. Indicó que, en razón de no haber sido atendida en el SISBEN y no haberle sido expedido el carné que la acredita como afiliada a ese programa, se ha visto obligada, en tres oportunidades, a correr con los gastos de hospitalización de una de sus hijas.

En relación con las distintas gestiones que, de manera infructuosa, ha llevado a cabo ante el SISBEN, la demandante relató:

“[Y]o estoy yendo [al SISBEN] desde 1995 fecha en que me censaron allá, en ese tiempo vivía en el Barrio Vereda la Cristalina, de ahí me dijeron que tenía que venir a los quince días; fui a los quince días y me dijeron que no había salido el SISBEN, que volviera a los dos meses; yo fui a los dos meses a hacer cola, por la tarde me dijeron que volviera a los quince días a ver si había resultado eso; entonces a los quince días fui y que todavía nada. Viendo esta situación en que estaba porque yo trabajo, no volví porque me tocó una temporada muy pesada; volví a los siete meses, resulta que a los siete meses me dijeron que la doctora no estaba, y me dijeron que volviera a ver si está o no está, así sucesivamente, y ésta es la época en que no me han entregado nada. La última vez que fui fue hace quince días y la respuesta es que la señora que pone los sellos y la que firma no estaban, que estaban en una finca. Hablé con el de la comuna doce (...), me ayudó a hacer vueltas y fuimos a la Contraloría, que no se podía hacer nada porque había cambio de personal, él fue personalmente a SISBEN a ver si aparecía en pantalla o qué pasaba, la respuesta fue que había aparecido en pantalla y que podía ir los viernes para entregar los carnés”.

Por último, la actora informó que ninguna de sus peticiones al SISBEN las había formulado por escrito. Así mismo, manifestó que se dedica a la zapatería y que carece de toda clase de bienes.

A través de la acción judicial, pretende que las autoridades administrativas le informen sobre el trámite que debe seguir para lograr, definitivamente, su afiliación al SISBEN.

2. La funcionaria de la Alcaldía de Ibagué responsable de la administración del SISBEN manifestó que “la señora María Edonay Hurtado Mosquera no aparece inscrita en nuestra base de datos de solicitudes de censos ni en la de personas o familias del sector urbano o rural ya censadas”. Así mismo, indicó que “efectuada la revisión de la correspondencia recibida no se encontró oficio alguno de la señora Hurtado donde solicite algún tipo de vinculación”.

3. Por providencia de octubre 9 de 1998, el Juzgado 4° Civil Municipal de Ibagué rechazó por improcedente la acción de tutela impetrada por la señora María Edonay Hurtado Mosquera.

Según el juez de tutela, “a la peticionaria no se le han violado los derechos fundamentales por cuanto no ha realizado peticiones al ente demandado ni ha sido censada como lo ha manifestado, por lo que se tiene que primero tiene que agotar todos los medios pertinentes para obtener la clasificación en el sistema de salud del que está solicitando se le proteja”.

La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionada, correspondió a esta Sala su conocimiento.

4. Mediante auto fechado el 3 de febrero de 1999, la Sala Tercera de Revisión solicitó al Alcalde Municipal de Ibagué que respondiera una serie de interrogantes relativos a la organización y administración del SISBEN en ese municipio. Las pruebas recolectadas serán analizadas en la parte correspondiente de la presente decisión.

FUNDAMENTOS

1. La señora María Edonay Hurtado Mosquera interpuso verbalmente una acción de tutela contra “el SISBEN” del Municipio de Ibagué, por considerar que esta dependencia ha vulnerado su derecho fundamental de petición (C.P., artículo 23) y el derecho de sus hijos a la salud (C.P., artículo 49). Señaló que, tras ser encuestada en 1995 por los funcionarios encargados de la operación del SISBEN, ha acudido, en numerosas oportunidades, a las oficinas municipales en que funciona este programa, con la finalidad de reclamar el respectivo carné. Manifestó que, en ninguna de esas ocasiones, ha sido adecuadamente atendida por los empleados responsables, quienes, en forma reiterada, le han presentado excusas dilatorias que la obligan a retornar posteriormente o, simplemente, no se encuentran presentes para atender al público. En consecuencia, solicitó ser debidamente atendida por las autoridades municipales responsables del SISBEN.

La funcionaria demandada informó que la actora no aparece inscrita en la base de datos del SISBEN. Así mismo, indicó que, en los archivos de esa dependencia, no aparece petición alguna de la actora en la que solicite ser encuestada por el SISBEN.

El juez de tutela denegó la protección constitucional solicitada. A su juicio, los derechos fundamentales invocados por la demandante no fueron vulnerados por la autoridad pública demandada, como quiera que aquella nunca ha elevado peticiones escritas de encuesta o de vinculación al SISBEN.

La Sala se pregunta si los derechos fundamentales de una persona que asegura haber sido encuestada por el SISBEN resultan vulnerados cuando se ve obligada a insistir, de manera reiterada e infructuosa, durante más de cuatro años, ante las dependencias correspondientes, a fin de que los servidores públicos encargados de la gestión de este sistema, le informen sobre el estado en el que se encuentra el proceso de su vinculación, pero sin que nunca hubiere formulado petición escrita alguna.

Para resolver la cuestión planteada, se hace necesario determinar, como cuestiones previas, la relevancia e importancia constitucional del SISBEN y la relación entre éste y los derechos

fundamentales de las personas que solicitan ser encuestadas o realizan trámites tendentes a figurar en las bases de datos de este programa.

SISBEN y derechos fundamentales

2. El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales - SISBEN - constituye el principal instrumento a disposición de las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Este instrumento, sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, financiados, básicamente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales (C.P., artículos 356 y 357; Ley 60 de 1993, artículo 30).

Ciertamente, algunos programas de política social y, en especial, aquellos que operan con base en la entrega de subsidios a la demanda, requieren, en una primera fase, que sus potenciales beneficiarios sean individualmente seleccionados, de manera justa y equitativa, con el fin de garantizar que los dineros públicos que constituyen tales subsidios lleguen a los sectores sociales que más requieren de ellos. El SISBEN es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios. Consiste, básicamente, en la recolección, a través del mecanismo de la encuesta, de la información que se requiere para completar la denominada ficha de clasificación socioeconómica. Dicha ficha, tras ser procesada y sistematizada por medio de una aplicación especial creada para estos efectos, arroja un puntaje que permite ubicar a la familia o individuo encuestado en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos.

Las normas que crean la mayoría de los programas sociales que funcionan con base en la asignación de subsidios a la demanda (programas de la Red de Solidaridad Social, régimen subsidiado de seguridad social en salud, programas para ancianos indigentes, etc.) han establecido que los beneficiarios de los mismos están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles 1 y 2 y, excepcionalmente, en el nivel 3 del SISBEN, los que, se supone, están compuestos por la población más pobre y vulnerable de Colombia.

3. De lo anterior, se desprende la importancia constitucional del SISBEN como instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución Política. El señalado mecanismo de focalización del gasto social constituye el primer paso del proceso de asignación de unos recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados (C.P., artículo 13). Esta constatación, ha permitido que la Corte establezca el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBEN de manera igualitaria y, a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla con su objetivo constitucional a cabalidad.

Con anterioridad, la Corte ha podido ocuparse de algunos de los problemas constitucionales que pueden suscitarse con ocasión de la entrega de subsidios a personas marginadas o que

se encuentran en situación de debilidad manifiesta.¹ Al respecto, esta Corporación ha entendido que la distribución de recursos sociales, analizada desde la perspectiva constitucional, guarda relación directa con el principio de igualdad (C.P., artículo 13).

Como ya se mencionó en la presente decisión, la entrega de subsidios a las personas y familias más pobres de la población, contribuye a la realización de la igualdad material. Sin embargo, dada la escasez relativa de recursos, los eventuales beneficiarios sobrepasan, en número y necesidades, la cuantía de los subsidios disponibles, razón por la cual es necesario diseñar políticas claras y transparentes de distribución, a través de las cuales se asegure que todas las personas tengan la posibilidad de competir, en igualdad de condiciones. Así las cosas, tanto el diseño como la ejecución de la política social deben garantizar plenamente el derecho fundamental de acceso igualitario a los bienes y recursos públicos. En este mismo sentido, la Corporación ha establecido:

“La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos consiste en garantizar, a los posibles beneficiarios, el acceso, en condiciones de igualdad, a los procedimientos por medio de los cuales las instituciones distribuyen esos recursos. Si bien la elección de los principios y procedimientos particulares de distribución que cada entidad establece —con base en la ley— forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a discriminaciones contrarias a la Carta, etc. En este orden de ideas, por lo menos en las dos situaciones siguientes, es innegable la dimensión constitucional de la controversia: (1) cuando el procedimiento es constitucionalmente adecuado, pero alguna de sus etapas o requisitos se violan o pretermiten y esto determina que un beneficiario sea excluido del subsidio, al cual habría accedido si el procedimiento se hubiera cumplido a cabalidad; (2) el procedimiento se observa, no obstante su diseño contraría las normas constitucionales, por ejemplo, se descubre que los mecanismos aplicados implican una exclusión sistemática de personas caracterizadas por algún factor relacionado con la raza, el sexo o la edad”.²

En síntesis, según la jurisprudencia de esta Corporación, entre las autoridades públicas que administran y operan programas de gasto social como el SISBEN y los potenciales beneficiarios, pueden surgir dos tipos de controversias con relevancia constitucional. La primera clase de casos surgen cuando, en razón de acciones u omisiones de funcionarios encargados de la administración del SISBEN, los eventuales beneficiarios de subsidios no pueden acceder o se les dificulta el acceso a ese instrumento de focalización. El segundo tipo de casos se presenta cuando las personas que no resultaron beneficiadas con la asignación de un determinado subsidio, estiman que su exclusión se produjo como consecuencia de una inequidad en el diseño del SISBEN, cuyas variables no contemplan sus específicas condiciones de vulnerabilidad social.

En el primer tipo de situaciones, la controversia constitucional surge en el momento en el que un potencial beneficiario queda en situación de desigualdad frente a alguno de sus com-

¹ *Cfr.*, sentencia T-499/95 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

² *Id.*

petidores, por omisiones o actuaciones ilegítimas imputables a las autoridades encargadas de implementar los programas de política social. Esta clase de eventualidades puede ocurrir cuando, por ejemplo, el municipio o distrito no practica las encuestas a los sectores pobres y vulnerables de la población; no atiende solicitudes particulares de encuesta; la encuesta es practicada en forma incompleta; la información pertinente no es debidamente procesada, etc. En todos estos casos, si la familia o persona afectada por la acción o la omisión de la autoridad pública recurre, por vía de la acción de tutela, al juez constitucional, éste podrá intervenir –siempre que no existan expeditos mecanismos ordinarios de defensa– con la finalidad de hacer cesar la amenaza que las conductas antes anotadas implican para la integridad del derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13). Así, el funcionario judicial competente para dar trámite al amparo constitucional, podrá emitir las órdenes necesarias para que las autoridades demandadas asuman sus deberes y los cumplan adecuadamente.³

4. Ahora bien, se pregunta la Sala cuál es el grado de intensidad con el cual debe ser juzgado un eventual vicio en la operación o implementación de programas de política social como el SISBEN, en procesos en los cuales puedan encontrarse comprometidos los derechos fundamentales de personas pertenecientes a grupos marginados o discriminados de la sociedad.

Podría afirmarse que el Estado Social de derecho y los derechos fundamentales en que éste se funda constituyen la respuesta del constitucionalismo contemporáneo a las burocracias deshumanizadoras de los regímenes totalitarios. En efecto, a diferencia de los mencionados regímenes, el Estado social de derecho es un Estado al servicio de la persona y de la dignidad humana, cuya existencia se justifica en la medida del cumplimiento y efectividad de los derechos fundamentales.

A la luz de estas premisas axiológicas, la actividad estatal no puede fundarse en una visión pétrea y burocratizada de los asuntos públicos. Por el contrario, el servicio público anejo al Estado social y democrático de derecho debe contar con la suficiente plasticidad para adaptarse a las necesidades y demandas de las sociedades diversas y pluralistas contemporáneas.

En nuestro país, la Constitución Política es explícita al señalar que, entre otros, los fines esenciales del Estado social de derecho que ella consagra (C.P., artículo 1°) son los de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (C.P., artículo 2°). Sobre este particular, la Corte ha indicado:

“La razón de ser del Estado social de Derecho es la dignidad humana y el objeto de la actividad estatal no es otro que la vigencia efectiva de los derechos inalienables de la persona. Por lo tanto, no es compatible con esa base axiológica de la Constitución una visión omnipotente y lejana del Estado (...).

(...). El Estado está al servicio de la persona humana y no al contrario. Por tanto, los servidores públicos no deben olvidar que entre los fines esenciales del Estado están los de servir la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.⁴

³ *Id.*

⁴ Sentencia T-098/94 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Si, con base en lo anterior, es posible afirmar que la función pública debe estar enteramente sustentada en el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, ello cobra una significación e importancia mucho mayores cuando los destinatarios de la actuación estatal forman parte de sectores históricamente marginados de la población. En estas circunstancias, los deberes del Estado señalados en el artículo 2° de la Carta Política se tornan aún más imperiosos en razón del mandato de especial protección contenido en la denominada “cláusula general de erradicación de las injusticias presentes” (C.P., artículo 13), la cual impone a las autoridades públicas el deber principal de adoptar todas aquellas medidas tendientes a la erradicación de la discriminación y la marginación sociales.⁵

La comprensión conjunta de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 13 del Estatuto Superior determinan la necesidad de hacer efectiva una función pública al servicio de los sectores marginados y discriminados de la población, dentro de los cuales se encuentran incluidas aquellas personas y familias en situación de pobreza y vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, la atención estatal de los colombianos pobres y vulnerables debe adaptarse a sus especificidades y, en particular, a la circunstancia de que las propias condiciones de pobreza y vulnerabilidad, pueden llegar a producir una cierta “invisibilidad” de estos grupos sociales. Esta Corte ha señalado cómo la miseria extrema coloca a las personas fuera del circuito económico y las hace “perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad”,⁶ motivo por el cual se hace necesario “configurar una competencia enderezada a combatir [la discriminación y la marginación]”.⁷

Una competencia como la anotada determina que un Estado al servicio de los pobres se caracterice por su claridad, franqueza y apertura. En este sentido, la población en situación de pobreza y vulnerabilidad debe poder acceder al Estado de manera directa, sin necesidad de acudir a intermediarios, actuando ante las autoridades públicas en condiciones de igualdad dialógica. Para que ello sea posible, los beneficiarios de los programas estatales tendientes a la erradicación de la marginación y la pobreza deben tener acceso a toda la información disponible acerca de esos programas y, muy en especial, deben poder solicitar la asistencia estatal, recibiendo un trato amable y comprensivo que se adecue a su situación particular de vulnerabilidad social.

Así mismo, la viabilidad de una función pública como la que hasta aquí se ha descrito depende, también, de las personas de las que se vale el Estado para atender a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad. Ciertamente, el funcionario público debe ser formado en una cultura de servicio a los pobres que haga énfasis en el hecho de que la atención que se presta no constituye un acto de caridad o una graciosa concesión del Estado, sino la respuesta a derechos específicos de las personas que implican deberes correlativos que el Estado está obligado a cumplir. En este sentido, el funcionario del Estado al servicio de los pobres es un servidor público capaz de reconocer las necesidades de las personas, profesional, paciente, amable, informado y atento, que ofrece soluciones y remueve obstáculos (Ley 200 de 1995, artículos 40-2, 6, 8, 10, 13, 21 y 22). Conforme a lo anterior, es posible afirmar que el funcionario

⁵ Sobre este particular, véase la sentencia SU-225/98 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

que incumpla los deberes derivados de los postulados antes anotados incurre en una falta disciplinaria que podría resultar agravada en razón de las situaciones de pobreza y vulnerabilidad de los interesados (Ley 200 de 1995, artículos 27-3 y 7-a) y ser llamado a responder con su patrimonio en caso de que la falta cometida comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado (C.P., artículo 90).

Finalmente, cabe resaltar que la construcción de una cultura estatal como la indicada constituye un paso esencial en la erradicación de prácticas “clientelistas”, en las cuales individuos con poder de acceso al Estado ofician como intermediarios de personas que carecen de ese poder, con el fin de obtener la atención o los beneficios a los cuales de otro modo no accederían. Así mismo, un Estado conscientemente anclado en el servicio a los pobres permite minimizar relaciones de carácter paternalista, toda vez que auspicia un diálogo fluido e igualitario entre las autoridades públicas y los ciudadanos y adapta sus actuaciones a las necesidades reales y efectivas de la población.

Vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de la actora

5. A la luz de la anterior perspectiva, debe la Corte preguntarse si la administración municipal de Ibagué, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la actora.

6. Según el juez de primera instancia el derecho fundamental de petición no ha sido vulnerado en la medida en que no existe, en los archivos de la entidad, una solicitud por escrito de la actora.

La afirmación anterior es cierta. En el mismo sentido, tampoco la acción de tutela que se estudia fue radicada mediante un documento escrito. Tanto para incoar la presente acción, como para solicitar información sobre el proceso de afiliación al SISBEN, la actora se dirigió **personalmente** a las oficinas competentes y formuló, **verbalmente**, las respectivas solicitudes. Dicho trámite, que no ha sido refutado por la parte demandada ni controvertido por el juez de instancia, no puede ser ignorado so pretexto de que no existe una solicitud por escrito.

A juicio de la Sala, el derecho de petición de información no se vulnera exclusivamente cuando el ciudadano ha formulado, por escrito, la respectiva solicitud. La mencionada exigencia sirve sí como una prueba irrefutable de la existencia de la petición, pero no constituye requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho.

En el presente caso, la actora manifiesta haberse acercado, en múltiples ocasiones, de manera infructuosa, a la dependencia administrativa encargada de dar información sobre los procesos de implementación del SISBEN. Certifica que tales hechos los conoce, quien, posteriormente debió ejercer “sus buenos oficios” para lograr acceder a la información que la actora buscaba por más de cuatro años. No obstante, la “razón” que le dieron, fue la de que debía regresar, nuevamente, para finalizar el proceso de carnetización. Durante ese lapso, la actora, persona de escasos recursos económicos, debió sufragar, por entero, y en varias oportunidades, la atención a la salud de uno de sus cinco hijos, lo que explica, entre otras cosas, su urgencia por conocer el estado en el que se encontraba su proceso de afiliación al régimen subsidiado de salud. Adicionalmente, no sobra advertir que en ninguna de las distintas intervenciones realizadas en este proceso por parte de las autoridades demandadas, se controvierten, siquiera someramente, las afirmaciones de la actora.

El principio de buena fe impulsa a las autoridades públicas y, dentro de ellas, a la Corte Constitucional a confiar en las afirmaciones de los ciudadanos. Pero tales afirmaciones reclaman mayor crédito si no se colige del expediente razón alguna para dudar de su veracidad y, por el contrario, se aportan razones prácticas así como eventuales testigos u otros datos que sirven para avalarlas. Y si, a todo lo anterior, se suma que en ningún momento tales aseveraciones son controvertidas por la parte demandada, pues parece que no cabe alternativa distinta a tenerlas como prueba dentro del respectivo proceso.

7. En los términos anteriores, se pregunta la Sala si el derecho de petición de la actora resultó vulnerado en razón de que ella debió presentarse ante la autoridad demandada en más de cinco oportunidades y acudir a los buenos oficios de un líder comunitario, antes de recibir una respuesta medianamente satisfactoria a sus inquietudes.

Como fue estudiado, las relaciones entre los individuos pertenecientes a grupos marginados o discriminados de la sociedad, acreedores de medidas estatales de especial protección, y las autoridades públicas responsables de hacer efectivas esas medidas, hacen surgir una modalidad reforzada del derecho de petición. En efecto, en estos casos existe un “deber de especial protección” que impone a los servidores públicos responsables la obligación de atender, de manera particularmente cuidadosa, las solicitudes de aquellas personas que, por sus condiciones críticas de pobreza y vulnerabilidad social, acuden al Estado en busca de que las necesidades más determinantes de su mínimo vital sean atendidas. En este sentido, la ausencia de una respuesta oportuna y completa a las inquietudes de la actora, apareja una flagrante violación del derecho fundamental de petición de la demandante. La actora, madre de cinco hijos y carente de toda clase de bienes, pertenece a un grupo de la población para el cual las actuaciones dilatorias y las omisiones de la autoridad demandada revisten mayores visos de gravedad.

8. Pero en el presente caso no existe, solamente, una vulneración del derecho de petición. En efecto, la Sala verifica que se ha producido una seria amenaza del derecho fundamental a la igualdad de la actora. En efecto, como consecuencia de las actuaciones omisivas y dilatorias de las autoridades demandadas, la demandante no ha podido acceder al SISBEN y, en consecuencia, ha quedado el margen de aquellos programas sociales (v. *supra*) en los que, eventualmente, hubiera podido ser considerada como potencial beneficiaria, de haber sido adecuadamente atendida por los funcionarios responsables de la administración del mencionado sistema.

Como fue explicado en esta providencia, la vigencia del principio de igualdad en los procesos de distribución de bienes escasos, consiste en garantizar a los eventuales beneficiarios de tales recursos un acceso igualitario a todas las etapas del procedimiento por medio del cual aquéllos son asignados⁸. En consecuencia, la exclusión arbitraria de algún eventual beneficiario, amenaza seriamente su derecho a la igualdad y pone en peligro la realización efectiva de los fines del Estado social de Derecho.

En estas circunstancias, la Sala revocará la sentencia de instancia bajo revisión y, en consecuencia, concederá la tutela de los derechos fundamentales de petición y a la igualdad de

⁸ Al respecto, véase la sentencia T-499/95 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

la actora. Por ello, se ordenará a las autoridades encargadas de la administración y operación del SISBEN del municipio de Ibagué que encuesten a la actora, procesen sus datos y verifiquen si, según la información recolectada, debe ser afiliada al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

Falta de regulación y deficiencias en la aplicación del SISBEN y vulneración del derecho al *habeas data*.

9. Si bien podría considerarse que, con lo anterior, queda finiquitada la controversia constitucional planteada por la acción de tutela de la referencia, la Sala estima que, el caso *sub lite*, pone en evidencia una serie de graves falencias en la atención que las autoridades de Ibagué dispensan a la población pobre y vulnerable de ese municipio. A juicio de esta Corporación, las mencionadas deficiencias provienen tanto de la falta de regulación en la aplicación del SISBEN como de la manera irregular y arbitraria como se ejecuta dicho sistema. Como se expone adelante, la Sala considera que estos hechos no sólo comprometen los derechos a la igualdad y a la participación de los eventuales beneficiarios del gasto público social, sino que, fundamentalmente, lesionan el derecho al *habeas data* de las personas interesadas en ingresar al banco de datos del SISBEN.

10. De los hechos del caso pero, especialmente, de las pruebas practicadas por esta Sala, puede afirmarse que la atención dispensada por la dependencia municipal encargada de la administración y operación del SISBEN de Ibagué a la población pobre y vulnerable de ese municipio es contraria a los postulados en que se funda un Estado al servicio de los pobres. Efectivamente, según se desprende del relato efectuado por la actora, los funcionarios de la oficina antes señalada demoran excesivamente las respuestas a las solicitudes, confunden y extravían la información y, al parecer, sólo actúan cuando personas con poder material de acceso a las autoridades municipales, superior a los del ciudadano común, son quienes efectúan o coadyuvan las demandas ciudadanas.

Ahora bien, a la pregunta de esta Sala sobre los criterios que son utilizados para definir y orientar el proceso de afiliación, la dependencia competente para implementar el SISBEN en el municipio de Ibagué, contestó: “cuando se encuentran ciertos barrios donde hay gran número de personas sin censar, se realiza una reunión con toda la comunidad, se les explica todo lo relacionado con el SISBEN se toman los datos y direcciones de las familias que no han sido censadas y se programa una fecha para realizar la labor de campo”.

No obstante, de la información enviada a la Sala por la misma dependencia, se desprende con claridad que: (1) no existen datos sobre la población que “falta por censar”; (2) no se ha diseñado un cronograma o plan de acción para la realización de las encuestas del SISBEN; (3) no se han establecido criterios generales de implementación y ejecución del SISBEN. Adicionalmente, la respuesta de la Alcaldía, dejó de responder preguntas fundamentales, como, por ejemplo la relativa al procedimiento mediante el cual se informa a las personas o familias encuestadas sobre el resultado de las mencionadas encuestas. Sobre este punto, la alcaldía manifiesta que a cada beneficiario se entrega un certificado, pero no señala, su lugar ni su oportunidad. No resulta claro, entonces, si en Ibagué la notificación de una decisión fundamental para la satisfacción de necesidades básicas de la población más pobre y vulnerable se realiza en un tiempo relativamente razonable, mediante comunicación personal o mediante fijación de listas, etc.

De otra parte, si, como lo afirman las autoridades demandadas en otra de sus respuestas al cuestionario elevado por esta Sala de Revisión, la práctica de encuestas se lleva a cabo a petición del interesado y ello no implica una actuación por fuera de sus competencias ni una erogación no prevista de recursos, no se entiende por qué la acción de tutela no fue interpretada como el último recurso del que dispuso una persona para hacerse escuchar por una administración distante e inasequible. En efecto, después de ejercitada esta acción, no podía haber duda alguna a las autoridades demandadas sobre el interés de la actora y, de haber asumido sus obligaciones con responsabilidad, habrían debido realizar el proceso de *carnetización* que la actora solicita.

Ciertamente, en muchos casos, la tutela, independientemente del resultado del proceso, parece convertirse en un mecanismo particularmente poderoso para señalar a las autoridades públicas competentes, la situación de abandono de aquellos que, por sus propias condiciones de vulnerabilidad y pobreza, se tornan invisibles para los servidores públicos y que, por esta misma situación, no pueden acceder con facilidad a los canales ordinarios de interlocución con el Estado. La Sala opina que, en este tipo de casos, la *fuerza mostrativa de la acción de tutela* debe conducir a que las autoridades respectivas asuman, de manera plena y eficiente, sus competencias frente a aquellos que carecen de una vocería efectiva frente al Estado. En este sentido, la Corte señala con énfasis que las autoridades públicas no deben esperar a que los jueces les ordenen asumir y cumplir con sus competencias cuando, de oficio, están obligadas a hacerlo.

11. Las respuestas proporcionadas a esta Sala por las autoridades municipales de Ibagué en torno al funcionamiento del SISBEN en ese municipio, dejan traslucir que la implementación, organización y funcionamiento de ese mecanismo de focalización del gasto social constituyen cuestiones libradas más a la buena voluntad de los funcionarios de turno que a un esquema ordenado y programado de selección de los eventuales beneficiarios de los programas sociales. Lo anterior, lo deduce la Sala del hecho de que las autoridades municipales no cuentan con un programa de acción a largo plazo conforme al cual se realicen las encuestas que constituyen el basamento esencial del SISBEN ni, por lo menos, con criterios generales que, en el futuro, pudiesen conducir a la elaboración e implementación de un programa como el señalado. Además del hecho de que el funcionario encargado de la administración del SISBEN en el municipio de Ibagué hubiese manifestado que no existe un estimativo de la población pobre que aún resta por “censar”.

Así mismo, aunque este mismo funcionario aseguró que la práctica de las encuestas se lleva a cabo de oficio o a petición de las personas o familias y que, en este último caso, basta con que los interesados se acerquen a las oficinas del SISBEN con su documento de identidad y la dirección de su vivienda, luego de lo cual la encuesta se practica en el curso de aproximadamente tres semanas, el caso *sub lite* pone de presente que estos mecanismos - bastante informales por cierto - no operan adecuadamente en la práctica. En efecto, luego de presentarse ante las oficinas del SISBEN en cinco oportunidades, haber recurrido a los buenos oficios de un líder comunitario y haber interpuesto una acción de tutela - que, aunque no prosperó, debió, por lo menos, haber servido de mecanismo de “alerta” (v. *supra*) -, esta es la hora en que, todavía, María Edonay Hurtado Mosquera no ha sido adecuadamente atendida por las autoridades encargadas de la operación del SISBEN en el municipio de Ibagué.

Por último, las autoridades demandadas indican que no existe un mecanismo formal por medio del cual se notifique a las personas o familias encuestadas en qué nivel del SISBEN quedaron clasificadas. En efecto, la información pertinente es consignada en un certificado que “describe la ficha del censo, el puntaje obtenido, el nivel y los miembros de la familia”. De igual modo, tampoco existe ningún recurso o mecanismo formal de defensa a disposición de los encuestados en caso de que deseen controvertir los resultados de la encuesta o las condiciones en que ésta fue practicada. Sobre este particular, las autoridades demandadas señalan que “cuando la persona considera que su nivel no corresponde al asignado, ésta solicita por escrito le sea practicada una revisión, mediante la cual se le programa una nueva visita con el fin de volverla a censar”.

12. El proceso de encuesta y clasificación de las personas en el SISBEN se produce en condiciones de franca informalidad que obedecen, en gran medida, al hecho de que no exista una normatividad que regule, de manera sistemática y general, la forma en que los municipios colombianos deben implementar y operar este sistema. Ciertamente, existen normas legales y reglamentarias (Ley 60 de 1993; Resolución N° 65 de 1994 del CONPES) que hacen obligatoria la focalización del gasto social por parte de las entidades territoriales y señalan que la encuesta de clasificación socioeconómica es el instrumento apropiado para tal fin (v. *supra*). Empero, ninguna de estas normas se refiere al SISBEN propiamente dicho, esto es, a los procedimientos específicos por medio de los cuales la población en situación de pobreza debe ser encuestada y la información recogida procesada, para luego ser divulgada entre los interesados y los programas de asistencia social cuyos beneficiarios son seleccionados con base en estos datos. A este respecto, vale la pena anotar que la Unidad de Desarrollo Social y la Misión Social del Departamento Nacional de Planeación entregan a las alcaldías municipales el “software” que permite procesar la información junto con cinco cartillas en las cuales se hace una presentación general del SISBEN, se sugieren guías y directrices para los encuestadores y se imparten instrucciones en torno al manejo del programa y el procesamiento de la información. Sin embargo, la información, guías y directrices allí contenidas no constituyen normas de obligatorio cumplimiento por parte de las alcaldías.

En suma, la inexistencia de normas generales que ordenen y sujeten la implementación y organización del SISBEN en los municipios de Colombia a los principios constitucionales de igualdad, moralidad, publicidad y eficiencia, determina que la ciudadanía carezca de canales claros de información y de mecanismos de participación y defensa frente a un instrumento de focalización del gasto social que, como se vio, se encuentra directamente relacionado con la satisfacción de las necesidades básicas de ciertos sectores de la población (v. *supra*). Así, por ejemplo, no existe la posibilidad de que las personas dispongan de medios de control social sobre la organización y funcionamiento del SISBEN. De igual modo, el acceso a la información no se caracteriza por su simplicidad y fluidez, toda vez que las personas deben acercarse a las oficinas del SISBEN para conseguir la información acerca de su clasificación sin que —como ocurrió en el caso *sub lite*— exista certeza de que tal información se encuentre efectivamente disponible. Finalmente, en caso de no compartir la calificación final o las condiciones en que se realizó la encuesta, los ciudadanos carecen de recursos o mecanismos de defensa que deban ser resueltos en forma obligatoria por la Administración dentro de términos previamente fijados.

13. A juicio de la Sala, los defectos discutidos constituyen una amenaza para la eficacia del principio de igualdad (C.P., artículo 13) en el acceso de los sectores pobres y vulnerables a los

beneficios de aquellos programas de política social que basan la selección de sus beneficiarios en el SISBEN. Como ya antes se anotó, el principio de igualdad en los procesos estatales de distribución de recursos escasos no garantiza a las personas en condiciones de recibir tales recursos un derecho subjetivo a la prestación económica como tal, sino un acceso y participación igualitarios en los procedimientos por medio de los cuales las instituciones públicas efectúan el reparto (v. *supra*). En tanto mecanismo de focalización del gasto social, el SISBEN no constituye un derecho prestacional *per se*. Sin embargo, el acceso a determinadas prestaciones ha sido supeditado a que los eventuales beneficiarios hayan sido encuestados por el SISBEN y clasificados en alguno de sus niveles, motivo por el cual este mecanismo de focalización forma parte inescindible de los procedimientos por medio de los cuales el Estado distribuye bienes escasos (v. *supra*). En esta medida, aquellas falencias que impidan o menoscaben el acceso de la ciudadanía al SISBEN constituyen una vulneración del principio de igualdad (C.P., artículo 13) en el proceso de asignación de bienes escasos.

Adicionalmente, la falta de regulación normativa del SISBEN determina que la implementación, operación y administración de este instrumento de focalización queden libradas a la más absoluta discrecionalidad de las autoridades administrativas encargadas de implementarlo, cuando no de los funcionarios de turno que atiendan las solicitudes de los interesados. Este hecho puede erigirse, sin dificultad, en causa de cooptación del mecanismo por parte de intereses económicos o electorales, ajenos a la función pública, que terminan obrando en detrimento de aquellos sectores de la población que no los comparten y minando seriamente la legitimidad del Estado.

Los hechos analizados ponen de presente, no sólo una clara violación de los derechos a la igualdad y los principios de moralidad, eficiencia, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad conforme a los cuales debe desarrollarse toda función administrativa, sino que, adicionalmente, como entra a explicarse, ellos traslucen el quebrantamiento del derecho al *habeas data* de las personas interesadas en ingresar al SISBEN.

El derecho al *habeas data* incorpora el derecho a la inclusión de los datos personales del sujeto interesado en el banco de datos de programas como el SISBEN (*habeas data* inclusivo o aditivo).

14. María Edonay Hurtado, al igual que los restantes beneficiarios –potenciales o actuales– de los programas sociales cuya focalización se realiza a través del SISBEN, no tienen ninguna posibilidad de injerencia sobre el banco de datos que conforma este sistema. En efecto, como ha sido demostrado, la falta de reglamentación general y vinculante del SISBEN, ha hecho que la *buena voluntad* de los funcionarios encargados de administrar el sistema constituya condición necesaria para que los beneficiarios – potenciales o actuales – puedan acceder al mismo. Lo anterior significa que, en la práctica, las personas no cuentan con una garantía para asegurar el derecho que les asiste de ingresar, conocer, rectificar y controlar los datos que alimentan el SISBEN.

La Sala ha encontrado que los hechos anteriores dan lugar a una vulneración de los derechos fundamentales de petición y de igualdad de la actora. Sin embargo, cabe preguntarse si, en el presente caso, no se produce una vulneración adicional del derecho al *habeas data* consagrado en el artículo 15 de la Carta.

15. El artículo 15 de la Constitución garantiza el derecho de todas las personas a “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. Adicionalmente, establece que “en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

La disposición citada consagra un derecho-garantía, que ha sido denominado, por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, derecho a la autodeterminación informativa o *habeas data*.

16. El *habeas data* es un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo.

En las sociedades tecnológicas contemporáneas el manejo sistemático de datos personales sirve a propósitos tan variados como apoyar los procesos de distribución de las cargas y los bienes públicos; facilitar la gestión de las autoridades militares y de policía; o, fomentar el funcionamiento del mercado. En tales condiciones, quien tiene la posibilidad de acopiar, ordenar, utilizar y difundir datos personales adquiere un poder de facto, denominado “poder informático”, en ejercicio del cual puede influir decisivamente, por ejemplo, en la definición de perfiles poblacionales que servirán de base para decisiones de política económica, o en la clasificación de una persona, según criterios predeterminados, a fin de definir si debe ser sujeto de una determinada acción pública o privada. Como puede advertirse, el abuso o la negligencia en el ejercicio de este enorme poder, apareja un serio riesgo, entre otros, para los derechos fundamentales a la personalidad, a la identidad, a la igualdad, a la intimidad, a la honra, al buen nombre o al debido proceso del sujeto concernido. Por eso, a fin de evitar el abuso del poder informático y garantizar que su ejercicio se encuentre controlado y limitado, se ha consagrado, en el artículo 15 de la Carta, el derecho-garantía a la autodeterminación informática o *habeas data*.

17. El derecho-garantía a la libertad o autodeterminación informática, tiene dos dimensiones distintas pero complementarias. De una parte, le confiere a las personas el poder jurídico para conocer e incidir sobre el contenido y la difusión de la información personal que les concierne y que se encuentra archivada en un banco de datos. Adicionalmente, establece un conjunto de principios en torno a los cuales debe girar todo el proceso de acopio, uso y transmisión de datos personales.

18. En principio, según lo dispone el artículo 15 de la Carta, la persona cuyos datos personales se encuentren contenidos en un banco de datos susceptible de ser conocido por terceros, tiene el derecho fundamental de acceder, sin limitaciones y dentro de un plazo breve y sumario, a la parte del banco de datos en la que se registra la mencionada información.

Ahora bien, el derecho de acceso a los bancos de datos no cuenta exclusivamente con una vertiente negativa. Es probable que una persona no quiera que un dato que le concierne forme parte de un banco de datos, pero puede ser que, por el contrario, la inclusión del mencionado dato resulte de su interés. En este caso, corresponde a la ley definir, conforme entre otros, a los principios de igualdad y no discriminación, los eventos en los cuales una persona tendrá derecho a que se incluya en un determinado banco de datos cierta información que le es propia.

La vertiente positiva del derecho de acceso a los bancos de datos se encuentra, en principio, supeditada a la reglamentación legal que al respecto se expida para cada sector.

Adicionalmente, el derecho al *habeas data*, incluye la facultad de toda persona de solicitar y obtener, en un tiempo razonable, la corrección, complementación, inserción, limitación, actualización o cancelación de un dato que le concieme.

19. En cuanto se refiere a los sujetos obligados, no sobra mencionar que se trata, en principio, de todas las entidades públicas de cualquier nivel de gobierno, así como de las personas jurídicas o naturales de naturaleza privada que operen bancos de datos cuya información esté destinada a divulgarse.

20. El segundo inciso del artículo 15 de la Carta, establece que “en la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. Esta norma, define el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente, el proceso informático. Según este marco general, existen unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo. Las mencionadas reglas se derivan de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático.

El Estado debe diseñar mecanismos de protección que aseguren la participación de las personas en el proceso de acopio así como el ejercicio pleno de los derechos a la corrección o actualización de las informaciones que les conciernan.

Adicionalmente, al amparo de la Carta de 1991, no puede menos que sostenerse que todo dato debe recolectarse para una finalidad constitucionalmente legítima. Lo anterior significa, entre otras cosas, que no puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación.

Igualmente, la información solicitada por el banco de datos, debe ser la estrictamente necesaria y útil, para alcanzar la finalidad constitucional perseguida. Por ello, los datos sólo pueden permanecer consignados en el archivo mientras se alcanzan los objetivos perseguidos. Una vez esto ocurra, deben desaparecer.

Por otra parte, los bancos de datos tienen la obligación de registrar información veraz e imparcial, completa y suficiente. En este sentido, como lo ha manifestado esta Corte, debe existir un celo extremo al incluir, en una base de datos destinada a ser conocida por terceros, apreciaciones subjetivas o juicios de valor sobre el sujeto concernido.

Instrumentos de protección del *habeas data*

21. La Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de una reglamentación general y coercitiva que garantice el ejercicio pleno de los derechos que se derivan del *habeas data*. Sin embargo, ello no ha ocurrido. En consecuencia, las personas han debido recurrir a mecanismos como el derecho fundamental de petición o la acción de tutela para impedir eventuales vulneraciones a su derecho a la autodeterminación informativa. No obstante, estos mecanismos resultan algunas veces insuficientes para la garantía plena, pronta y efectiva de los derechos comprometidos en el proceso informático. En efecto, no sólo se trata de garantías *ex post*, que

no establecen *ab initio* reglas claras para todas las partes comprometidas en este proceso, sino que muchas veces no tienen el alcance técnico que se requiere para lograr la verdadera protección de todos los bienes e intereses que se encuentran en juego.

No obstante, mientras no se establezcan mecanismos procesales más adecuados el derecho fundamental de petición y la acción de tutela seguirán siendo los recursos que, de mejor manera, aseguren la libertad informática.

Vulneración del derecho al *habeas data* de la actora

22. La señora María Edonay Hurtado, dice haber sido entrevistada en 1995, por los funcionarios del SISBEN. Manifiesta, adicionalmente, interés en que sus datos personales ingresen al correspondiente banco de datos. No obstante, a pesar de que se ha dirigido insistentemente a las oficinas públicas en las que funciona dicho programa, nadie le ha informado si sus datos han quedado registrados, ni le han impartido instrucciones sobre el camino que debe seguir para poder ingresarlos. No sabe si la información que en 1995 suministró a quienes le hicieron la encuesta de hogares reposa en algún archivo, si es correcta o incorrecta, si a partir de la misma se obtuvo alguna consecuencia, si es necesario corregirla o adicionarla. Durante cuatro años la señora Hurtado ha permanecido en la más absoluta incertidumbre frente a un banco de datos al que parece imposible acceder si no se está en contacto con alguna persona que ostente calidades – públicas o privadas – especiales.

Aparte del muy cuestionable comportamiento de los servidores públicos comprometidos en los hechos de que da cuenta el presente proceso, no queda duda, que la situación a la que fue sometida la actora se explica por la falta de regulación del banco de datos del SISBEN.

En efecto, las personas que habitan en la ciudad de Ibagué y que son beneficiarias –potenciales o actuales– de los programas sociales cuya focalización se realiza mediante el mencionado Sistema, no tienen mecanismos específicos, claros y eficaces para enterarse de los datos personales que les conciernen y que reposan en el respectivo banco de datos. Tampoco existen instrumentos formales y eficaces a través de los cuales puedan solicitar el ingreso de sus datos al sistema o exigir que una información errónea, inexacta, incompleta o desactualizada, sea corregida o excluida del banco de datos. Por último, es evidente que no tienen la capacidad de controlar que la información por ellos suministrada se use exclusivamente para los fines para los cuales fue creado este mecanismo de focalización del gasto.

En suma, los hechos registrados demuestran que la entidad local, encargada de ejecutar y aplicar el SISBEN, no sólo ha vulnerado el derecho al *habeas data* de la señora María Edonay Hurtado, sino que ha generado una circunstancia que amenaza los derechos de los beneficiarios – potenciales y actuales – de los programas sociales que se apoyan en la base de datos del mencionado sistema.

23. La función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política que le ha sido confiada a la Corte Constitucional (C.P., artículo 241), determina que esta Corporación no sólo tenga competencia para restablecer las vulneraciones a los derechos fundamentales que, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad y de la acción de tutela, lleguen a su conocimiento, sino, también, para denunciar aquellas situaciones que amenacen la integridad de derechos constitucionales, que pueden ser corregidas por el legislador o la administración.

En el caso *sub lite*, la Sala ha constatado una omisión de regulación normativa en relación con el SISBEN, que amenaza la eficacia e integridad de los derechos a la igualdad, a la participación y al *habeas data*, de la población más pobre y vulnerable de Colombia, en el proceso de asignación de ciertas prestaciones económicas que tienden a la efectividad de su mínimo vital. Ya en otras ocasiones la Corte ha detectado omisiones regulativas que amenazan la eficacia e integridad de ciertos derechos prestacionales. En estos casos, ha exhortado a las autoridades competentes y a los sectores sociales perjudicados por la falta de regulación a adoptar, de manera consensuada, los correctivos necesarios para hacer frente a la respectiva omisión.⁹

24. El SISBEN, como instrumento fundamental de la efectividad de los derechos prestacionales, constituye una institución que, con el concurso de las autoridades administrativas competentes, debe ser objeto de un amplio debate democrático y, por ende, su regulación es un asunto que compete, en primera instancia, al legislador.¹⁰ De la misma manera, la protección general del derecho al *habeas data* en los procesos de recolección de datos personales, debe ser objeto de regulación legal.

Sin embargo, mientras el legislador define el sistema de protección de los derechos que se derivan de la autodeterminación informática, se ordenará al Departamento Nacional de Planeación que diseñe un instructivo nacional para que la conformación de la base de datos del SISBEN en cada municipio, así como su operación, consulta y actualización, se someta a los principios básicos de protección al *habeas data* contenidos en el artículo 15 de la Constitución Política.

Adicionalmente, se ordenará al Alcalde de Ibagué, la adopción de todas las medidas necesarias para corregir los vicios administrativos y de gestión que han quedado evidenciados en el presente proceso, y, además, para que desarrolle un plan coherente que permita que la implementación del SISBEN responda a los principios básicos de moralidad, imparcialidad, igualdad, publicidad, eficacia, economía y celeridad. No sobra recordar que de la ejecución adecuada de este tipo de programas de focalización del gasto depende, entre otros, la vigencia del derecho fundamental a la igualdad de los eventuales usuarios, así como la realización de los fines sociales del Estado. Resta advertir que si bien la gestión de este tipo de programas puede ser delegada a entidades especializadas, es responsabilidad del alcalde diseñar e impulsar políticas claras de gestión que eviten los hechos que han quedado establecidos en el presente proceso.

Por último, se enviará copia del presente proceso, a la Procuraduría General de la Nación, para que dicho organismo de control, a través de la dependencia competente, establezca si los funcionarios encargados de la administración del SISBEN en la ciudad de Ibagué se han apartado de sus deberes administrativos y han permitido, por negligencia, desidia o indolencia, que una madre cabeza de familia carente de cualquier bien de fortuna, quede excluida de los beneficios propios del régimen subsidiado de salud. Si así fuera, la Procuraduría deberá iniciar la correspondiente demanda de responsabilidad extracontractual y llamar en garantía a los funcionarios responsables, para que respondan con su propio patrimonio, por el daño ocasionado.

⁹ Al respecto, véase la sentencia T-348/97 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁰ Al respecto, véanse las sentencias SU-111/97 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-225/98 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** la sentencia de octubre 9 de 1998, proferida por el Juzgado 4° Civil Municipal de Ibagué y, en consecuencia, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales de petición, participación, igualdad y *habeas data*, de la actora.

Segundo.- **ORDENAR** al Alcalde Municipal de Ibagué que ponga término a la vulneración del derecho fundamental al *habeas data* aditivo de la actora. En consecuencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia y previa realización de la respectiva encuesta, debe proceder a incluir los datos de la actora dentro del banco de datos del SISBEN y a informarle si, de acuerdo con el resultado obtenido, tiene derecho a ser afiliada al régimen subsidiado de salud.

Tercero.- **ORDENAR** al Alcalde Municipal de Ibagué que, a la mayor brevedad posible, inicie un proceso de reforma de la dependencia encargada de la administración y operación del SISBEN, de conformidad con los parámetros consagrados en la Constitución y recogidos en la presente sentencia.

Cuarto.- **ORDENAR** al Departamento Nacional de Planeación que, a la mayor brevedad posible, diseñe un instructivo nacional para garantizar el derecho de todas las personas a insertar, conocer, actualizar y rectificar las informaciones que les conciernan y que se encuentren o puedan encontrarse en el banco de datos del SISBEN, así como para asegurar que en la recolección, tratamiento y circulación de tales datos se respeten la libertad, la igualdad, la publicidad y, en general, las demás garantías consagradas en la Constitución.

Quinto.- Conforme a lo establecido en párrafo final del fundamento 24 de la presente providencia, se **ORDENA** remitir copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

Sexto.- **LIBRESE** comunicación al Juzgado 4° Civil Municipal de Ibagué, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-308

mayo 6 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procendencia excepcional pago de acreencias laborales/DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios futuros/DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas futuras

La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión. Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, una vulneración o lesión de su mínimo vital, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado. El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos. En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES Y PENSIONADOS-Ordenes que puede emitir el juez de tutela para el pago de salarios o mesadas

EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios o mesadas pensionales

INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el gobierno nacional y departamental colaboren en la solución a la crisis presupuestal

INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Trámites para obtención de recursos para pago de salarios y mesadas pensionales

Referencia: Expedientes T-207.328; T-207.853; T-207. 855 y T-208.142.

Acciones de tutela de Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez en contra de la Universidad del Valle, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación, Gobernación del Valle.

Procedencia: Juzgados Doce y Quince Penal del Circuito de Cali y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Sentencia aprobada en Bogotá, D.C., en sesión del seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

LANTECEDENTES

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre los fallos proferidos por los Juzgados Doce y Quince Penal del Circuito de Cali y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en las acciones de tutela de Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez en contra de la Universidad del Valle.

Los expedientes llegaron a la Corte Constitucional, por remisión que hicieron las secretarías de los despachos judiciales mencionados. La Sala de Selección No. 4 de tutelas de la Corte Constitucional, por auto del diez y seis (16) de abril de 1999, ordenó la revisión de los casos de la referencia, así como la acumulación de los expedientes T-207.328 al T-207.853 y del T-207.855 al T-208.142, para ser decididos en una sola sentencia, si así lo consideraba pertinente la Sala de Revisión.

La Sala Segunda de Revisión, por auto del veintidós (22) de abril de 1999, ordenó la acumulación de todos los expedientes al T-207.328, por la identidad existente en los hechos que motivaron las cuatro (4) acciones, como en el ente acusado. Por esta razón, se proferirá un solo fallo para decidir los procesos de la referencia.

Los hechos que dieron origen a estas acciones pueden resumirse así:

A. HECHOS

1. Los actores Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez (T-207.855 y T-208.412, respectivamente), actualmente se encuentran vinculados a la Universidad del Valle como docentes de tiempo completo.

2. Los actores Raúl Antonio Castro García y Jesús Orlando García (T-207.328; T-207.853, respectivamente), son pensionados de la mencionada entidad educativa.

3. Desde el 15 de agosto de 1998, como consecuencia de la crisis financiera por la que atraviesa la Universidad del Valle, tal como consta en los distintos documentos e intervenciones que aportaron los representantes y apoderados de este establecimiento, se suspendió el pago de los salarios y mesadas pensionales a todos los empleados y pensionados del ente universitario.

B. Las demandas de tutela

En términos generales, los actores solicitan la protección rápida y eficaz de sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, por medio de una orden que permita el pago de los salarios y mesadas atrasadas, como la previsión para que se cancelen las que se lleguen a causar después del fallo.

C. Sentencias de primera y segunda instancia

1. De los cuatro casos conocieron despachos judiciales diversos -Juzgados Décimo, Once y quince Penal Municipal de Santiago de Cali y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda-. Sólo este último concedió el amparo solicitado, los restantes juzgadores decidieron denegarlo. Las razones para una y otra decisión, se pueden resumir así:

2. El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda (T-208.142. María Cristina Martínez de Jiménez), entendiendo que el derecho al pago oportuno de salarios, es un derecho fundamental, ordenó al rector de la entidad universitaria acusada, que en el término de un (1) mes, realizará las diligencias necesarias para cancelar las acreencias que tiene para con la actora junto con los intereses moratorios correspondientes. Decisión que, en términos del juzgador, se hacía necesaria para la protección del derecho invocado, pese a reconocer la crisis financiera por la que atraviesa el ente acusado.

3. Esta decisión fue impugnada por el apoderado de la Universidad, por considerar que demostrado como lo estaba que la crisis financiera que afronta el ente universitario no es producto de la desidia ni malos manejos de sus directivas, no era lógico obligar a éstas a cancelar, en un término tan corto, las acreencias laborales, cuando no se cuenta con recurso alguno para el efecto.

4. En segunda instancia, la Sala Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Las razones esgrimidas por esta Corporación, fueron:

4.1. La acción de tutela para la protección de los derechos al trabajo y el pago oportuno de las mesadas pensionales, por no ser derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.P.), sólo pueden ser protegidos mediante las acciones y procedimientos ordinarios establecidos por la ley.

4.2. La crisis financiera de la entidad acusada, hace que no pueda obligarse a sus directivas a cumplir lo imposible, es claro que éstas no podrán dar cumplimiento a un fallo en el que se ordene el pago de salarios y mesadas pensionales, pues no cuentan con los recursos para el efecto.

5. En relación con el amparo solicitado por los Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra, éste fue denegado por los Juzgados Décimo, Once y quince Penal Municipal de Santiago de Cali, con el argumento según el cual, como el cese en el pago de los salarios y mesadas pensionales por parte de la institución acusada no es producto de la negligencia o desidia de sus directivas, sino de la crisis económica que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones laborales adquiridas, no se puede ordenar a la entidad que

realice acciones que le son de imposible cumplimiento, como la de pagar cuando no se tienen los recursos para el efecto. Así mismo, porque los derechos al trabajo y el pago oportuno de las mesadas pensionales no son derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.P.), razón por la que la acción de tutela no es procedente para su garantía.

6. Impugnadas estas decisiones, sin sustentación alguna, los Juzgados Doce y Quince Penal del Circuito de Cali, confirmaron la decisión de denegar el amparo solicitado, argumentando, entre otras razones, que el ordenar a la entidad acusada un pago que no puede realizar, atentaría contra el principio de eficacia que informa la acción de tutela.

Dentro de este contexto, esta Sala de Revisión entrará a decidir.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate

Corresponde a esta Sala decidir si, en el caso sometido a revisión, la acción de tutela es procedente, teniendo en cuenta que se solicita el pago de acreencias laborales y pensionales que adeuda una entidad universitaria oficial, cuya situación financiera es crítica, hecho que determinó la cesación de pagos de nómina y mesadas pensionales desde el mes de agosto de 1998. Pretensión que, en principio, puede lograr satisfacción mediante una acción específica ante una jurisdicción distinta a la Constitucional.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de salarios

3.1. Los casos sometidos a revisión, son iguales a los que fueron analizados por esta Corporación en las sentencias T-106 y 259 de 1999, hecho que hace necesario reiterar la jurisprudencia constitucional en esta materia. Así:

3.2. La protección de los derechos al trabajo, que se materializa, entre otros, con la protección al pago oportuno de salarios y mesadas pensionales, *“no puede quedar supeditada a las regulaciones generales que debe dictar el legislador, en lo que se conoce como el “estatuto del trabajo”, pues existen unos principios y condiciones estipulados por la propia Constitución que determinan el núcleo esencial de este derecho, y que deben ser garantizados por el juez constitucional cuando resultan lesionados o desconocidos...”* (T-259 de 1999), razón por la que no puede declararse improcedente la acción de tutela, en casos como los que son objeto de revisión, bajo el argumento según el cual, éstos no son derechos de aplicación inmediata.

3.3. La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, *una vulneración o lesión de su mínimo vital*, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción

laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otras).

3.4. El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace **presumir** la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos (sentencia T-259 de 1999). En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción.

3.5. Las órdenes que puede emitir el juez de tutela, pueden ser de dos clases: i) ordenar el pago de los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir -caso extremo. ii) ordenar que se efectúen o realicen las gestiones y se adopten las medidas que sean necesarias para que en un término prudencial, el empleador o entidad encarga del pago de la pensión reanude el pago -regla general-. La cancelación de los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir, entonces, debe obtenerse a través de las acciones judiciales correspondientes (sentencias T-299 de 1997; T-031, T-070, T-242, T-297 de 1998 y 106 de 1999, entre otras).

3.6. Las crisis económica o presupuestal que pueda sufrir una entidad pública o privada, no la exime de su principal obligación como empleadora: pagar oportunamente el salario a sus trabajadores y las mesadas pensionales a que esté obligado (sentencias T-323 de 1996; T-124; T-171 y T-234 y 299 de 1997, T-399 de 1998, T-08, T-020 y T-106 de 1999, entre otras). Ni aun en aquellos eventos en que estas crisis no sean producto de la negligencia o desidia de los llamados a responder (sentencia T-259 de 1999).

Cuarta. Del caso en revisión

4.1. La Universidad del Valle, entidad universitaria de carácter oficial, viene presentado desde el año de 1989 un déficit fiscal que se ha incrementado en el curso de los últimos años. Crisis que en el mes de agosto de 1998, la llevó a suspender el pago de las nóminas tanto de sus empleados como de sus pensionados. Las causas de esta crisis, según versiones de las directivas, responden a una serie de factores como el crecimiento exponencial de las pensiones, los valores crecientes de las cesantías y los servicios de la deuda pública, entre otros.

4.2. La mayor parte de los recursos de la institución universitaria, corresponden a los aportes que por transferencias realiza la Nación, así como los del gobierno departamental. Los recursos propios no le son suficientes para sufragar los créditos que ha ido adquiriendo con los establecimientos financieros, cuya destinación ha sido en gran parte para cubrir compromisos salariales.

4.3. La solución a esta situación, se dice, requiere de un compromiso por parte del Gobierno Nacional para que, atendiendo a la realidad estructural de la Universidad del Valle, se la dote de los recursos necesarios, y asuma, entre otros, la carga pensional que la Nación tiene para con ésta, así como el reconocimiento de los valores que adeuda por concepto de bono pensional.

Igualmente, se requiere la colaboración de la administración departamental, que adeuda a la universidad dineros por pago de pensiones y cesantías desde 1994 y que asciende a seis mil millones de pesos aproximadamente (\$ 6.000.000.000.)

4.4. En la sentencia T-259 de 1999 se solicitó al Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como a la administración departamental del Valle del Cauca que, de ser posible, presten su colaboración a efectos de buscar una salida a la crisis por la que está atravesando la Universidad del Valle.

4.5. En documentos que obran en los expedientes de la referencia, se encuentra el Decreto 3525 del 26 de noviembre de 1998, por el que se hacen unos traslados presupuestales en el presupuesto de funcionamiento asignado al Ministerio de Educación Nacional. Uno de esos traslados corresponde al que se hizo en favor de la Universidad del Valle, recursos estos que no fueron suficientes para cancelar las acreencias laborales y pensionales que tiene esta entidad, pues sólo se pagó, en el mes de diciembre, la segunda quincena de agosto y primera quincena de septiembre a los docentes nombrados.

Lo que significa que los empleados y pensionados de este ente universitario, continuarán privados de recibir en tiempo sus salarios y mesadas pensionales, lo que constituye un claro desconocimiento de los derechos mínimos de éstos. Los empleados quedan expuestos a que en un término no definido, continúen prestando sus servicios sin recibir remuneración alguna, mientras que los pensionados no recibirán sus mesadas.

Hecho que hace necesario que el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental, en el ámbito de sus competencias y de conformidad con la ley, pongan en marcha las correspondientes acciones y políticas para resolver los problemas estructurales de la Universidad del Valle, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta institución, hacer los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, les permitan pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

4.6. Los actores que se desempeñan como docentes en la Universidad del Valle, llevaban aproximadamente tres (3) meses sin recibir salario al momento de presentar las acciones de la referencia. Los docentes pensionados llevaban igual número de meses sin recibir la mesada pensional a que tenían derecho.

Esta Corporación, pese a la crisis que afronta la Universidad del Valle, no puede dejar de reconocer que los derechos fundamentales de los actores están siendo vulnerados, y no obstante que no aportaron pruebas sobre la afectación de su mínimo vital, acudiendo a la presunción de que trata el numeral 3.7 de esta providencia, habrá de ordenar a las directivas de la universidad que, en forma prioritaria, agoten las gestiones de corto plazo que sean necesarias para garantizar que los actores, para nóminas salariales y pensionales futuras, podrán obtener su pago en tiempo.

El Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental del Valle del Cauca, en el ámbito de sus competencias y de conformidad con la ley, deberán poner en marcha las correspondientes acciones y políticas para resolver los problemas estructurales de la entidad universitaria en

comento, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta institución, efectuar los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, permitan pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

4.7. Por las razones expuestas, habrán de revocarse las decisiones proferidas por la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y por los Juzgados Doce y Quince Penal del Circuito de Cali, dictadas dentro de los procesos de tutela instaurados por los señores Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez, en contra de la Universidad del Valle, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Educación, Gobernación del Valle, y que denegaron el amparo que éstos solicitaron. En su lugar, se ordenará al rector (a) de la Universidad del Valle, como representante legal de ésta o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este fallo, inicie los trámites y gestiones necesarios para obtener los recursos que permitan garantizar el pago oportuno de los salarios y mesadas pensionales de las nóminas futuras, a las que puedan tener derecho los actores.

En relación con los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir, los actores deberán acudir al procedimiento ejecutivo.

En los anteriores términos, se concederá el amparo solicitado por los señores Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCANSE** las sentencias proferidas por la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y por los juzgados Doce y Quince Penal del Circuito de Cali, dictadas dentro de los procesos de tutela instaurados por los señores Raúl Antonio Castro García, Jesús Orlando García, Javier A. Fayad Sierra y María Cristina Martínez de Jiménez en contra de la Universidad del Valle, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Educación, Gobernación del Valle. En su lugar, **CONCEDASE** el amparo solicitado, en los términos expresados en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En consecuencia, **ORDENASE** al rector (a) de la Universidad del Valle o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites y gestiones necesarios, si es que durante el trámite de revisión ya no los hubiere hecho, para obtener los recursos que permitan garantizar el pago oportuno de los salarios y mesadas pensionales a los que puedan tener derecho los actores, en las nóminas futuras.

Para el efecto, el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental del Valle del Cauca, deberán poner en marcha las acciones y políticas correspondientes para resolver los problemas estructurales de la Universidad del Valle, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta

institución hacer los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, les permita pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

Tercero. **ENVIESE** copia de este fallo a las autoridades mencionadas en el numeral anterior.

Cuarto. Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-309

mayo 6 de 1999

DERECHO A LA VIDA-Privación consumo agua de quebrada

ABUSO DEL DERECHO-Privación consumo agua de quebrada

INDEFENSION-Obras que obstruyen el cauce natural de quebrada

Referencia: Expediente T-206.245

Acción de tutela presentada por Yvonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura contra Alejandro Estrada Villegas.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en la acción de tutela interpuesta por Yvonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura contra Alejandro Estrada Villegas.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo la Corte, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte, en auto de fecha 9 de abril de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

LANTECEDENTES

Los demandantes presentaron el 24 de noviembre de 1998, ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, acción de tutela por los siguientes hechos:

a) Hechos

Los demandantes están domiciliados en la vereda El Hato, del municipio de La Calera, Cundinamarca. Desde el mes de diciembre de 1997, el demandado empezó a construir una casa

y una represa en el predio rural de su propiedad. Sin embargo, estas construcciones están obstruyendo el cauce natural de una quebrada (que no tiene nombre), que baja de la montaña, pasa por el predio del demandante, continúa por el de los actores y desemboca en el río Teusacá.

Señalan los demandantes que por más de 20 años se han surtido del agua de tal quebrada, para consumo doméstico, no sólo en su propiedad, sino en otros predios vecinos, pues, en el sector, no existe acueducto.

La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, mediante resolución 0358 del 21 de febrero de 1995, otorgó a la demandante Yvonne Vélez concesión de aguas sobre tal fuente. Pero desde que se iniciaron las construcciones en el predio del demandado, los actores no tienen suministro continuo de agua, puesto que por el tamaño de la represa, con capacidad aproximada de 1.000 metros cúbicos, sólo cuando hay mucha lluvia y la represa se llena, escurre algo de agua a los demás predios, con un inconveniente : el agua llega con un alto grado de contaminación.

Esta situación ha sido puesta en conocimiento de las autoridades locales correspondientes y de la Corporación mencionada. Según los demandantes, tales autoridades, efectivamente, se han pronunciado sobre el grave daño ambiental y urbanístico que se ha producido, imponiéndole al demandado multas ; se le ha requerido para que restituya el cauce natural de la quebrada y para que demuela el muro que sirve de soporte a la represa. No obstante, a pesar de que ha transcurrido casi un año, no ha habido solución, lo que vulnera los derechos fundamentales de los demandantes al ambiente sano, a la salud y, en consecuencia, a la vida.

Los demandantes solicitan al juez de tutela, como medida provisional, que ordene la restitución inmediata del cauce de la quebrada. Para tal efecto, que se ordene al demandado demoler la represa que construyó sobre su cauce y la parte de la construcción de la casa, que se encuentra sobre la ronda de la misma quebrada.

Con el escrito de tutela, los demandantes acompañaron fotocopias de los siguientes documentos :

- Resolución de la CAR, Nro. 358 del 21 de febrero de 1995, “por la que se otorga una concesión de aguas” a Yvonne Vélez Osorio. (folios 1 y 2 del 2o. cuaderno)

- Resolución de la CAR, nro. 102 de 16 de abril de 1998, “por la cual se inicia un trámite administrativo ambiental de carácter sancionatorio, se formulan cargos, se impone una medida preventiva y se adoptan otras determinaciones” contra Alejandro Estrada. (folios 3 a 6, 2o. cuaderno)

- Imposición de sanciones por parte de la alcaldía de La Calera, de fecha 2 de mayo de 1998, contra Alejandro Estrada y Paola Turbay Gómez. (folios 7 a 13, 2o. cuaderno)

- Reporte de resultados analíticos, de contaminación y técnicos (folios 14 a 18, 2o. cuaderno)

- Resolución nro. 250 del 31 de agosto de 1998, de la CAR “por la cual se resuelve un recurso de reposición” (folios 19 a 23, 2o. cuaderno)

- Resolución 402 del 13 de noviembre de 1998, de la CAR “por la que se impone una multa y se toman otras determinaciones” contra Alejandro Estrada Villegas (folios 24 a 27, 2o. cuaderno)

El Tribunal de Superior de Cundinamarca, Sala Penal, una vez recibida esta acción, decidió que carecía de competencia para conocer de la misma y la remitió al Tribunal Superior de Bogotá, pues este Distrito sí comprende el circuito judicial de La Calera (folios 32 a 37, del 2o. cuaderno)

b) Actuación judicial del Tribunal Superior de Bogotá y sentencia de primera instancia.

Una vez admitida esta acción por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, el Magistrado sustanciador dispuso notificar a las partes y practicar una inspección al predio del demandado. Esta inspección estaría encaminada a establecer la existencia de la obstrucción del cauce natural de la quebrada objeto de la tutela, y ordenó que en la visita estuviera presente, además de las partes, un perito fotógrafo del DAS. Pero el día indicado sólo se hizo presente la parte actora, a quien el Magistrado autorizó para que tomara las fotos necesarias. Durante el transcurso de la diligencia, el Magistrado también tomó algunas fotografías. El acta de la diligencia y las fotografías corresponden a los folios 50 a 66 del cuaderno segundo del expediente.

En la sentencia del 10 de diciembre de 1998, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, decidió tutelar los derechos a un ambiente sano, a la salud y a la vida de los demandantes, e impartió las siguientes órdenes :

“Primero : TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a un ambiente sano, a la salud y a la vida de los señores Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Segundo : ORDENAR que el señor Alejandro Estrada Villegas, dentro de un término de sesenta días (60) demuela las represas que construyó y restituya el cauce de la quebrada, alterado con las construcciones.

“Tercero : ADVERTIRLE al demandado que el incumplimiento de esta sentencia dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.”

Para tomar estas decisiones, el Tribunal analizó algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre la protección del medio ambiente y la procedencia de la acción de tutela, cuando existe vulneración de derechos fundamentales. Consideró que, según las pruebas que obran en el expediente, es posible concluir que : *“evidentemente el demandado levantó una casa, la que aún no ha sido terminada, sobre la quebrada que baja de la montaña y que atraviesa varios predios, entre otros el suyo, y que igualmente construyó dos represas impidiendo el paso normal del agua por su cauce natural dejando sin el líquido, o disminuyendo su volumen, a los habitantes de los predios contiguos. También está demostrado que al señor Alejandro Estrada no se le había otorgado concesión de aguas ni había obtenido licencia de la Alcaldía de La Calera para construir la vivienda. Lo anterior quiere decir, que sin lugar a dudas el demandado, al privar del servicio de agua potable con la construcción de las represas, a los habitantes de los predios que utilizan la quebrada, y contaminarla con*

tales construcciones, les violó el derecho constitucional fundamental a un ambiente sano y por ende el derecho a la salud y a la vida.” (folios 84 y 85, 2o. cuaderno).

Examinó el Tribunal lo dispuesto en los artículos constitucionales sobre el derecho a la propiedad y su función social y ecológica; la legislación existente sobre la utilización del agua de dominio público y la acción de cumplimiento. Concluyó que, en el caso bajo estudio, no procedía la mencionada acción, pues no se estableció en ninguna de las resoluciones emitidas por las autoridades administrativas competentes que *“si el señor Alejandro Estrada no demolía las represas lo haría la entidad respectiva, sino que lo conminó con cuantiosas multas sucesivas, pero que no conducen por sí mismas a la demolición de las obras para poder obligar coactivamente a la entidad a darle cumplimiento a sus determinaciones a través de la acción de cumplimiento.”* En consecuencia, estimó el Tribunal que era necesario ordenar en la sentencia de tutela, que se dispusiera la demolición de las represas.

Además, señaló que esta tutela procedía contra un particular, pues los demandantes se encuentran en estado de indefensión y no existe ningún mecanismo idóneo para la protección de sus derechos.

Explicó el Tribunal que no obstante que la acción de tutela fue pedida como mecanismo transitorio, no hay que concederla de esta manera, ya que para restablecer el derecho, hay que demoler obras *“sin perjuicio de que eventualmente, las autoridades competentes le concedan algún permiso al demandado para realizarlas nuevamente, sujetándose a las leyes y reglamentos pertinentes a efectos de evitarle daños a la comunidad.”*

c) Impugnación

El demandado, a través de apoderado, impugnó la sentencia del Tribunal. Aclaró que no había intervenido antes en el proceso, pues hacía pocos meses se había cambiado de domicilio, y no se había enterado de la existencia de esta acción.

Considera que el Tribunal tomó la decisión de conceder la tutela, con base en la forma como fue presentada la demanda, en la que la parte actora ocultó asuntos que revestían importancia para la decisión que se adoptara.

Por ejemplo, los demandantes no tienen un derecho cierto e indiscutible sobre las aguas que pasan por el predio del demandado, ya que la resolución de la Corporación Autónoma Regional -CAR- nro. 358 de 1995, si bien hace una concesión a favor de la demandante Vélez, condiciona su otorgamiento a la aprobación de unos diseños y memorias técnicas, diseños que no se han presentado, ni, en consecuencia, han sido aprobados. La CAR así lo certificó, según copia que adjunta a la impugnación (folios 155 y 156, del 2o. cuaderno).

Por otra parte, manifiesta que los demandantes tienen derecho establecido sobre una fuente de agua distinta a la que discurre sobre el predio del demandado. Este asunto quedó dilucidado con ocasión de un proceso penal iniciado por los mismos demandantes de esta tutela contra el demandado, por el delito de usurpación de aguas. En este proceso penal se dictó resolución de preclusión, el 27 de octubre de 1998, providencia que se encuentra en apelación, con base en el recurso interpuesto por la señora Vélez, como parte civil en tal proceso. Este hecho también lo ocultó la parte actora (la fotocopia de la providencia de la Fiscalía obra en los folios 127 a 142 del 2o. cuaderno).

En el presente caso, no puede prosperar esta acción, pues el demandado es un particular que no es destinatario de la tutela. Además, los problemas de contaminación no son imputables a él, y la parte demandante conoce que si hay contaminación no es por causa del señor Estrada, ya que en razón de las querellas que han presentado los demandantes en contra del demandado, no le han permitido terminar su casa. Entonces, la contaminación es por obra de otros, y se produce en un predio anterior al del demandado, siendo el mismo demandado afectado por tal contaminación.

También hace improcedente la acción de tutela el hecho de existir otros medios de defensa judicial. Medios que han utilizado los demandantes, como lo prueba el proceso penal iniciado por ellos.

Señala que la quebrada que pasa por el predio del demandado no es útil para el consumo humano ni es corriente permanente, pues ella se seca en el verano, tal como lo confirman los testigos citados para tal efecto, en el proceso penal. Es un hecho conocido que los bovinos que tiene el demandado depositan sus heces en el agua desde hace décadas. Por lo tanto, no es con ocasión de las obras construidas por el demandado que el agua no sea apta para el consumo humano.

En el presente caso lo que existe es un litigio entre particulares, que no es susceptible de ser resuelto en tutela. Al hacerlo, el juez se inmiscuye en asuntos de competencia de la CAR, entidad que si no aprueba el proyecto del experto contratado por el demandado, será la que deberá ordenar la demolición de la obra, y no por disposición del juez de tutela.

Explica que no hay perjuicio irremediable. Lo que sucedió fue que el muro, que ya existía cuando el demandado compró el predio, tuvo que ser mejorado, pues presentó una falla que hizo que se derrumbara.

Para la procedencia de la tutela, tampoco se observa que exista amenaza del mínimo vital del derecho fundamental de los demandantes. Lo que hace que ni siquiera se justificaría la tutela como mecanismo transitorio.

Afirma que si los demandantes no pueden tomar agua de la quebrada objeto de esta acción, no es asunto imputable al demandado, sino que corresponde a la propia culpa de los demandantes que no han presentado los estudios a la CAR para la aprobación de la concesión que les fue autorizada en 1995.

Finalmente pone de presente el impugnante que la sentencia del Tribunal no fue una decisión ilustrada, pues al no poderse ejercer el control de la prueba, no fue posible dilucidar la veracidad de los hechos propuestos, ni tener en cuenta los hechos relevantes que los demandantes ocultaron.

El impugnante acompañó los documentos que consideró pertinentes.

d) Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 3 de febrero de 1999, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del Tribunal de conceder la tutela para proteger los

derechos constitucionales a la salud y la vida de los demandantes, pero revocó la orden de demolición de las represas. La Corte dispuso lo siguiente en la parte resolutive:

“1.- Confirmar el numeral primero del fallo en el sentido de tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida de los señores Ivonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura.

“2.- Revocar los demás numerales del mismo y, en su lugar, disponer:

“a) Ordenar al recurrente Alejandro Estrada Villegas para que inmediatamente se abstenga y suspenda las obras de construcción de la represa o estanque utilizando las aguas provenientes de la quebrada que corre por el predio rural de su propiedad, ubicado en la vereda El Hato del municipio de La Calera, las actividades de aguas y desvío de las mismas por ductos de hierro y los actos que arriesguen los derechos anteriormente tutelados, y ejecute las obras ordenadas por la ley y las autoridades administrativas a que alude la parte motiva de esta providencia.

“b) Remitir copia de esta providencia a la Alcaldía Municipal de La Calera y a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, para que disponga lo pertinente en relación con esta sentencia”.

La Corte consideró que *“aparece claro que por acción unilateral del accionado se ha producido la afectación al medio ambiente sano, y como consecuencia de ello se ha afectado a los demandantes y a otros moradores, de una parte, por la supresión de la posibilidad de aprovecharse de las aguas, incluso para el consumo humano, derecho este concreto que se le impide su disfrute y que es independiente de la existencia de acueducto de Bogotá y de la titularidad que se tenga sobre los predios. Y de la otra, porque con aquel deterioro de las aguas represadas por el accionado, también se amenaza la salud de las personas y animales que empleen sus aguas contaminadas, lo cual no deja de serlo por la preclusión penal, pues, como ahora se repite, tal riesgo de contaminación y deterioro a la salud fue generado o, por lo menos incrementado, por el represamiento de aguas atribuida y reconocida por el accionado. A todo lo cual se le agrega el temor de los vecinos, incluyendo a los accionantes, por la estabilidad de las construcciones”* (folios 26 y 27 del primer cuaderno)

La Corte se apartó de la orden de demolición ordenada por el Tribunal, pues estimó que las autoridades administrativas (CAR y Alcaldía) se han pronunciado sobre este asunto, mediante actuaciones administrativas, algunas que se encuentran pendientes, ya que están en el proceso correspondiente, y esta acción de tutela no se dirigió contra tales autoridades administrativas. Recuerda la Corte, que el juez de tutela no puede sustituir a dichas autoridades, ni interferir estos procesos. Además, en este caso, dada la especialidad del asunto, son las autoridades ambientales las que no sólo cuentan con *“mayor posibilidad de elementos de juicio para evaluar la situación, sino también porque de ellos en este momento tampoco dispone el juez de tutela”*.

e) Solicitud de aclaración de esta tutela

La parte demandante solicitó aclarar o complementar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, pues consideró que no era claro el fallo al revocar la orden de demolición e indicar que

el vecino demandado se abstenga de continuar con las obras, y no dilucidar si se echó para atrás la orden de demolición del muro que sirve de soporte a la represa. Además, las obras ya están concluidas desde hace un año, por lo que carecería de objeto la orden de tutela.

La Corte, en providencia del 19 de febrero de 1999, rechazó por improcedente la solicitud de aclaración pedida, ya que no existe duda sobre lo que hay que hacer.

En efecto, dijo la Corte : *“si la providencia cuya aclaración se pide señala que el accionado ‘ejecute las obras ordenadas por la ley y las autoridades administrativas a que alude la parte motiva’, y ésta indica que en este caso ‘no puede el Juez de tutela sustituir’ a las autoridades en el cumplimiento de la demolición decretada ‘por cuanto la acción de tutela no va dirigida contra ellos’(las subrayas son de la Sala), mal puede afirmarse, como lo sugieren los peticionarios, que haya duda sobre si hay que hacer o no la demolición, o si es el Juez el que aquí la ordena o lo son las autoridades administrativas o judiciales, los encargados de ejecutarlas. Puesto que, se repite, aquellas expresiones contienen un claro entendimiento sobre el particular, que, por lo tanto, no requieran ningún pronunciamiento”*. (las comillas y las expresiones subrayadas corresponden a la providencia original de la Corte Suprema de Justicia).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera.- Competencia

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate

El presente asunto consiste en determinar si las obras civiles realizadas por un particular, encaminadas a represar el agua de una quebrada, en su propio predio, han configurado la vulneración de derechos fundamentales de quienes residen en predios vecinos.

Los actores señalan que con las obras que adelantó el demandado, se obstruyó el cauce normal de la quebrada, de cuyas aguas, habitualmente, por más de 20 años, se han beneficiado, pues en el sector nunca ha existido acueducto.

Manifiestan que las autoridades administrativas competentes para esta clase de asuntos (Alcaldía de La Calera y la Corporación Autónoma Regional) han proferido numerosos actos administrativos, en los que se ha impuesto sanciones al demandado por haber realizado las obras sin los debidos permisos (fotocopias de estas resoluciones obran en el expediente), y, a pesar de que se les ha dado la razón, el problema subsiste, y a su predio no llega el agua de la quebrada. Quebrada sobre la cual la Corporación Autónoma Regional le otorgó una concesión de aguas a la demandante Yvonne Vélez, mediante resolución Nro. 358 de 1995, para satisfacer las necesidades de uso doméstico en el predio de su propiedad.

Por su parte, el demandado aduce que sobre la quebrada objeto de esta tutela, la demandante no tiene un derecho cierto e incontrovertible, pues no suministró los documentos que le

exigió la entidad, planos y memorias técnicas, para obtener el derecho que reclama. Como prueba de ello, acompañó una certificación de la CAR en este sentido. (folios 155 y 156 del segundo cuaderno).

También, manifestó el demandado en la impugnación, que la quebrada no tiene durante todo el año agua, que se trata de una quebrada de invierno, es decir, la parte actora no puede pretender que sean las obras que adelantó el señor Estrada, la razón de la carencia de agua, o que, por dichas obras, el agua llegue contaminada, puesto que la contaminación ocurre al pasar la quebrada por en un predio anterior al del demandado. Además, la represa ya se encontraba hecha desde antes de que el demandado hubiera adquirido el predio, y las obras de reparación del muro, las debió realizar como consecuencia de una falla que el mismo muro presentaba. Los demandantes cuentan con otros medios de defensa que han utilizado, acciones penales y administrativas, por lo que no se puede hablar de que se encuentren en estado de subordinación o de indefensión frente al demandado. Afirma, que existe un acueducto veredal, de donde se surten de agua tanto los demandantes como el demandado, asunto que fue probado con testigos en el proceso penal. En consecuencia, se está frente a un asunto litigioso privado, en donde no se están discutiendo derechos fundamentales.

Expuestos así el objeto de esta tutela y los argumentos generales de las partes, hay que señalar que se encuentran en discusión numerosos asuntos, algunos ajenos a ser dirimidos por la acción de tutela, y otros en los que sí están involucrados derechos fundamentales. Solo a estos últimos se referirá la tutela.

En consecuencia, no será objeto de análisis, si los demandantes cumplieron o no con las condiciones para obtener la concesión de agua de la quebrada cuya privación originó esta tutela, pues tal circunstancia no cambia la naturaleza de que se está frente a un bien de uso público, conforme a lo dispuesto por el artículo 5o., literal b), del Decreto 1541 de 1978, que dice: *“Son aguas de uso público : b) Los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales de modo permanente o no”*. Tampoco se referirá a lo relacionado con los aspectos ambientales o de paisaje, pues, a pesar de que han podido ser objeto de cargos por parte de las autoridades respectivas, a tales autoridades compete su protección, y sobre ellos no es procedente ahora la acción de tutela. Para ello, la Constitución estableció herramientas como las acciones populares o de cumplimiento, según el caso (arts. 87 y 88 de la Constitución Política).

En cambio, se analizará si como producto de las obras que represan la quebrada, construidas por el demandado en su predio, se causa un perjuicio a los demandantes, y si tal perjuicio llega a afectar sus derechos fundamentales. Y si hay prueba de ello. Del resultado de este punto, se resolverá si procede la tutela contra un particular.

Para ello, en primer lugar, habrá que despejar los siguientes interrogantes : ¿existe acueducto en el lugar o no? y, en consecuencia ¿la interrupción del agua de la quebrada genera vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes?

En el expediente hay opiniones encontradas sobre la existencia del acueducto. Los demandantes, en el escrito de tutela, dicen que no existe. El demandado, por su parte, señala que según pruebas de testigos en el proceso penal, los vecinos, incluido el propio demandante, *“deben tomar su agua de un acueducto que existe en la vereda”* (folio 100 del 2o. cuaderno).

Sin embargo, en la propuesta de los expertos contratados por el demandado para presentar ante las autoridades ambientales, en el denominado “*Plan de restauración de la quebrada de invierno*”, expediente Nro. 557, de 1998, en el punto correspondiente a “sistema de acueducto” se lee :

“No se cuenta con un sistema de acueducto veredal, los predios de la vereda se abastecen principalmente del río Teusacá, donde las condiciones topográficas lo permiten y de una red de quebradas de invierno las cuales llegan a reservorios ya sean individuales o comunales, como sucede a unos 100 m del predio San Angel, donde se tiene un gran reservorio el cual recibe la afluencia de tres quebradas de invierno y abastece a unas 10 familias y su uso se centra en el riego y doméstico (...) el agua de consumo de la zona es abastecida por botellones de agua cristal” (folio 168, del 2o. cuaderno) (se subraya)

Sea como fuere la existencia o no del acueducto, lo que sí resulta innegable es que en el sitio en donde se suscita el problema, el agua es un recurso natural más escaso que lo que sucede en otros lugares del país. Por lo que el recurso natural sobre cuya privación se alega por los actores en la presente tutela, es un bien escaso y vital. Entonces, si por obra de otros, se priva injustamente a quienes de él se beneficiaban, se está en presencia de la vulneración de derechos fundamentales y del abuso del derecho (art. 95, numeral 1 de la Constitución : “*Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”)

Estos temas han sido tratados en otras oportunidades por esta Corte, y a las consideraciones de entonces es oportuno remitirse. En la sentencia T-232 de 1993, se protegió el derecho a la vida, al ordenar que la utilización prioritaria de un río fuera para consumo humano. En la sentencia T-244 de 1994, la Corte se refirió a la construcción de obras de aprovechamiento del agua por parte de particulares. Allí se dijo que “*el cauce de la quebrada se ha visto afectado por la construcción de una obra de represamiento de las aguas por parte de los accionados*” y este hecho “*los beneficia en forma desproporcionada e injusta.*” Y, en consecuencia, “*No puede concebirse cómo una comunidad pueda verse desmejorada en sus derechos, y en particular en cuanto al disfrute y uso del agua, en detrimento de un usuario. Esto desconoce los principios de igualdad y no discriminación que consagra el artículo 13 de la Carta Política.*” (sentencia T-244 de 1994, M.P., doctor Hernando Herrera Vergara).

También, en la sentencia T-375 de 1996, la Corte abordó el tema concreto de la privación del consumo del agua a otros, y dijo, en lo pertinente :

“No cabe duda de que la persona que en virtud de su poder jurídico o material, esté en condiciones de privar de agua a una entera comunidad o de sujetarla a acceder a una fuente de agua altamente contaminada y peligrosa para su salud y vida, se encuentra en una situación de supremacía y contra él pueden entablarse acciones de tutela si con sus acciones injustamente afecta o amenaza derechos fundamentales. En este orden de ideas, el sujeto titular de tamaño poder no puede obrar con la lógica absoluta de señor y dueño, pues junto a sus derechos derivados de la ley civil, se encuentra vinculado por el respeto de los derechos fundamentales.” (sentencia T-375 de 1996, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Queda, pues, claro que cuando ha habido un abuso de los derechos y, concretamente, si está de por medio un recurso natural vital y escaso, como es el agua, la acción de tutela es

procedente, tal como en su oportunidad lo señalaron los jueces de instancia en esta tutela, por las razones allí aducidas que la Sala comparte, y a las que sólo agregará algunas consideraciones adicionales que estima pertinentes.

Tercera.- Análisis de si existe relación entre las obras que realizó el demandado y el perjuicio que aducen los actores, que involucra derechos fundamentales.

En el presente caso, hay pruebas de que el demandado ha realizado unas obras en su predio, que, al decir de los demandantes, obstruyen el cauce natural de la quebrada de la cual durante muchos años se han beneficiado.

Dentro de las pruebas, además de la inspección practicada por el Magistrado ponente en la decisión de primera instancia, existen las resoluciones expedidas por la Corporación Autónoma Regional sobre este asunto. En lo que toca a esta acción de tutela, se verá lo pertinente de estos actos administrativos.

- Resolución de la CAR, Nro. 102 de 16 de abril de 1998, *“por la cual se inicia un trámite administrativo ambiental de carácter sancionatorio, se formulan cargos, se impone una medida preventiva y se adoptan otras determinaciones”* contra Alejandro Estrada. (folios 3 a 6, 2o. cuaderno). En esta resolución se impuso la suspensión de las obras relacionadas con la construcción de la casa de habitación y el reservorio. Se requirió al señor Estrada que en el término de 15 días *“restituya el cauce de la quebrada alterado por la construcción del dique y presente a la Corporación el Plan de Manejo, para la mitigación del impacto ambiental y recuperación de las rondas de la quebrada afectada.”* (folio 6, 2o. cuaderno)

- Mediante resolución Nro. 250 del 31 de agosto de 1998, *“por la cual se resuelve un recurso de reposición”*, la CAR decidió no reponer lo decidido en la resolución Nro. 102, arriba citada. Dentro de las motivaciones para confirmar las medidas preventivas y sanciones contra el señor Estrada Villegas, en lo que tiene que ver con la presente tutela (privación del agua de la quebrada), se transcribe lo siguiente:

“Que por lo anterior, mediante Auto 243 de mayo 13 de 1998, esta Corporación [Corporación Autónoma Regional] decretó de oficio la práctica de la inspección ocular en comento, la que se realizó el día 19 de mayo del año en curso [1998] y de la cual se puede extractar lo siguiente con ocasión de la misma :

“- El término correntía no se puede aplicar a los dos cuerpos hídricos existentes en el predio Lote Nro. 5, debido a que éstos dan origen a la conformación de una quebrada; el sitio de confluencia de esta fuente, coincide con el lugar en donde se construyó el reservorio, razón por la cual no puede observarse directamente, debido a que las condiciones originales fueron modificadas.

“- Sobre el cauce del ramal norte de la quebrada, se construyó la estructura de una parte de la vivienda (...). No se interfirió el flujo de la quebrada con la construcción de esta estructura.

“- (...)

“- *Aun cuando la fuente hídrica, conduzca un caudal muy pequeño, y su cauce se seque en épocas de verano intenso, continúa siendo una fuente de uso público y se le debe dar el mismo tratamiento ambiental, dado a una quebrada de mayor magnitud.*

“- (...)”

“- *La existencia de un represamiento de las aguas de la quebrada, al momento de adquirir el predio por parte del señor Estrada, no justifica la conducta de los nuevos propietarios en cuanto a la ejecución de obras mayores sobre el cauce de la misma, sin obtener los permisos ambientales requeridos.*” (folios 20, vuelto y 21 del 2o. cuaderno) (se subraya)

Más adelante, en la misma Resolución de la CAR, señaló:

“Que además de las afectaciones arriba relacionadas, por la construcción del embalse (reservorio), sobre el cauce de la quebrada Sin nombre dentro del predio de propiedad de los señores Alejandro Estrada y Paola Turbay Gómez; los principales impactos ambientales generados fueron:

“- Alteración de las condiciones naturales del cauce de la quebrada.

“- Modificación al paisaje.

“- Interrupción del flujo hídrico de la quebrada.

“- Provocación de temor entre los vecinos localizados aguas abajo, debido a la incertidumbre en cuanto a la estabilidad del dique de represamiento” (folio 21 del 2o. cuaderno) (se subraya)

- Resolución nro. 402, del 13 de noviembre de 1998, “*por la cual se impone una multa y se toman otras determinaciones*”. En el artículo 1o. de la parte resolutive, se impone al señor Estrada Villegas una multa de \$4'000.000,00. En el artículo 5o. se le advierte sobre la obligación de cumplir lo dispuesto en la resolución 102, en caso contrario, se le continuarán imponiendo multas hasta de \$11'387.600,00, cada una.

Aunque las autoridades ambientales competentes tienen conocimiento del asunto y han procedido de acuerdo con sus funciones, imponiendo sanciones, y emitiendo órdenes de suspensión de las obras, lo cierto es que el agua de la quebrada está interrumpido, lo que deja sin el líquido para uso doméstico a quienes, como los demandantes, se encuentran aguas abajo del predio del demandado. Y el hecho de que el demandado, después de haber iniciado las obras sin autorización y haber sido objeto de las sanciones correspondientes, haya presentado ante las autoridades ambientales un plan de restauración de la quebrada y los proyectos para que las obras civiles le sean autorizadas, no varía en nada la situación de vulneración de derechos fundamentales, de quienes interpusieron la tutela.

Todas las razones anteriores, explican porque es procedente conceder, en este caso, la acción de tutela contra un particular, pues, verdaderamente los demandantes se encuentran, frente al demandado, en estado de indefensión. Cabe recordar lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre esta situación: “*La persona depende literalmente de la otra en el orden fáctico, de tal modo que le resulta imposible evitar que lleve a cabo los actos violatorios o que cese en la omisión que repercute en la lesión de la cual se queja. En ese sentido, la tutela viene a ser el único medio jurídico a disposición del individuo para invocar ante la administración de justicia, con posibilidad de efectos prácticos, las garantías básicas que en abstracto le reconoce la Constitución*”. (sentencia T-293 de 1994, M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Por ello esta Sala comparte la consideración principal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se revisa, al señalar:

“(...) aparece claro que por acción unilateral del accionado se ha producido la afectación al medio ambiente sano, y como consecuencia de ello se ha afectado a los demandantes y a otros moradores, de una parte, por la supresión de la posibilidad de aprovecharse de las aguas, incluso para el consumo humano, derecho este concreto que se le impide su disfrute y que es independiente de la existencia de acueducto de Bogotá y de la titularidad que se tenga sobre los predios. Y de la otra, porque con aquel deterioro de las aguas represadas por el accionado, también se amenaza la salud de las personas y animales que empleen sus aguas contaminadas, lo cual no deja de serlo por la preclusión penal, pues, como ahora se repite, tal riesgo de contaminación y deterioro a la salud fue generado o, por lo menos incrementado, por el represamiento de aguas atribuida y reconocida por el accionado. A todo lo cual se le agrega el temor de los vecinos, incluyendo a los accionantes, por la estabilidad de las construcciones” (folios 26 y 27 del 1er. cuaderno).

Además, esta Sala también participa de la opinión de la Corte Suprema de Justicia de revocar la orden del *a quo* de demoler las obras que represan el agua de la quebrada, pues tal decisión debe ser adoptada por las autoridades ambientales competentes. Sin embargo, habrá de hacer las siguientes precisiones.

No obstante que se confirmará la protección otorgada por el *ad quem*, la Corte Constitucional considera que para que la tutela que la concedió sea verdaderamente cumplida, hay que modificarla en dos aspectos: primero, se debe establecer un término para su cumplimiento, y, segundo, la orden que se imparta, debe ser precisa, en el sentido de que **el cauce de la quebrada se debe restablecer a la mayor brevedad posible**. Para ello se ordenará la intervención de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, que es la autoridad administrativa que tiene el conocimiento técnico y científico para garantizar la eficacia y cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia, máxime si se tiene en cuenta que ante esa entidad se ha surtido la actuación administrativa correspondiente. En consecuencia, el demandado se pondrá a disposición de la Corporación Autónoma Regional para realizar, por su cuenta, las obras necesarias encaminadas a restablecer, inmediatamente, el cauce de la quebrada. La Corporación será la encargada de determinar si para ello el demandado deberá demoler alguna represa, o muro, realizar obras civiles, poner algunos tubos, etc.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de la Corte que se revisa, pero se modificará la orden para que su cumplimiento sea efectivo y armónico con las competencias de las autoridades administrativas ambientales.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de fecha tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la acción

T-309/99

de tutela presentada por Yvonne Vélez Osorio y Fernando de Jesús Borrero Buenaventura contra Alejandro Estrada Villegas, con la adición de que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, el demandado se pondrá a disposición de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, para que con su colaboración y por su cuenta, se dé cumplimiento a las decisiones y actuaciones que adopte esa Corporación en orden a que se restaure, a la mayor brevedad, el cauce la quebrada a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Por la secretaría general de la Corte, enviar copias de esta sentencia a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y a la Alcaldía del municipio de La Calera.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-310

mayo 6 de 1999

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Definición

Puede definirse la autonomía universitaria como la capacidad de autoregulación filosófica y de autodeterminación administrativa de la persona jurídica que presta el servicio público de educación superior. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la autonomía universitaria es un principio pedagógico universal que permite que cada institución tenga su propia ley estatutaria, y que se rija conforme a ella, de manera que proclame su singularidad en el entorno”.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Vertientes

Podemos deducir dos grandes vertientes que definen el contenido de la autonomía de las instituciones educativas superiores. De un lado, la dirección ideológica del centro educativo, lo cual determina su particularidad y su especial condición filosófica en la sociedad pluralista y participativa. Para ello la universidad cuenta con la potestad de señalar los planes de estudio y los métodos y sistemas de investigación. Y, de otro lado, la potestad para dotarse de su propia organización interna, lo cual se concreta en las normas de funcionamiento y de gestión administrativa, en el sistema de elaboración y aprobación de su presupuesto, la administración de sus bienes, la selección y formación de sus docentes. Se colige que el contenido de la autonomía universitaria se concreta especialmente en la capacidad libre para definir sus estatutos o reglamentos, los cuales deben ser respetados por toda la comunidad educativa, lo que incluye a los alumnos y a las directivas de la institución.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Límites

La autonomía universitaria no es soberanía educativa, pues si bien otorga un margen amplio de discrecionalidad a la institución superior le impide la arbitrariedad, como quiera que “únicamente las actuaciones legítimas de los centros de educación superior se encuentran amparadas por la protección constitucional”. La autonomía universitaria encuentra límites claramente definidos por la propia Constitución, a saber: a) la enseñanza está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República; b) la prestación del servicio público de la educación exige el cumplimiento estricto de la ley. Por ende, la autonomía universitaria no excluye la acción legislativa, como quiera que ésta “no signifi-

T-310/99

ca que haya despojado al legislador del ejercicio de regulación que le corresponde”; c) el respeto por los derechos fundamentales también limita la autonomía universitaria. A guisa de ejemplo encontramos que los derechos laborales, el derecho a la educación, el debido proceso, la igualdad, limitan el ejercicio de esta garantía.

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Posibilidad de fijar fechas límites para pagos y matrículas de alumnos

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Posibilidad de regular aspectos administrativos y presupuestales/**ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO**
-Posibilidad de regular aspectos administrativos y presupuestales

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Discrecionalidad para autorizar matrículas extemporáneas no es absoluta

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Medida destinada a organizar los pagos es razonable y útil

DERECHO A LA EDUCACION-Incumplimiento de cancelación oportuna del crédito por alumno matriculado

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cobro de obligaciones económicas debidas a institución educativa

Referencia: Expedientes T-182.270 y acumulados.

Accionantes: Priscila Cruz Torrado y otros.

Temas:

Principio de plena capacidad de decisión de las universidades y sus límites.

Autonomía universitaria presupuestal y derecho a la igualdad del estudiantado.

Criterios objetivos para justificar la diferencia entre los alumnos.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Séptima de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa, y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de las acciones de tutela identificadas con los números T-182.270, T-183.120, T-185.580, T-187.582, T-187.682, T-190.311, T-191.649, T-192.952, T-192.974 y T-195.147 (acumulados), y que fueron instauradas por Priscila Cruz Torrado, Martha Nelly Santana Bravo, Eyiceth Avendaño Curaca, Pedro Elías Betancourt Rodríguez, Juan Carlos Cantor Varela, Rosa Inés Velásquez Velásquez, Alfonso Montoya Sepúlveda, Luis Hernando Alvarez Supelano, José Vicente Guzmán Montana y Hilbar Yazo Espinoza, respectivamente, en contra de la Corporación Universidad Libre.

LANTECEDENTES

1. Los hechos en los expedientes T-182.270, T-183.120, T-185.580, T-187.582, T-187.682, T-190.311, T-191.649, T-192.952, T-192.974.

- Los accionantes cursan, en la jornada nocturna, los últimos años de la facultad de derecho, en la Universidad Libre.

- La Universidad dispuso como fecha límite para el pago de las matrículas ordinarias el 30 de diciembre de 1997 y para matrículas extraordinarias el 9 de enero de 1998. No obstante, en respuesta a la petición elevada por los representantes de los estudiantes, las directivas del claustro decidieron ampliar el plazo extemporáneo hasta el 11 de marzo de 1998.

- Por problemas económicos, los accionantes no pudieron atender el pago en el plazo máximo fijado por la universidad, por lo que recurrieron al secretario académico y al síndico de esa entidad para que autorice el pago extemporáneo, pero ellos negaron la petición.

- Como consecuencia de ello, entre los meses de abril y mayo de 1998, los estudiantes solicitaron autorizaciones de pago y de matrículas al Consejo Directivo y a la Consiliatura de la universidad, quienes negaron las peticiones. En efecto, en el acta número 12 del 17 de junio de 1998 proferida por este último estamento, se lee una larga discusión de los consiliarios en torno a situación de los estudiantes. Sin embargo, nueve de los once votos negaron las matrículas extemporáneas, por razones de organización interna de la universidad.

- Los estudiantes y las directivas de la universidad coinciden en afirmar que, en años anteriores, era costumbre autorizar matrículas durante todo el semestre, por lo que no se tenía en cuenta el calendario establecido por la universidad. En efecto, al expediente se allegan varias copias de autorizaciones de matrículas extraordinarias aprobadas en el año de 1997, en fechas bastante lejanas al inicio de clases ordinarias. Sin embargo, la universidad afirma que esa costumbre no se presentó en el año de 1998, como quiera que las “decisiones afectaron el manejo presupuestal y financiero de la institución, y además rompían la disciplina organizacional, necesaria en instituciones universitarias como la nuestra”.

- Pese a la afirmación de la universidad de que no se presentaron matrículas extraordinarias en 1998, los estudiantes allegan copia del recibo de pago del estudiante Edgar Humberto Munar Tome, de fecha 27 de marzo de 1998. La institución educativa afirma que esa única situación se autorizó porque el alumno planteó el inconveniente que se le presentó con el

T-310/99

cheque destinado a pagar la matrícula, pues ese título valor, que fue expedido por la entidad donde labora, había sido girado con sello restrictivo a su nombre y no procedía la consignación a nombre de la universidad. Por ello, el alumno planteó su problema en tiempo y presentó el cheque, antes de la fecha máxima establecida por la universidad, por lo que se consideró que se “trataba de un imponderable que ameritaba en justicia conceder un plazo para que el estudiante en mención adelantara el trámite de hacer efectivo el cheque y luego procediera a cancelar”.

- Los accionantes afirman que confiaban en que el año lectivo de 1998, también existiría la prerrogativa que había hecho carrera en la universidad. Por ello, los estudiantes continúan asistiendo a clases, entregan oportunamente talleres, tareas y son calificados extraoficialmente por los profesores, pero no figuran en las listas oficiales ni en el registro académico de la universidad. Al respecto, la institución académica afirma que, de acuerdo con el reglamento, la asistencia a clases no es suficiente para adquirir la calidad de estudiante, pues esta sólo se adquiere cuando se registra la matrícula correspondiente.

- De manera puntual, la universidad manifiesta que no podía autorizar, especialmente, las matrículas de la alumna Priscila Cruz Torrado, como quiera que tenía pendiente un crédito con la institución educativa que venció el 20 de marzo de 1997. En la misma situación se encontraba la estudiante Eyiceth Avendaño Curaca, cuyo vencimiento de la letra de cambio fue el 16 de abril de 1997 y Rosa Inés Velásquez Velásquez, quien tenía crédito vencido desde el 30 de abril de 1996.

2. Hechos en el expediente T-195.147

En razón a que las circunstancias fácticas que se plantean en el expediente T-195.147 presentan particularidades que difieren de los anteriores procedimientos, esta Sala de Revisión procede a resumirlos separadamente.

- El accionante es alumno de la facultad de derecho de la Universidad Libre. Para efectos de matricularse al 4° año de su carrera, el 6 de febrero de 1998 consignó la suma de \$ 800.000 y firmó un pagaré por la suma restante que debía cancelarla como fecha máxima el 23 de mayo de 1998.

- Por lo anterior, la universidad expidió el carné que lo acredita como estudiante de esa institución, el cual vencería hasta el 30 de diciembre de 1998. Sin embargo, no autorizó la firma de la matrícula sino hasta tanto cancele la suma que garantizó con el título valor en mención.

- El estudiante asistió a clases regularmente y cumplió con sus obligaciones académicas, durante todo el año lectivo.

- En razón a problemas económicos, el accionante no pudo cancelar oportunamente el monto a que se había obligado mediante el título ejecutivo. Por ello, en el mes de octubre de 1998 se dirigió al síndico de la universidad, para efectos de legalizar su matrícula y pagar el saldo adeudado, con los correspondientes intereses. Sin embargo, la matrícula no fue autorizada, por extemporánea.

3. Las Solicitudes

Los estudiantes estiman violados sus derechos constitucionales a la igualdad, educación y libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, solicitan que se ordene a la Universidad Libre que compulse la orden de pago de matrícula para cursar el año lectivo correspondiente. Igualmente, ordene la inclusión de los nombres de los accionantes en el registro académico, listas oficiales y que las notas obtenidas en el transcurso del tiempo cursado sean tenidas en cuenta por la universidad.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

2.1. Las acciones de tutela radicadas con los números T-183.120, 192.952, T-190.311, T-187.582, T-192.974, fueron concedidas en primera instancia por los juzgados 2º, 12, 38, 12 y 36 civiles del circuito de Santa Fe de Bogotá, respectivamente. Los argumentos de estos fallos son los mismos, por lo cual se resumen de manera general así:

- La tutela es formalmente procedente, por cuanto se cumple con los requisitos de la acción de tutela frente a particulares que consagra el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

- La Universidad Libre no tiene parámetros fijos para aceptar o rechazar una solicitud de pago extemporáneo, ni para determinar en que periodos académicos autoriza o rehusa las matrículas especiales a que tenía acostumbrados a los alumnos. Por lo tanto, la universidad evidenció un trato discriminatorio en detrimento de los actores que debe evitarse por vía de tutela.

- Así mismo, se considera incomprensible que “se le permite asistir a la universidad y participar en las actividades académicas al ciudadano promotor de la acción de tutela, conservando el viejo espíritu de la ya legendaria “Escuela Libre De Derecho”, de un momento a otro, para modificar una costumbre imperante en años anteriores, se prive a un estudiante ... de la posibilidad de continuar con sus estudios de Derecho” (Sentencia del 18 de septiembre de 1998 proferida por el Juzgado 12 Civil del Circuito)

- El derecho a la educación prevalece sobre otras consideraciones administrativas y financieras de la universidad, razón por la cual también se transgrede este derecho fundamental.

- La universidad debe tener en cuenta la especial condición económica por la que atraviesa el país, la cual no es indiferente para el estudiantado.

Con base en las anteriores consideraciones los jueces de primera instancia ordenaron que la accionada expida orden de pago de matrícula, incluyan como alumnos regulares de la universidad a cada uno de los actores y que el centro educativo tenga en cuenta las calificaciones obtenidas a lo largo del periodo lectivo de 1998.

2.2. Por su parte, las sentencias de primera instancia proferidas por los juzgados 24, 26, 4 y 11 civiles del circuito de Santa Fe de Bogotá y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvieron negar las acciones de tutela contenidas en los expedientes T-187.682, 182.270, T-185.580, T-192.952 y T-191.649, respectivamente. Las decisiones se fundamentaron en las siguientes consideraciones:

- No existe vulneración de ningún derecho fundamental, pues la conducta de la universidad no sólo se rige por lo establecido en el reglamento, sino que obedece al incumplimiento de una obligación contractual.

- La universidad no transgrede el derecho a la igualdad, como quiera que las situaciones que los actores comparan obedecen a situaciones fácticas diferentes que no exigen el mismo trato jurídico, pues cotejan dos años diferentes.

- No existe vulneración del artículo 67 superior, puesto que aquel solo se adquiere cuando una persona goza de la calidad de estudiante, esto es cuando paga el valor y firma la matrícula correspondiente, de acuerdo con lo expresado en el artículo 23 del reglamento de la Universidad Libre. Así mismo, la educación tiene un doble carácter, es un derecho y un deber que incluye la obligación de pagar oportunamente el costo del servicio público de la educación.

- La fijación de fechas para el pago ordinario y extraordinario de las matrículas, es una facultad de la institución educativa que se fundamenta en la autonomía universitaria que ampara el artículo 69 de la Constitución.

2.3. Todas las decisiones de primera instancia, excepto la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente T-191.649, fueron impugnadas, por lo que conoció en segunda instancia la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. El *ad quem* unificó las decisiones de primera instancia y, en varios fallos, decidió negar todas las acciones de tutela. Los argumentos centrales de su posición se resumen a continuación:

- No existe amenaza ni vulneración del derecho a la igualdad, como quiera que la universidad justificó la diferencia de trato en la autorización de matrículas extraordinarias para el año de 1998, respecto de años anteriores. Igualmente, consideró que la carga de la prueba de la discriminación corresponde a los actores, quienes no pudieron demostrar que en el año de 1998 se haya presentado situaciones desiguales para hechos idénticos.

- Los jueces de tutela no pueden imponer un trámite en el proceso de matrículas de una institución superior, pues ello implicaría desconocimiento de la autonomía universitaria. Así pues, si la accionada tiene la potestad de elaborar y establecer su organización interna, en razón a la potestad constitucionalmente asignada, corresponde únicamente a la institución evaluar las condiciones específicas para autorizar las matrículas extemporáneas.

- En razón a que el derecho a la educación es también un deber, la universidad puede exigir el cumplimiento de cargas económicas impuestas por la prestación del servicio.

- La situación de los actores obedece a consecuencias de una conducta omisiva que es contraria al reglamento de la universidad. Razón por la cual, la decisión de las directivas de la entidad es constitucionalmente admisible.

IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión

2. El calendario académico de la Universidad Libre para 1998, señaló las fechas límite para matrículas, pero debido a problemas económicos, los accionantes no pudieron pagar oportunamente. Por ello se dirigieron a las directivas del centro educativo para que autoricen los pagos extemporáneos, como era costumbre en años anteriores. Sin embargo, en esa oportunidad la universidad determinó no aceptar esas peticiones, pues los desembolsos fuera de los términos establecidos afectaron el manejo presupuestal y financiero de la institución. Según criterio de los actores y de algunos jueces de primera instancia, la Universidad transgredió sus derechos a la igualdad y a la educación, como quiera que se tomaron decisiones diferentes respecto de años anteriores y, en especial de un alumno en el año de 1998, lo cual antepone el interés económico del claustro frente al derecho a la educación. Por su parte, la universidad, algunos jueces de primera instancia y el juez de segunda instancia, consideraron que la decisión de las directivas no sólo no vulnera ningún derecho fundamental, sino que está sustentada en la garantía constitucional de la autonomía universitaria.

Vale la pena aclarar que la situación fáctica de la tutela T-195.147 varía respecto de la anotada en precedencia, por cuanto el actor abonó en efectivo y firmó un pagaré que respalda la deuda, antes de las fechas límites fijadas por la universidad, por lo que además la accionada expidió el respectivo carné que lo identifica como miembro de la comunidad educativa. El actor no pagó oportunamente la obligación que adquirió en el título valor, por lo que la entidad se negó a realizar la matrícula respectiva y a calificar oficialmente al accionante.

Por lo expuesto, esta Sala de Revisión deberá resolver si la nueva decisión de la institución educativa de no aceptar pagos extemporáneos, vulnera los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad de los actores. O, si por el contrario es una facultad propia de la autonomía universitaria. Para ello, se estudiará el contenido, la finalidad y los límites de la autonomía universitaria, en especial frente a los derechos a la educación e igualdad de los alumnos. Así mismo, se examinará, de manera especial, el caso planteado en la acción de tutela T-195.147. Finalmente, se realizará un análisis sistemático del tema en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Naturaleza, contenido y límites de la autonomía universitaria

3. El artículo 69 de la Constitución de 1991 reconoce en forma expresa la autonomía de los centros de educación superior, como una garantía institucional que busca preservar la libertad académica y el pluralismo ideológico, en los cuales se fundamenta nuestro Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º). Por consiguiente, esta facultad o atributo colectivo de la institución es independiente pero inescindible de derechos subjetivos, que en ocasiones la complementan y en otras la limitan. Así pues, la autonomía universitaria se relaciona íntimamente con las libertades de cátedra, enseñanza, aprendizaje e investigación (C.P. art. 27), con los derechos a la educación (C.P. art. 67), al libre desarrollo de la personalidad (C.P. 16) y a escoger libremente profesión u oficio (C.P. art. 26); lo cual explica porque en algunas circunstancias puede ser vista como una garantía y en otras como un “derecho limitado y complejo”¹.

4. En este contexto, puede definirse la autonomía universitaria como la capacidad de autoregulación filosófica y de autodeterminación administrativa de la persona jurídica que

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-574 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-237 y T-515 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

presta el servicio público de educación superior. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la autonomía universitaria es un principio pedagógico universal que permite que cada institución tenga su propia ley estatutaria, y que se rija conforme a ella, de manera que proclame su singularidad en el entorno”². Por consiguiente, podemos deducir dos grandes vertientes que definen el contenido de la autonomía de las instituciones educativas superiores. De un lado, la dirección ideológica del centro educativo, lo cual determina su particularidad y su especial condición filosófica en la sociedad pluralista y participativa. Para ello la universidad cuenta con la potestad de señalar los planes de estudio y los métodos y sistemas de investigación. Y, de otro lado, la potestad para dotarse de su propia organización interna, lo cual se concreta en las normas de funcionamiento y de gestión administrativa, en el sistema de elaboración y aprobación de su presupuesto, la administración de sus bienes, la selección y formación de sus docentes.

De lo expuesto, se colige claramente que el contenido de la autonomía universitaria se concreta especialmente en la capacidad libre para definir sus estatutos o reglamentos, los cuales deben ser respetados por toda la comunidad educativa, lo que incluye a los alumnos y a las directivas de la institución.

5. Ahora bien, por regla general la universidad se rige por el principio de plena capacidad de decisión, lo cual implica un grado importante de acción libre de injerencia legislativa y judicial, necesaria para desarrollar un contenido académico que asegure un espacio independiente del conocimiento, la capacidad creativa y la investigación científica. Sin embargo, ello no significa que esa prerrogativa es ilimitada, ni que el legislador está impedido para configurar la autonomía, ni que le está vedado a la jurisdicción la salvaguarda de la ley y de la Constitución. Por consiguiente, la autonomía universitaria no es soberanía educativa, pues si bien otorga un margen amplio de discrecionalidad a la institución superior le impide la arbitrariedad, como quiera que “únicamente las actuaciones legítimas de los centros de educación superior se encuentran amparadas por la protección constitucional”³.

En este orden de ideas, la autonomía universitaria encuentra límites claramente definidos por la propia Constitución, a saber: a) la enseñanza está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República (C.P. arts. 67 y 189-21); b) la prestación del servicio público de la educación exige el cumplimiento estricto de la ley (C.P. art. 150-23). Por ende, la autonomía universitaria no excluye la acción legislativa, como quiera que ésta “no significa que haya despojado al legislador del ejercicio de regulación que le corresponde”⁴; c) el respeto por los derechos fundamentales también limita la autonomía universitaria. A guisa de ejemplo encontramos que los derechos laborales⁵, el derecho a la educación⁶, el debido proceso⁷, la igualdad⁸, limitan el ejercicio de esta garantía.

6. Ahora bien, en razón a que la autonomía universitaria no es una prerrogativa absoluta, surge una pregunta obvia en los casos *sub iudice* dentro del contenido irreductible de la

² Sentencia T-123 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Sentencia T-180 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sentencia C-188 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵ Sentencia C-06 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

⁶ Sentencia T-425 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Sentencias T-492 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. T-649 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Sentencia T-384 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

autonomía de la institución educativa, ¿está la posibilidad de fijar fechas límites para pagos del servicio público que presta? En otras palabras ¿la Universidad Libre podía negar matrículas extemporáneas? La respuesta al interrogante se deduce fácilmente del estudio que se expuso en precedencia: la universidad tiene la posibilidad de regular normativamente aspectos relacionados con el manejo administrativo y presupuestal de la institución. En efecto, el artículo 29 de la Ley 30 de 1992 preceptúa:

“La autonomía de las instituciones universitarias.. estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente ley, en los siguientes aspectos:

(...)

g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 24 del Acuerdo 15 de 1997 o Reglamento estudiantil de la Corporación Universidad Libre dispone:

“Renovación de la matrícula. A fin de darle continuidad a sus estudios, en cada período académico el estudiante debe firmar la renovación de su matrícula y registro académico, pagar los derechos correspondientes y presentar constancia de afiliación a una entidad del régimen de seguridad social.

Parágrafo 1. El estudiante que no renueve la matrícula en el plazo fijado, puede hacerlo extemporáneamente en la fecha que determine el calendario académico, previa comprobación del pago de los derechos de matrícula que establezca la Universidad para estos casos.

Parágrafo 2. El incumplimiento de alguno de los requisitos de renovación de la matrícula implica su inexistencia” (subrayas no originales).

Lo anterior demuestra que existe expresa remisión reglamentaria que dispone como fechas de matrículas, aquellas que determinan las directivas en cada calendario académico. Por lo tanto, la Sala encuentra que si bien, es correcto que el reglamento de la Universidad Libre no prohíbe o niega expresamente “la posibilidad de pagar o matricularse durante el transcurso del año” –argumento expuesto por los actores–, no es menos cierto que esa decisión únicamente corresponde a las directivas de la universidad privada, de acuerdo con la autonomía del centro educativo superior. Ello, por cuanto las políticas generales sobre el manejo presupuestal y administrativo de la universidad privada, en cada período lectivo, corresponde fijarlo a la institución, de acuerdo con cada reglamento.

7. Queda claro entonces que la institución educativa superior puede fijar fechas límites para pagos y matrículas de sus alumnos. No obstante, ¿lo anterior significa que la universidad es absolutamente discrecional para autorizar las matrículas extemporáneas? Para responder esta pregunta, entra entonces la Sala de Revisión a estudiar si se transgredieron los derechos a la educación y a la igualdad de los actores.

Autonomía universitaria, derechos a la educación y a la igualdad.

8. Como se señaló anteriormente, la autonomía universitaria es legítima siempre y cuando no transgreda derechos fundamentales. Entonces, ¿forma parte del contenido protegido del

derecho a la educación la autorización de pagos extemporáneos de las matrículas? Esta Sala de revisión comparte el argumento expuesto por el *ad quem*, según el cual el carácter de deber⁹ del derecho a la educación impone la obligación de pagar oportunamente el costo de la matrícula, pues la determinación de las fechas no corresponde a la autonomía individual del estudiante, sino a una decisión de organización interna de la universidad. Esto es mucho más claro en la educación superior privada, pues según el artículo 68 de la Carta el servicio público de educación podrá prestarse por particulares, en las condiciones que señala la ley y el reglamento. Así, los artículos 109 y 122 de la Ley 30 de 1992 determinan que las instituciones de educación superior podrán exigir como “derechos pecuniarios” los costos de inscripción y matrícula, los cuales deberán regularse en el reglamento estudiantil, lo que incluye obviamente las fechas que determinan el pago oportuno. Por lo tanto, estima la Sala que el sólo hecho de que exista una decisión de las directivas de la universidad de no autorizar matrículas extemporáneas, no transgrede los derechos a la educación ni el de libre desarrollo de la personalidad.

9. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la universidad puede decidir arbitrariamente cuándo autoriza matrículas extraordinarias y cuándo las niega, pues el derecho a la igualdad de los estudiantes vincula a la universidad, como a todos los particulares y a las autoridades públicas (C.P. art. 4º y 13). Un ejemplo claro de lo expuesto, se encuentra en la sentencia T-384 de 1995¹⁰, en donde la Sala de Revisión concedió la tutela contra la Universidad Gran Colombia, como quiera que se evidenció que la institución educativa “no justificó el trato preferencial” que se dio a algunos alumnos en detrimento del accionante en esa oportunidad. En consecuencia, la actuación ilegítima de la universidad, susceptible de reproche judicial, no es el trato diferente sino el trato sin justificación, esto es, el trato arbitrario.

Por lo tanto, la institución educativa superior, en ejercicio de su autonomía, puede aprobar matrículas extraordinarias, si esa decisión se encuentra justificada objetivamente. Así pues, al respecto la jurisprudencia ha dicho:

“Las decisiones arbitrarias, fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, son constitucionalmente rechazadas cuando provienen de un agente cuya situación de predominio, lo coloca en la posibilidad de afectar los derechos y bienes tutelados a las personas respecto de las cuales se ejerce una relación de supraordenación. En estas circunstancias resulta ilegítima la decisión que afecte un derecho fundamental y que no se encuentre amparada por una justificación objetiva y razonable, que no persiga una finalidad constitucionalmente reconocida o que sacrifique en forma excesiva o innecesaria los derechos tutelados por el ordenamiento constitucional”¹¹.

En este orden de ideas, en ejercicio de su autonomía, la universidad puede tratar de manera diferente a los estudiantes que solicitan autorización de pagos extemporáneos, siempre y cuando su decisión se justifique en situaciones objetivas, esto es, en circunstancias susceptibles de verificación que sustenten y expliquen el trato diferente. Sin embargo, debe aclararse que no podría constituir una situación objetiva, la utilización de criterios de diferenciación

⁹ Ver entre muchas otras, las sentencias T-02 de 1992, T-515 de 1995, T-569 de 1994, T-259 de 1998.

¹⁰ Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

¹¹ Sentencia T-180 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no está autorizado el trato diferente cuando su fundamento es la raza, el sexo, el origen nacional o familiar, la lengua, religión u opinión.

10. En este contexto, la Sala debe determinar si lo expuesto por la Universidad Libre para justificar el cambio de actitud, con relación a años anteriores, en lo que tiene que ver con la autorización de matrículas extraordinarias es conforme al artículo 13 superior. Igualmente, se deberá analizar si la universidad discriminó a los actores respecto de un alumno, a quien autorizó el pago posterior a la fecha indicada en el calendario académico.

11. La Universidad Libre sostiene que aplicó con rigidez el reglamento para cambiar una costumbre “malsana” que se presentaba en su interior, por cuanto las anteriores “decisiones afectaron el manejo presupuestal y financiero de la institución”. En efecto, la búsqueda de la estabilidad financiera de la universidad y la necesidad de tener certeza del número de cupos disponibles para nuevos alumnos, constituyen fines constitucionalmente legítimos, como quiera que la institución educativa se encuentra obligada no sólo a propender por la prestación eficiente del servicio (C.P. art. 365), sino a aumentar la calidad de la educación (C.P. art. 68 y literal c) del art. 6° de la Ley 30 de 1992), y dentro de sus posibilidades, a ofrecer el servicio a quienes se encuentren interesados en educarse (C.P. art. 68). Pues bien, la medida adoptada por la universidad es útil para el logro de los fines que se han señalado, como quiera que la calidad y la eficiencia en la educación, en buena medida se obtiene con el cumplimiento oportuno de las obligaciones económicas contraídas con los docentes, con el mantenimiento logístico de las instalaciones y con la prestación del servicio a toda la población educativa, cuya capacidad pueda cumplir el centro universitario, entre otras razones. Por lo tanto, la medida destinada a organizar los pagos, es razonable es útil para el logro de los fines que se persiguen. Y, finalmente, el establecimiento de fechas perentorias para el pago no sacrifica arbitrariamente ni desproporcionadamente valores y derechos constitucionales, lo cual se explica con dos motivos. De un lado, como se dijo en precedencia, el derecho a la educación también lleva implícito un deber, el cual se concreta en la obligación de pagar oportunamente la prestación del servicio público, más aún si éste es proporcionado por particulares (C.P. arts. 68 y 365). Por consiguiente, admitir pagos “a lo largo de todo el año” sacrificaría injusta y arbitrariamente el mismo derecho a la educación eficiente y oportuna de la comunidad educativa. De otro lado, la medida que tomó la universidad, que por demás busca cumplir el reglamento, tampoco sacrifica arbitrariamente el derecho a la igualdad, pues como se explicó en el punto 9° de la parte motiva de esta sentencia, judicialmente sólo es posible reprochar el trato arbitrario de la universidad, lo cual aquí no es dable hacerlo, como quiera que la institución educativa fundamentó objetivamente su decisión, tal y como se explicó anteriormente.

12. Ahora bien, los actores también cuestionan la decisión de la universidad en relación con el estudiante Edgar Humberto Munar Tome, a quien le fue autorizado el pago extraordinario de la matrícula, el día 27 de marzo de 1998, esto es, vencido el término establecido por la institución educativa. En efecto, la universidad manifiesta que la decisión se tomó, en razón a que el estudiante explicó oportunamente su situación y mostró el cheque con que pagaría la matrícula, el cual no había sido girado a la universidad. Por esta razón, la Sala estima que la institución educativa superior esgrime una causa objetivamente válida, como quiera que ella evaluó el grado de confianza en el pago de la matrícula que ofrecía el estudiante, la oportunidad de la presentación del título valor y el inconveniente práctico que se originó por la imposibili-

dad de consignar el cheque directamente a la universidad. Por lo tanto, la universidad justificó, motivó y explicó suficientemente la decisión de autorizar la matrícula al alumno y negarla a los actores. Al mismo tiempo, esta Sala de revisión constató que existieron hechos que permitieron diferenciar al alumno Edgar Hemberto Munar Tome de los accionantes, razón por la cual se negarán la tutelas presentadas por estos hechos.

Autonomía universitaria e incumplimiento de obligaciones pecuniarias adquiridas con la universidad

13. Pese a lo expuesto, la Sala debe aclarar que la situación planteada en la tutela T-195.147 es diferente a las ya analizadas, como quiera que el alumno Hilbar Yazo Espinoza canceló y garantizó oportunamente el valor de la matrícula a que estaba obligado, por lo que la universidad expidió el carné respectivo. Ahora bien, en vista de que el costo de la educación estaba garantizado la universidad no podía negarse a legalizar la matrícula, pues el título valor que se firmó es una forma de pago eficaz y suficiente para obtener el cumplimiento de la obligación pecuniaria.

Por tales razones, esta Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de conceder la acción de tutela de estudiantes que, habiéndose matriculado en un centro educativo, incumplieron la obligación de cancelar oportunamente el valor del crédito y como consecuencia de ello no son evaluados¹², o si lo son se hace con notas que no reflejan la realidad académica del estudiante¹³ o les retienen las calificaciones¹⁴, como quiera que “se impone otorgarle a la educación una condición prevalente ante el derecho del plantel a obtener el pago, ya que una medida que comporte el sacrificio de los propósitos que el proceso educativo persigue en aras de un interés económico, resulta desproporcionada”¹⁵.

En relación con este tema, la Corte ha dicho:

“ante el conflicto entre el derecho del plantel a obtener el pago y el derecho que le asiste al educando de recibir una educación adecuada, integral y completa, se impone otorgarle a la educación una condición prevalente, ya que una medida que comporte el sacrificio de los propósitos que el proceso educativo persigue en aras de un interés económico, resulta desproporcionada”¹⁶.

Por lo tanto, se considera que si el estudiante aseguró la cancelación de la totalidad de la matrícula (ya que el pagaré es una forma de pago), la universidad debía tratarlo igual que a los demás alumnos, pues el mecanismo idóneo para el cobro de la deuda adquirida a favor de la universidad, es un proceso judicial, ajeno y diferente a la sanción académica que la universidad decidió imponer. Por las razones expuestas, se concederá la tutela del derecho a la educación del actor del expediente T-195.147.

¹² Pueden consultarse las sentencias T-019 de 1999, T-760 de 1998, T-452 de 1997

¹³ Sentencia T-425 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁴ Pueden verse las sentencias T-612 de 1997, T-235 de 1996, T-607 de 1995, T-422 de 1998

¹⁵ Sentencia T-171 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁶ Sentencia T-019 de 1999. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto también pueden consultarse las sentencias T-612 de 1992, T-235 de 1996, T-171 de 1998, T-173 de 1998.

Jurisprudencia constitucional sobre autonomía universitaria

14. A manera de sumario se resumirán las subreglas principales que la Corte Constitucional ha esbozado en el tema de la autonomía universitaria, a saber:

a) La discrecionalidad universitaria, propia de su autonomía, no es absoluta, como quiera que se encuentra limitada por el orden público, el interés general y el bien común. Sentencias T-492 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-649 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

b) La autonomía universitaria también se limita por la inspección y vigilancia de la educación que ejerce el Estado. Sentencia C-194 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-547 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-420 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

c) El ejercicio de la autonomía universitaria y el respeto por el pluralismo ideológico, demuestran que los centros superiores tienen libertad para determinar sus normas internas, a través de los estatutos, las cuales no podrán ser contrarias a la ley ni a la Constitución. Sentencias T-123 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-172 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-506 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía, T-515 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

d) Los estatutos se acogen voluntariamente por quienes desean estudiar en el centro educativo superior, pero una vez aceptados son obligatorios para toda la comunidad educativa. El reglamento concreta la libertad académica, administrativa y económica de las instituciones de educación superior. Sentencia C-547 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-237 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

e) El Legislador está constitucionalmente autorizado para limitar la autonomía universitaria, siempre y cuando no invada ni anule su núcleo esencial. Por lo tanto, existe control estricto sobre la ley que limita la autonomía universitaria. Sentencias T-02 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-299 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-06 de 1996 y C-053 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

f) La autonomía universitaria es un derecho limitado y complejo. Limitado porque es un garantía para el funcionamiento adecuado de la institución. Es complejo, como quiera que involucra otros derechos de las personas. Sentencias T-574 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-513 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía.

g) Los criterios para selección de los estudiantes pertenecen a la órbita de la autonomía universitaria, siempre y cuando aquellos sean razonables, proporcionales y no vulneren derechos fundamentales y en especial el derecho a la igualdad. Por ende, la admisión debe corresponder a criterios objetivos de mérito académico individual. Sentencias T-187 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-02 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-286 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-774 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-798 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-019 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

h) Los criterios para determinar las calificaciones mínimas deben regularse por reglamento, esto es corresponden a la autonomía universitaria. Sentencia T-061 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-515 de 1995 y T-196 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

i) Las sanciones académicas hacen parte de la autonomía universitaria. Sin embargo, son de naturaleza reglada, como quiera que las conductas que originan la sanción deben estar previamente determinadas en el reglamento. Así mismo, la imposición de sanciones está sometida a la aplicación del debido proceso y del derecho de defensa. Sentencia T-237 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-184 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de enero de 1999 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-187.682.

Segundo. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de septiembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-182.270.

Tercero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de septiembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-185.580.

Cuarto. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de septiembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-183.120.

Quinto. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de noviembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-192.952.

Sexto. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de noviembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-190.311.

Séptimo. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de octubre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-187.582.

Octavo. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de noviembre de 1998 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del expediente T-191.649.

Noveno. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de noviembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-192.974.

Décimo. **REVOCAR** las sentencias proferidas el 9 de diciembre de 1998 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y, el 9 de noviembre de 1998 por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, dentro del expediente T-195.147. En consecuencia **CONCEDER** la tutela del derecho a la educación del señor Hilbar Yazo Espinosa.

Undécimo. **ORDENAR** que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación de la presente providencia, la Universidad Libre legalice la matrícula del señor Hilbar Yazo Espinosa y, como consecuencia de ello permita ejercer, a plenitud, los derechos y obligaciones del estudiante. De todas maneras se deja a salvo el derecho que le asiste

a la universidad de hacer efectivo, por otro medio de defensa judicial, el cobro jurídico del título valor que a su favor giró el estudiante Hilbar Yazo Espinosa.

Duodécimo. **COMUNICAR** la presente decisión a la Universidad Libre y al Defensor del Pueblo.

Décimo tercero. **LÍBRESE** por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-311

mayo 6 de 1999

DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS- Procedencia excepcional

La Corte ha admitido, de manera excepcional, que el derecho de petición vincula a los particulares. La procedencia de la tutela para exigir al particular que atienda una petición se sujeta a los requisitos contemplados en el artículo 86 de la Carta, esto es: que el particular preste un servicio público o que realice una actividad de interés general y, además, que la negativa a contestar la petición vulnere derechos fundamentales. Así se ha concedido la tutela por violación al derecho de petición cuando la entidad privada se niega a expedir certificados laborales necesarios para acceder a un nuevo empleo, presentándose violación del derecho al trabajo; cuando no entrega información necesaria para tramitar lo concerniente a la pensión, afectándose el derecho a la seguridad social; cuando la entidad financiera no suministra información que permita rectificar información remitida a la central de riesgos del sistema financiero, impidiéndose ejercer el habeas data; cuando la entidad financiera no entrega información relativa al cumplimiento o el estado de sus obligaciones crediticias, colocando en peligro el derecho a una vivienda digna; y, en general, cuando las administradoras de fondos de pensiones, no atienden las solicitudes de pensión.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Resarcimiento de perjuicio materiales por entidad bancaria

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-195612

Peticionario: Gustavo Pinzón González

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)

El señor Gustavo Pinzón González, manifiesta que posee una cuenta corriente en el Banco Popular, oficina principal de Bucaramanga. El día 24 de marzo de 1998 realizó tres operaciones en el cajero automático y cuando recibió el extracto se dio cuenta que le habían debitado dos

veces una misma suma. Presentó reclamo ante el Gerente del Banco el 29 de mayo y el 24 de julio de 1998, y como quiera que no recibió respuesta, se dirigió a la Superintendencia Bancaria el 11 de agosto y tampoco esta entidad le dio respuesta a su situación. En razón a los hechos narrados, el peticionario solicita la protección de sus derechos fundamentales de petición y propiedad, presuntamente vulnerados por el Banco Popular y la Superintendencia Bancaria. Las instancias niegan las tutelas al considerar que existen otros medios de defensa judicial y la situación del peticionario no se encuentra contemplada en ninguna de las causales de procedencia de la tutela contra particulares.

En el presente caso, se observa a folio 16 del segundo cuaderno del expediente de la referencia, que la Superintendencia Bancaria envió al peticionario el 25 de septiembre de 1998 respuesta a la queja formulada, lo que permite deducir que no existe vulneración por parte de esta entidad del derecho de petición. Por lo tanto, esta Sala entrará a determinar únicamente si el Banco Popular vulneró o no el mencionado derecho.

Del material probatorio existente en el expediente se desprende que el Banco no ha dado respuesta a la petición del demandante. En opinión del Banco, según consta en la respuesta enviada al juzgado de instancia, este no es destinatario o sujeto pasivo del derecho de petición cuando realiza actividades financieras.

La Corte ha admitido, de manera excepcional, que el derecho de petición vincula a los particulares. La procedencia de la tutela para exigir al particular que atienda una petición se sujeta a los requisitos contemplados en el artículo 86 de la Carta, esto es: que el particular preste un servicio público o que realice una actividad de interés general y, además, que la negativa a contestar la petición vulnere derechos fundamentales¹. Así, se ha concedido la tutela por violación al derecho de petición cuando la entidad privada se niega a expedir certificados laborales necesarios para acceder a un nuevo empleo, presentándose violación del derecho al trabajo²; cuando no entrega información necesaria para tramitar lo concerniente a la pensión, afectándose el derecho a la seguridad social³; cuando la entidad financiera no suministra información que permita rectificar información remitida a la central de riesgos del sistema financiero, impidiéndose ejercer el *habeas data*⁴; cuando la entidad financiera no entrega información relativa al cumplimiento o el estado de sus obligaciones crediticias, colocando en peligro el derecho a una vivienda digna⁵; y, en general, cuando las administradoras de fondos de pensiones, no atienden las solicitudes de pensión.

En el presente caso, aunque se cumple el primer requisito, pues la entidad privada cumple un servicio público, la negativa a responder al demandante no desconoce un derecho fundamental. El acto del demandante, consistente en utilizar un cajero automático para retirar dineros de su cuenta corriente, constituye un desarrollo del contrato comercial celebrado entre éste y la entidad financiera. Por lo tanto, se trata de un acto jurídico privado de naturaleza contractual, que no es susceptible de controvertirse ante la jurisdicción constitucional⁶. El demandante

¹ Sentencias C-134/94 y T-105/96

² Sentencia T-738/98

³ Sentencia T-789/98

⁴ Sentencia T-131/98

⁵ Sentencia T-131/98

⁶ Sentencias T-594/92, T-240/93, T-219/95

T-311/99

cuenta con la posibilidad de acudir ante la justicia ordinaria a efectos de demandar a la entidad bancaria a fin de obtener el resarcimiento de sus perjuicios patrimoniales, sea que se considere que se ha incumplido el contrato o que el Banco Popular se ha enriquecido de manera no justificada.

La Corte advierte que, al estudiarse casos en los cuales intervienen particulares que pres-ten servicios públicos o que desarrollan actividades similares que son de interés general, es necesario distinguir entre aquellos actos que, por tratarse de actos contractuales, no pueden ser objeto de tutela, de aquellos que desbordan el ámbito contractual y ponen a la persona en el riesgo de ver amenazado o violado un derecho fundamental, casos en los cuales procede la tutela como mecanismo de defensa.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, del 19 de noviembre de 1998.

Segundo. **LIBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-312

mayo 6 de 1999

DEBIDO PROCESO DE LA PERSONA JURIDICA-Titularidad

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversia sobre omisión de adjudicación de contrato

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-199282

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La sociedad futura Ferrocarril Colombiano del Atlántico S.A. demanda la protección de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, violado, en su sentir, por la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías-. Dice el representante de la sociedad demandante que ésta participó en la licitación pública 01 de 1997, abierta por Ferrovías para contratar por concesión la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de la red férrea atlántica, siéndole adjudicado el contrato a la sociedad futura Ferrocarriles de la Paz S.A. -Fepaz-. Agrega que esta persona jurídica no permitió la suscripción del contrato en el término estipulado en el pliego de condiciones -30 días a partir de la adjudicación-, en vista de que no constituyó la sociedad prometida dentro de la licitación y, en consecuencia, Ferrovías procedió a declarar formalmente dicho incumplimiento¹ y a revocar la adjudicación que se había hecho². Considera el actor que según el pliego de condiciones y la ley 80 de 1993, ante la imposibilidad de celebrar el contrato con la persona jurídica que obtuvo inicialmente la adjudicación del mismo, Ferrovías estaba obligada a adjudicárselo a la sociedad demandante, por haber ocupado el segundo lugar en el registro de proponentes y que, al no haberlo hecho, violó el derecho fundamental invocado, cuyo restablecimiento pretende por vía de tutela.

En primera instancia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca denegó el amparo solicitado, en consideración a que la demandante puede iniciar la acción de nulidad

¹ Por resolución 378 de 1998.

² Por resolución 052 de 1998.

y restablecimiento del derecho en contra del acto que omitió adjudicarle el contrato. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó dicha decisión con base en dos argumentos: en primer lugar, dijo el *ad quem*, las personas jurídicas no pueden iniciar acción de tutela, ya que “*por su origen, naturaleza y reglamentación, ésta la reservó el legislador para las personas naturales*”; y, en segundo lugar, porque la demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para obtener el restablecimiento del derecho invocado.

En reiterada jurisprudencia³, esta Corporación ha sostenido que las personas jurídicas gozan de algunos de los derechos constitucionales fundamentales que se predicán de las personas naturales, cuando ellos están “*ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto*” y que, para defenderlos, pueden perfectamente acudir a la acción de tutela. El derecho al debido proceso es uno de ellos, de manera que, en esta parte, será revocada la decisión de segunda instancia. En cuanto al segundo argumento propuesto por el *ad quem*, la Sala lo comparte integralmente, pues evidentemente la sociedad futura Ferrocarriles del Atlántico S.A. debe acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de la satisfacción del derecho reclamado, siendo este mecanismo lo suficientemente eficaz para ello y que, por tanto, hace improcedente la acción de tutela⁴.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión proferida por el Consejo de Estado, el 14 de enero de 1999, en cuanto a que la acción de tutela no puede ser iniciada por personas jurídicas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En lo demás confirma el fallo revisado.

Segundo. **LIBRENSE** por Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

³ Unificada en la sentencia SU-182 de 1998, Sala Plena, Magistrados Ponentes Drs. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Constitución Política, artículo 86 y decreto 2591 de 1991, artículo 6-1º.

SENTENCIA T-313

mayo 6 de 1999

DERECHO A LA VIDA DIGNA-No práctica de exámenes
que determinan el tratamiento a seguir

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD
-Práctica de exámenes excluidos del manual de actividades, intervenciones y procedimientos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-199519

Peticionario: Hernán de Jesús Trujillo Tobón

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por intermedio de apoderado, Hernán de Jesús Trujillo Tobón demandó a la empresa promotora de salud Unimec E.P.S., para reclamar del juez de tutela la protección de sus derechos constitucionales a la vida y a la salud. Dice el peticionario que es afiliado cotizante de Unimec E.P.S. desde hace más de tres años y que padece hernia hiatal, reflujo esofágico y esófago de Barrett. Agrega que para determinar con exactitud el tratamiento a seguir, un médico de la E.P.S. demandada le ordenó dos exámenes, cuya autorización niega Unimec porque están excluidos del Manual de Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud: Manometría esofágica y PH esofágico 24 horas. Manifiesta que sus posibilidades económicas están lejos de alcanzar el costo de dichos exámenes y considera que la negativa de la E.P.S. pone en peligro los derechos invocados.

El Juzgado 11 Civil del Circuito de Medellín, en primera instancia, y la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, en segunda, negaron la acción de tutela de la referencia argumentando que la falta de dichos exámenes no pone en peligro la vida del demandante, lo cual muestra que no hay amenaza para los derechos invocados.

La falta de los exámenes mencionados no conduce necesariamente al demandante a la muerte, pero tampoco permite que en vida se le siga un tratamiento adecuado, de acuerdo con la siguiente manifestación hecha por su médico tratante:

“...yo le ordené una manometría esofágica y monitoreo de ph esofágico. Se ordenó con la finalidad de determinar el funcionamiento motor del esófago y el origen del reflujo ácido o alcalino para, con el resultado de los dos exámenes, poder determinar el tipo de cirugía que más le convenga al paciente, en caso de optar por el tratamiento quirúrgico. La consecuencia de la no realización de estos exámenes impedirá conocer el origen real de la misma y, por tanto, no poder efectuar el tratamiento ideal con certeza”¹.

De manera que si no es posible determinar con exactitud el origen de la enfermedad y, por ende, el tratamiento adecuado a seguir, es obvio que la falta de los exámenes extiende en el tiempo la solución definitiva del problema o su manejo oportuno, lo cual significa, a su vez, aplazamiento innecesario de dolores y malestares que perfectamente pueden evitarse o controlarse, y en esto radica la violación del derecho a una vida digna del peticionario, como en innumerables ocasiones lo ha determinado esta Corporación².

Si bien los exámenes requeridos no se encuentran descritos en la resolución 5261 del 5 de agosto de 1994, por medio de la cual el Ministerio de Salud estableció el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, al verificarse la circunstancia anotada en precedencia y las que a continuación se describen, procede la inaplicación del artículo 10 del Decreto 806 de 1998 y del literal o) del artículo 18 de la resolución 5261 de 1994³, por inconstitucionales en el caso concreto⁴, para que Unimec E.P.S. practique por su cuenta los exámenes que fueron recomendados al peticionario⁵: 1.- Imposibilidad de sustituir los exámenes recomendados por otros que se encuentren dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. 2.- Imposibilidad económica del demandante de acceder por su cuenta a dichos exámenes. 3.- Se trata de exámenes prescritos por un médico vinculado a la E.P.S⁶.

A Unimec E.P.S. le asiste el derecho de repetir lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala, en contra de la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la decisión proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, el 3 de diciembre de 1998. **INAPLICAR** el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 y el literal o) del artículo 18 de la resolución 5261 de 1994

¹ Folio 140 del expediente.

² Cfr. sentencias T-489 y T-560 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, y especialmente la sentencia T-736 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, por medio de la cual se ordenó a Susalud E.P.S. la práctica de los mismos exámenes aquí reclamados, bajo similares consideraciones, en favor de Enoc Ocampo Moncada.

³ Que se refieren a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud como todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías no incluidos en la citada resolución.

⁴ Constitución Política, artículo 4.

⁵ Corte Constitucional, sentencias T-114, T-640 y T-647 de 1997; T-628, T-631 y T-736 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, por aplicación de las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente.

⁶ Corte Constitucional, C-112 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz., T-370, 385 y T-419 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. T-236, T-283, T-286 y T-328 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. T-560 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Segundo. **TUTELAR** el derecho a una vida digna y a la salud en conexión con él que le asisten a Hernán de Jesús Trujillo Tobón. En consecuencia, ordenar a Unimec E.P.S. que, en el término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, practique al demandante la manometría esofágica y PH esofágico 24 horas, según recomendación del médico tratante.

Tercero. Unimec E.P.S. podrá repetir lo gastado en cumplimiento de la orden emitida en el numeral anterior, en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto. Librense por Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-314

mayo 6 de 1999

**ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/DERECHO
AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS- Pago oportuno de mesadas**

ACCION DE TUTELA- Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-205106

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los actores son pensionados del municipio de Líbano (Tolima), y desde el mes de noviembre de 1998, no se les cancela su mesada pensional. Señalan los actores que para ellos y sus familias, dicha mesada pensional se constituye en la única fuente de ingresos, razón por la cual ven afectadas sus condiciones mínimas de vida. Solicitan la protección de sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, seguridad social y trabajo, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El alcalde del Municipio accionado, manifestó no contar con los recursos suficientes para atender el pago de las mesadas que se adeudan a los pensionados.

Mediante sentencia de única instancia, el Juzgado Penal del Circuito de Líbano (Tolima), tuteló transitoriamente los derechos fundamentales invocados como violados. Respecto de los demandantes que tenían setenta (70) o más años, ordenó pagar la totalidad de las mesadas pensionales no canceladas, condicionando su pago a la existencia de partida presupuestal para ello. Respecto de los demás demandantes con menos de setenta (70) años de edad, se negó la tutela por existir otro mecanismo de defensa judicial.

Esta Corporación ha determinado en varios de sus fallos que la acción de tutela es procedente de manera excepcional para obtener el pago de acreencias laborales, cuando la falta de aquellas afecta el mínimo vital del solicitante.¹ Ahora bien, en el caso de los pensionados,

¹ Corte Constitucional, sentencias T-426 y T-527 de 1992; T-147 y T-244 de 1995; T-212 y T-608 de 1996; T-001 de 1997; T-008, T-098, T-327, T-330, T-357, T-544, T- 658 y T-791 de 1998; T-005 y T-075 de 1999, y, SU-062 de 1999.

estos ya cumplieron su ciclo de trabajo, razón por la cual se encuentran prácticamente excluidos del mercado laboral y frente a una gran dificultad para sustituir el único ingreso que constituye, sin lugar a dudas, su mínimo vital.²

En el presente caso se observa, que en virtud del fallo de primera instancia, el Alcalde de Líbano, mediante oficio No. 0221 del 19 de febrero de 1999 comunicó la efectiva cancelación de las mesadas pensionales adeudadas a los actores que se encontraban en el rango de la tercera edad. Lo anterior, coloca a la Corte ante un hecho superado, respecto del cual no existe orden para emitir. En relación con los demás demandantes que no tienen setenta (70) o más años de edad, si bien les asiste otra vía de defensa judicial, sus condiciones mínimas de vida también se ven afectadas ante la carencia de sus mesadas, razón por la cual se le protegerán sus derechos³, y se ordenará reanudar el pago de las mesadas en lo correspondiente al mínimo vital de la pensión de cada uno de los demandantes.⁴

Por su parte, el Municipio de Líbano (Tolima), deberá proceder a cumplir lo ordenado en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, siempre y cuando exista partida presupuestal. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo señalado.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** los numerales primero y segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Líbano (Tolima), del diecisiete (17) de febrero de 1999, por presentarse un hecho superado, tal y como se señaló en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia en cuestión. En su lugar, **TUTELAR**, los derechos fundamentales de los demandantes contenidos en el numeral tercero de la sentencia de instancia, para lo cual se ordenará al Municipio de Líbano, reanudar el pago de las mesadas en lo correspondiente al mínimo vital de la pensión de cada uno de dichos actores.

Tercero. **ORDENAR** al Municipio de Líbano (Tolima), que deberá proceder a cumplir lo aquí ordenado en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, siempre y cuando exista la correspondiente partida presupuestal. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo señalado.

Cuarto. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional, Sentencias T-323 de 1996, T-299 de 1997, y T- 225 de 1998.

³ Corte Constitucional, sentencias T-544 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, T-238 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sobre cuándo procede y cuándo no procede el pago de las mesadas atrasadas por medio de la acción de tutela, ver Corte Constitucional, sentencias T-278 de 1997, T-559 y T-788, de 1998, y sentencias T-017 y T-090 de 1999, en donde se ha establecido que para las personas que no son de la tercera edad, aunque sean pensionadas, es procedente la tutela solamente para obtener el restablecimiento de las mesadas pensionales en lo que constituye el mínimo vital.

T-314/99

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-315

mayo 6 de 1999

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Protección

En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto a la especial protección, que consagra la Constitución a la mujer en estado de embarazo; es así como la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una “estabilidad laboral reforzada”; asimismo ha indicado, que el despido de la mujer por razón de su estado de gestación es ineficaz y, por lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a las que haya lugar; también ha destacado la jurisprudencia que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral o lo que se ha denominado el “fuero de maternidad” y por último ha considerado que para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable terminar el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.

DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA-Despido en el transcurso del estado de gravidez

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-205953

Peticionaria: Nidia Margot Romero Bernal

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La señora Nidia Margot Romero Bernal instaura acción de tutela contra la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, por considerar que ésta le vulneró los derechos a la seguridad

social, salud, igualdad, trabajo y protección especial a la maternidad. Manifiesta la peticionaria que ingresó a trabajar para la accionada, mediante contrato a término fijo de 4 meses, el 26 de noviembre de 1997 haciendo un reemplazo por licencia de maternidad en la Gerencia de Cobranzas. La persona a quien reemplazaba regresó el 9 de marzo de 1998 y por tal razón fue enviada a laborar con la Asesora de Procesos Especiales de la Vicepresidencia Jurídica, quien solicitó la prórroga de su contrato. Relata que el 14 de julio de 1998, comunicó a la empresa que se encontraba en estado de embarazo; el 1° de agosto y el 7 de octubre, se le informó que la Corporación daba por terminado el contrato el 25 de noviembre de 1998. Solicita se amparen sus derechos y en consecuencia, se ordene a la accionada el reintegro a sus labores o el pago de la correspondiente indemnización.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 16 de diciembre de 1998, deniega por improcedente la tutela, al considerar que la razón del despido no fue el estado de embarazo de la accionante. Impugnada la decisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 16 de febrero del presente año, confirma la sentencia del *a quo*.

En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto a la especial protección, que consagra la Constitución a la mujer en estado de embarazo; es así como la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una “estabilidad laboral reforzada”¹; asimismo ha indicado, que el despido de la mujer por razón de su estado de gestación es ineficaz y, por lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a las que haya lugar²; también ha destacado la jurisprudencia que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral o lo que se ha denominado el “fuero de maternidad”³ y por último ha considerado que para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable terminar el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo⁴.

Según se desprende de la información que reposa en el expediente, la actora fue despedida en el transcurso del embarazo, exactamente, 25 de noviembre de 1998, fecha para la cual contaba ya con más o menos 5 meses de gestación; dio aviso por escrito de su estado al jefe inmediato el día 14 de julio de 1998, quien comunicó la novedad al Departamento de Administración de personal el 17 del mismo mes y año, es decir el empleador tenía conocimiento de su estado. A folio 11 del cuaderno de primera instancia aparece una requisición de personal, de fecha 13 de noviembre de 1998, para reemplazar a la accionante a partir del 26 del mismo mes y

¹ Sentencia C-470/97 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

² Sentencia C-470/97 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

³ Sentencias T-568/96 y T-373/98 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴ Sentencia T-426/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero)

año; a folio 32 del mismo cuaderno, en memorial de respuesta a la notificación de la tutela, el Director de Administración de Personal de la accionada manifiesta que se contrató a la señorita Sandra Marcela Lynet Giraldo, la cual fue asignada al área jurídica; lo anterior permite afirmar, que fue contratada para llenar la vacante del cargo que desempeñaba la actora y que las funciones del mismo permanecen. En consecuencia, en el presente caso, no encuentra esta Sala de Revisión que la terminación del contrato haya obedecido a una causal relevante y objetiva que la justifique. También se observa que no medió autorización del inspector del trabajo para el despido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la accionante es cabeza de familia, tiene a su cargo a su señora madre, a una hermana y actualmente a su hijo, es de fuerza concluir que resulta amenazado su mínimo vital y el de su familia; por consiguiente se encuentran demostrados todos elementos para que proceda el amparo⁵. Por lo anterior, se revocarán los fallos de instancia, se concederá la tutela de los derechos a la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral y al mínimo vital de la señora Nidia Margot Romero Bernal; se ordenará a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas reintegrar a la actora al cargo que venía desempeñando al momento del despido, sin perjuicio de las demás pretensiones laborales a que pueda tener derecho, las cuales deben ser definidas por la jurisdicción laboral.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 16 de diciembre de 1998 y, en segunda instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 16 de febrero de 1999 y, en su lugar Conceder el amparo de los derechos a la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital de la señora Nidia Margot Romero Bernal.

Segundo. **ORDENAR** a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas reintegrar, en forma inmediata, a la accionante al cargo que venía desempeñando al momento del despido, sin perjuicio de las demás pretensiones laborales a que pueda tener derecho, las cuales serán definidas por la jurisdicción laboral.

Tercero. **LÍBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

⁵ Sobre los elementos que deben demostrarse para que proceda la acción de tutela, puede verse el fundamento jurídico No. 13 de la sentencia T-373/98 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Cfr. también T-739 de 1998.

SENTENCIA T-316

mayo 6 de 1999

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno

La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-206693

Peticionaria: Eliana Andrea Cely Rodríguez

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La accionante Eliana Andrea Cely Rodríguez, interpone acción de tutela contra el Instituto del Seguro Social, ante la negativa de éste a pagarle la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con fundamento en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, según el cual para tener derecho al pago de la licencia, se requiere haber cotizado un tiempo siquiera igual al de la Gestación. Manifiesta la accionante que fue afiliada, el 3 de diciembre de 1997, como trabajadora de la Empresa Recursos Humanos Exclusivos. Una vez terminó su relación laboral con dicha compañía, siguió aportando como trabajadora independiente, a la E.P.S. del seguro social desde el mes de enero de 1998, en vigencia del Decreto 1938 de 1994, que establecía un mínimo de 12 semanas de cotización para tener derecho a las prestaciones derivadas de la incapacidad por licencia de maternidad. Considera violados sus derechos a la vida, y al trabajo.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que existe otro medio de defensa judicial para obtener el pago de la prestación económica reclamada.

Especial protección a la mujer embarazada

La situación planteada es similar a la que esta Corte ha tenido oportunidad de abordar en casos pasados y en donde ha puesto de presente que, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre¹. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción².

En el caso bajo examen, se observa que la demandante se afilió a la accionada, en vigencia del Decreto 1938 de 1994 y durante el periodo de su embarazo se presentó un cambio de legislación, Decreto 806 de 1998, que amplió el número de semanas de cotización de 12 a un periodo igual al de la gestación, para obtener el pago de la prestación económica por ella solicitada. Se impone reiterar entonces, que la norma aplicable debe ser aquella que beneficia y garantiza la protección especial a la mujer embarazada señalada en la Constitución Política, que para el presente caso lo es el Decreto 1938 de 1994 norma que tenía plena vigencia en el momento en que la peticionaria inició el periodo de buena esperanza³.

Por lo aquí expuesto, se concederá la tutela de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de la accionante, se revocará el fallo de instancia y se ordenará al Instituto del Seguro Social E.P.S., que dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad a la demandante.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá del 18 de febrero de 1999, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de la señora Eliana Andrea Cely Rodríguez.

¹ Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Sentencias T-606/95; T-106/96; T-568/96; T-694/96; C-710/96; T-662/97.

³ Sentencias T-792/98, T-093/99 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra y T-104 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Entre otras.

T-316/99

Segundo. **ORDENAR** al Instituto del Seguro Social E.P.S., que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad a la demandante Eliana Andrea Cely Rodríguez.

Tercero. **LÍBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-317
mayo 6 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas

DERECHO A LA VIDA DE LOS PENSIONADOS-Pago de mesadas atrasadas siempre que exista partida presupuestal o inicio de gestiones para su consecución

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-208132

Peticionario: José Isabel Gómez Castro

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El actor es pensionado del Departamento de Bolívar. Las mesadas correspondientes a su pensión le fueron pagadas puntualmente hasta el mes de julio de 1998, fecha a partir de la cual y hasta la interposición de la presente, no se ha realizado pago alguno. Ante tal situación, considera violados su derecho fundamental a la seguridad social, pues se le está afectando su mínimo vital por cuanto del pago puntual de sus mesadas pensionales depende su subsistencia. Solicita se ordene al Gobernador del Departamento de Bolívar la cancelación del valor de las mesadas pensionales adeudadas. En el expediente objeto de revisión, obra respuesta dada por la Gobernación del Departamento de Bolívar en la cual se expone la grave crisis económica que atraviesa el departamento, así como los ingentes esfuerzos que viene desarrollando el señor Gobernador en la consecución de recursos económicos para el funcionamiento y cumplimiento de sus compromisos.

Mediante sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo de Bolívar tuteló los derechos del actor. Ordenó al Gobernador cancelar las mesadas adeudadas, una vez se hagan los desembolsos de los recursos que viene gestionando en los diferentes bancos. o antes si el departamento obtiene recursos provenientes de otras fuentes. En decisión de segunda instancia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la decisión del *a quo*, y en su lugar denegó la tutela. Señaló que el actor no se encuentra en condiciones

de vulnerabilidad y que las consideraciones que hacen respecto de las personas de la tercera edad, no son aplicables al presente caso.

Esta Corporación ha determinado en varios de sus fallos que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de acreencias laborales, cuando la falta de aquellas afecta el mínimo vital del solicitante.¹ Ahora bien, en el caso de los pensionados, estos ya agotaron su vida activa como trabajadores, se encuentran excluidos del mercado laboral y frente a una gran dificultad para sustituir el único ingreso que constituye, sin lugar a dudas, su mínimo vital.²

En el caso objeto de revisión, se tiene que el demandante es pensionado, pertenece a la tercera edad, se ven afectadas sus condiciones de vida digna por la demora en que se encuentra el Departamento de Bolívar en cancelarle su único medio de sostenimiento, es decir su mínimo vital. Por lo tanto, se protegerán los derechos del actor³, y se ordenará el pago de las mesadas no canceladas.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 18 de febrero 1999. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida digna y al pago oportuno de las mesadas pensionales, del señor José Isabel Gómez Castro.

Segundo. **ORDENAR** al Gobernador del Departamento de Bolívar que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a pagar las mesadas pensionales adeudadas al actor, siempre y cuando exista la partida presupuestal correspondiente. Si ésta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Tercero. El Gobernador del Departamento de Bolívar deberá, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, agotar todas las gestiones administrativas y presupuestales pertinentes para que, en adelante, no vuelva a retrasar el pago de las mesadas pensionales del demandante.

Cuarto. **LÍBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Corte Constitucional, sentencias T-426 y T-527 de 1992; T-147 y T-244 de 1995; T-212 y T-608 de 1996; T-001 de 1997; T-008, T-098, T-327, T-330, T-357, T-544, T- 658 y T-791 de 1998; T-005 y T-075 de 1999, SU-062 de 1999 y T-238 de 1999 entre otras..

² Corte Constitucional, Sentencias T-323 de 1996, T-299 de 1997, y T- 225 de 1998.

³ Contra el Departamento de Bolívar ya existen en igual sentido las sentencias T-009 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, T-102 y T-238 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA T-318

mayo 6 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el pago de acreencias laborales, toda vez que este tipo de conflictos pueden resolverse a través de otro medio de defensa judicial, acudiendo ante la justicia ordinaria. Sin embargo, la doctrina constitucional ha admitido algunas excepciones, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, de acuerdo con las condiciones especiales de cada caso; por esto, cuando se ve afectado el mínimo vital de los actores por la falta de salario oportuno o el pago de las mesadas pensionales, o cuando el medio de defensa judicial resulta ineficaz para lograr la protección inmediata del derecho fundamental conculcado, es viable acudir a la tutela como mecanismo judicial idóneo.

EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios

INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el Gobierno nacional y departamental colaboren en la solución a la crisis presupuestal

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES Y PENSIONADOS-Pago oportuno de salarios y mesadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-197097, T-198300, T-198323, T-199203, T-201225, T-201651, T-201653, T-203907, T-205012, T-205121, T-204105 y T-204093

Peticionarios: Teresa Carmona García y otros

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los actores, Teresa Carmona García, Hortencia Benavidez Rojas, Teófilo Villalba Hernández, Rigoberto Benítez Botero, José Elduvar Marín León, Cantalicio Díaz Castro, Felix María Peña Arango, María Luz Cabrera Leyton, Ulda Marina Rizo, José Diomedes Candamil, Rosalba

Cárdenas Ramos y Gloria Rincón Bonilla, interpusieron acción de tutela en contra de la Universidad del Valle, en razón a que dicha institución les suspendió el pago de sus salarios y mesadas pensionales desde el mes de agosto de 1998. Manifiestan que con dicha omisión, el establecimiento universitario les está vulnerando sus derechos fundamentales al trabajo, la dignidad humana y al pago oportuno de pensiones, al privarlos de los más mínimos recursos para subsistir.

Los fallos revisados denegaron los amparos solicitados al considerar que no es posible ordenarle a la entidad accionada el pago de las mesadas adeudadas a los accionantes, porque es de conocimiento público que la Universidad del Valle atraviesa por una crisis económica que afecta no solamente a los peticionarios, sino a todas las personas que forman parte del claustro universitario.

La jurisprudencia de esta Corporación¹ ha señalado que la tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el pago de acreencias laborales, toda vez que este tipo de conflictos pueden resolverse a través de otro medio de defensa judicial, acudiendo ante la justicia ordinaria. Sin embargo, la doctrina constitucional ha admitido algunas excepciones, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, de acuerdo con las condiciones especiales de cada caso; por esto, cuando se ve afectado el mínimo vital de los actores por la falta de salario oportuno o el pago de las mesadas pensionales, o cuando el medio de defensa judicial resulta ineficaz para lograr la protección inmediata del derecho fundamental conculcado, es viable acudir a la tutela como mecanismo judicial idóneo.

En los presentes casos,² se observa que los fallos que se revisan negaron la protección solicitada, en consideración a la grave crisis económica que atraviesa la Institución demandada, y previendo la imposibilidad en la que se encontraría la entidad para cumplir con el pago de las acreencias laborales atrasadas. Esta Sala no comparte la posición de las providencias aludidas, ya que en varias oportunidades³ la Corporación ha señalado que la iliquidez de las instituciones demandadas no es razón suficiente para eludir el pago salarios y prestaciones sociales⁴. La Jurisprudencia de la Corte ha precisado que inclusive las circunstancias concordatarias no constituyen óbice para el pago de las obligaciones laborales, por cuanto es clara la prevalencia de los créditos laborales respecto de cualquier otra acreencia.⁵ Lo anterior también se justifica porque están comprometidos los derechos a la seguridad social y al pago de las pensiones, los cuales constituyen derechos de aplicación inmediata cuando se trata de suplir el mínimo vital⁶ de aquellos para quienes la mesada constituye su única fuente de ingreso y les permite llevar una vida digna.

¹ Sobre este tema se pueden consultar entre otras las sentencias T-010, T-035, T-047, T-166, T-335, T-410, T-418, T-611 de 1998.

² En el mismo sentido sentencias T-106 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz .

³ Sentencias T-008 y T-020 de 1999

⁴ Contra la misma institución universitaria, la Corte en este punto señaló en la sentencia T-259 de 1999: "El que la situación económica, presupuestal o financiera de un empleador público o privado no sea producto de su negligencia o desidia, no lo exime de responder por la protección y respeto de los derechos mínimos y fundamentales de sus empleados. La intencionalidad de quien incurre en el desconocimiento de un derecho fundamental, no puede tenerse como elemento relevante para definir la procedencia o improcedencia del amparo impetrado. Si existe vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho fundamental, así debe declararlo el juez, pues lo que se busca es la defensa de estos derechos y no la definición de responsabilidades, pues ni es su objeto y existen vías judiciales apropiadas para el efecto.

⁵ Cfr. sentencias T-323 de 1996, T-124, T-299 y T-271 de 1997.

⁶ Cfr. T-299 de 1997, T-031, T-070, T-072, T-242 y T-297 de 1998.

Siguiendo la jurisprudencia que ya se consolida sobre la materia, especialmente la consignada en la T-259 de 1999⁵, se concederán las tutelas interpuestas y se solicitará al Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda, así como a la administración departamental del Valle del Cauca, que de ser posible, presten su colaboración, a efecto de buscar una salida a la crisis por la que está atravesando la Universidad del Valle.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por los Juzgados Veintitrés Penal Municipal, Catorce Penal Municipal, Veintisiete Penal Municipal, Diecinueve Civil Municipal, Quince Civil Municipal, Veinticuatro Civil Municipal, Cuarto Penal Municipal, Dieciséis y Diecinueve Penal del Circuito, todos de la ciudad de Cali (Valle), y los proferidos por el Consejo de Estado en los expedientes T-204105 y 204093.

Segundo. **CONCEDER** las tutelas impetradas. En consecuencia, se ordena al Rector de la Universidad del Valle que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reanude el pago de los salarios y mesadas pensionales de los actores en este proceso de tutela, siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal. En caso contrario, dentro del mismo tiempo, deberá iniciar las acciones que le permitan atender con lo ordenado.

Para el efecto, el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda, así como la administración departamental del Valle del Cauca, deberán poner en marcha, dentro del marco de la ley, las acciones y políticas correspondientes para resolver los problemas estructurales de la Universidad del Valle, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta Institución realizar los trámites que sean del caso para obtener recursos, que por lo menos, les permita pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

Tercero. El Rector de la Universidad del Valle responderá personalmente por el cumplimiento exacto y oportuno de éste fallo, bajo el apremio de las sanciones previstas por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. **LIBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-319

mayo 6 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

La jurisprudencia de esta Corporación ha dejado claro que la tutela no es el mecanismo judicial idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, procede de manera excepcional en aquellos casos en los cuales la falta de salario afecta las condiciones mínimas de los demandantes, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable, cuando no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o cuando éstos resultan ineficaces para la protección de los derechos afectados, teniendo en cuenta el apremio que demande su protección.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios

Referencia: Expedientes T-198184 y T-200320.

Peticionarios: Jovani Gregorio Gutiérrez Vásquez y otros

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Manifiestan los demandantes de los expedientes T-198184 y T-200320, señores Jovani Gregorio Gutiérrez Vásquez y Gilberto Antonio Caro Baldovino, y Alix G. Rodríguez, Armando Cuadrado, Francisco López Ramos, Alfredo Llerena Mercado, Haroldo Herrera Meléndez, Silvio Guerra, Fernando Torres y Nixon Córdoba Moya, que interponen tutela contra el Departamento de Bolívar, por la violación de sus derechos fundamentales al pago oportuno de sus salarios y la afectación a su mínimo vital. Señalan que a la fecha de interposición de la presente tutela, le adeudan tres (3) meses de sus salarios, y que el demandado no ha dado curso a la apropiación de los recursos para el pago de dichos servicios.

En el caso del expediente T-198184, el juez de instancia, al admitir la tutela, señaló que dicha actuación se entendía únicamente respecto de los señores Jovani Gregorio Gutiérrez Vásquez y Alberto Antonio Caro Baldovino, pues fueron ellos quienes hicieron presentación personal de la misma, y no respecto del resto de los firmantes que suscribieron el mencionado documento, pues estos no hicieron la mencionada presentación personal. El juez de instancia, negó la

tutela, señalando que no existen recursos suficientes en el Departamento de Bolívar para el pago de salarios, razón por la cual, de ordenar el pago a algunas personas, se violaría el derecho a la igualdad frente a quienes no se les puede cumplir. En el caso del expediente T-200320, los jueces de instancia denegaron la tutela argumentando que existe otra vía de defensa judicial.

La jurisprudencia de esta Corporación ha dejado claro que la tutela no es el mecanismo judicial idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, procede de manera excepcional en aquellos casos en los cuales la falta de salario afecta las condiciones mínimas de los demandantes, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable, cuando no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o cuando estos resultan ineficaces para la protección de los derechos afectados, teniendo en cuenta el apremio que demande su protección.¹

Si bien es cierto que los actores cuentan con otra vía judicial para reclamar los salarios adeudados, es evidente que la mora en la cancelación de los mismos afecta su mínimo vital y el derecho fundamental a la subsistencia. Por lo tanto, las tutelas habrán de concederse, y se revocarán las decisiones de instancia. Ahora bien, en relación con los firmantes en la tutela T-198184 que fueron excluidos de la decisión, es necesario tener en cuenta que de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, el proceso de tutela es breve, sumario e informal, y en cuanto a la solicitud de tutela, el artículo 14 dispone:

“Artículo 14.-Contenido de la solicitud. Informalidad.

“... La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.”

“(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

La presentación personal que pretendió exigir el juez, como requisito *sine qua non* para dar trámite a la mencionada tutela respecto de todos los firmantes, no surge de lo establecido por el Decreto 2591 de 1991. Obviamente, el juez de tutela, debe tener claridad de la condición en que actúan cada una de las partes involucradas, y por lo mismo debe determinar la posición de los involucrados como parte o no dentro del proceso. En el presente caso, el juez de instancia debió en su momento, entrar a verificar la calidad de demandantes de todos y cada uno de los firmantes en el documento de tutela, y no proceder a descalificarlos, privándolos del resultado de la misma. Con ello se vulneró el derecho a acceder a la justicia y el debido proceso de los firmantes excluidos.

¹ Sobre el pago oportuno de la remuneración consultar Sentencias T-167 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-015 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-063 de 1995 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-146 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, T-437 de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-565 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-641 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-006 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-081 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-234 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, T-273 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, T-527 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-529 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-012 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-696 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell entre otras..

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas el 4 de diciembre de 1998, por el Juzgado Laboral del Circuito de Cartagena y del 16 de diciembre de 1998 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena en los expedientes T-198184 y T-200320, respectivamente, las cuales negaron las presentes tutelas. En su lugar **TUTELAR**, el derecho al pago oportuno del salario de los señores Jovani Gregorio Gutiérrez Vásquez, Gilberto Antonio Caro Baldovino, Alix G. Rodríguez, Armando Cuadrado, Francisco López Ramos, Alfredo Llerena Mercado, Haroldo Herrera Meléndez, Silvio Guerra, Fernando Torres y Nixon Córdoba Moya.

Segundo. **ORDENAR** al Gobernador del departamento de Bolívar para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, cancele los salarios debidos a los demandantes arriba señalados, siempre y cuando exista la debida partida presupuestal. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Tercero. **ORDENAR** la devolución del expediente T-198184, al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, para que se tramite en su integridad la acción de tutela en relación con los firmantes de la misma, que fueron excluidos del fallo objeto de esta revisión.

Cuarto. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-320
mayo 6 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-
Pago oportuno de salarios

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-203535 y T-209698

Peticionarios: Luis Fernando Cadavid Meneses y otros

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., a los seis (6) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Manifiesta los demandantes, señores Luis Fernando Cadavid Meneses y otros, que se encuentra vinculados a la empresa Ingenio VEGACHI Ltda.. A la fecha de interposición de la presente tutela, la empresa y el Departamento de Antioquia, entidades aquí demandadas, adeudan los salarios desde el 1° de noviembre de 1998 y los aportes a la seguridad social entre otros. Señalan los actores que su situación y la de sus familias es grave en la medida en que su salario es la única fuente de ingresos que poseen para solventar las necesidades básicas de su hogar. La entidad demandada es una empresa industrial y comercial del Estado con participación del Departamento de Antioquia y del Instituto para el Desarrollo de Antioquia. Señalan los actores, que el Departamento se había comprometido a realizar unos aportes al Ingenio para superar la crisis que dicha empresa atraviesa, sin que hasta la fecha dichos recursos se hayan entregado. Ante tal situación, consideran violados sus derechos fundamentales a la familia, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la seguridad social.

Mediante sentencia del 14 de enero de 1998 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia denegó la tutela en el expediente T-203535. Consideró que el actor tiene a su alcance otra vía de defensa judicial, como es acudir a la jurisdicción laboral. En el expediente T-209698 el juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí (Antioquia), denegó la tutela pues consideró que el no pago de los salarios a los actores, no viola derecho fundamental alguno, pues las causas de dicha demora son ajenas a la misma entidad demandada. Respecto al incumplimiento en el pago de aportes a seguridad social, los actores no demostraron que hayan sufrido algún perjuicio. Finalmente, las prestaciones sociales solicitadas pueden ser reclamadas a través de la justicia

ordinaria laboral o administrativa, dependiendo a la modalidad de contratación. Impugnada esta decisión, conoció en segunda instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, el cual confirmó la decisión del *a quo*.

La jurisprudencia de esta Corporación ha dejado claro que la tutela no es el mecanismo judicial idóneo para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, esta procede de manera excepcional en aquellos casos en los cuales la falta de salario afecta las condiciones mínimas de los demandantes, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable, cuando no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o cuando estos resultan ineficaces para la protección de los derechos afectados, teniendo en cuenta el apremio que demande su protección.¹

Si bien es cierto que el actor cuenta con otra vía judicial para reclamar los salarios adeudados, es evidente que la mora en la cancelación de los mismos afecta su mínimo vital y el derecho fundamental a la subsistencia. Por lo tanto, las tutelas se concederán, y se revocarán las decisiones de instancia.

Por otra parte, y en relación con la difícil situación económica esbozada por la empresa demandada, esta Corporación en casos similares ha señalado, que las circunstancias económicas, aún siendo concordatarias, no constituyen excusa para el no pago de los salarios y demás obligaciones laborales a los trabajadores; ello por cuanto es clara la prevalencia de los créditos laborales respecto de cualquier otra acreencia.²

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las decisiones proferidas el catorce de enero de 1999, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Antioquia y del cuatro de marzo del mismo año, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó (Antioquia). En su lugar **TUTELAR** el derecho fundamental al trabajo.

Segundo. **ORDENAR** a la empresa Ingenio VEGACHI Ltda., que inmediatamente tenga flujo de caja, reanude el pago del salario a los actores, de manera preferente.

Tercero. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-321 **mayo 10 de 1999**

TUTELA CONTRA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS- Procedencia

Las empresas que prestan servicios públicos, cualquiera sea su naturaleza (privada, mixta o pública), están sujetas, en razón de su actividad, a precisas reglas de orden constitucional que aseguran la protección de los derechos de sus trabajadores, y contra ellas cabe la acción de tutela por parte de éstos, no solamente por el tipo de gestión que cumplen sino en virtud de la relación de subordinación que se establece.

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Protección ante proceso de privatización, reorganización, reestructuración, transformación y cambio de estatutos en entidades públicas/DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS- Protección ante sustitución patronal producida en establecimientos públicos o privados

ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Alcance

GESTION PUBLICA- Eficacia de la actividad y eficiencia de quienes la tienen a cargo

PRINCIPIOS MINIMOS FUNDAMENTALES A FAVOR DE LOS TRABAJADORES- Protección ante racionalización, tecnificación o cambio de propietarios de las empresas

El artículo 53 de la Constitución Política contempla derechos inalienables e indisponibles de los trabajadores frente a cualquier patrono, y el 25 ibidem consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la racionalización, la tecnificación o el cambio de propietarios de las empresas, tales derechos sean disminuidos, afectados o desconocidos. Aunque las personas entregan a las empresas, públicas o particulares, su capacidad laboral, el sistema jurídico que rige las relaciones de trabajo no puede entenderse ni aplicarse como una forma de sometimiento absoluto de la libertad y menos de la dignidad del trabajador, por motivos puramente institucionales, económicos o de otra índole.

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS ANTE PLANES COLECTIVOS DE RETIRO COMPENSADO- Voluntad y libertad de los trabajadores

Los planes de retiro compensado en entidades que venían siendo públicas y se truecan en privadas, si es que, según sus condiciones, pudiesen ser constitucionalmente admisibles,

T-321/99

están enmarcados dentro de los presupuestos aludidos y, en todo caso, deben contar siempre con la voluntad y la libertad de los trabajadores, a quienes no se puede forzar, directa ni veladamente, para que se acojan a ellos, ni se los puede hacer objeto de retaliaciones, castigos u hostigamientos posteriores por el solo hecho de haberse negado a participar en tales procesos.

PLANES COLECTIVOS DE RETIRO COMPENSADO-Protección de derechos del trabajador

**SISTEMA JURIDICO LABORAL-Reformas no pueden afectar
la libertad y espontaneidad del trabajador**

**PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO-Procesos de privatización, transformación,
reestructuración de entidades públicas y sustituciones patronales**

**DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS
-Supresión de dependencias**

**DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Asignación
de funciones**

Referencia: Expedientes T-191580, T-191784, T-191589 y T-194401

Acciones de tutela instauradas por Mariela Paula Rivera, Jorge Hernando Montes, Luis Eduardo Quiroga y Pedro Ignacio Patiño Moreno contra “CODENSA S.A.”

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Por presentar unidad de materia, las respectivas salas de selección decidieron acumular al expediente T-191580 los otros tres de la referencia y, por lo tanto, todos serán objeto del presente Fallo.

L INFORMACION PRELIMINAR

Se solicita la tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 1º, 13, 25, 38, 39 y 53 de la Constitución Política. En todos los casos se trata de trabajadores que entraron a laborar con la “Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá”, hoy “Empresa de Energía de Bogotá, S.A. ESP”, y, por sustitución patronal, se encuentran en la actualidad con la empresa “Codensa S.A.”.

Explican que, después del proceso de privatización, la empresa quedó fraccionada en tres: “Codensa S.A”, “Emgesa S.A. EPS” y “Empresa de Energía de Bogotá S.A. EPS”, quedando algunos trabajadores laborando para “Codensa S.A.” la cual llamó a la mayoría de ellos con el objeto de buscar que se acogieran a un plan de retiro “supuestamente voluntario”, según expresan los actores.

Como consecuencia de no haberse acogido al plan de retiro, los peticionarios dicen haber sido objeto de presiones. No se les ha permitido seguir ejecutando las funciones inherentes a sus cargos; permanecen toda la jornada de trabajo sin efectuar labor alguna; se les ha impedido actuar dentro del nivel de trabajo que les era propio y, en la práctica, se los ha forzado a una inactividad que no quieren, pues dicen hallarse vinculados a la empresa pero “con los brazos cruzados”. Todos son afiliados al sindicato de Trabajadores de Electricidad de Colombia, “INTRAEECOL”.

Afirman que la Empresa pretende desvincular a todos los trabajadores sindicalizados para recibir trabajadores con contratos a término fijo y en esta forma terminar con los afiliados de la organización sindical.

Solicitan se ordene a “Codensa S.A.” cesar de inmediato la violación de sus derechos al trabajo, igualdad y libertad de asociación, procediendo a asignarles el trabajo para el cual fueron contratados y se les permita ingresar a las instalaciones de la empresa con tal fin.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES

Expediente T-191580

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito, en sentencia del 1° de octubre de 1998, resolvió declarar improcedente la tutela impetrada por Mariela Paula Rivera, al considerar que no es cierto lo afirmado por la peticionaria en el sentido de que no se le permitía laborar en su oficio de aseo. Ocurrió que, al contratarse una empresa particular para estas funciones, no se le volvieron a suministrar elementos de trabajo y no se encontraba capacitada para desempeñar otro cargo. El plan de retiro se presentó entonces como consecuencia de la incapacidad para desempeñar otras funciones “y no como lo insinúa malintencionadamente la accionante”, como consecuencia de no haber aceptado el plan de terminación bilateral del contrato de trabajo propuesto por la empresa, según afirmó el juez en su providencia.

De otro lado, el superior inmediato, quien también fue objeto de la sustitución patronal, a pesar de no haberse acogido al plan de retiro, nunca fue perseguido ni tampoco se quedó sin funciones y actualmente labora en forma normal.

La decisión judicial fue impugnada por la solicitante y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, mediante fallo del diecisiete de noviembre de 1998.

Consideró el Tribunal que, aun si eventualmente pudo haberse presentado alguna vulneración con la no asignación de tareas a la trabajadora, el hecho de haberse dado por terminado el contrato de trabajo, según consta en documentos obrantes a folios 99 y 100, cesó cualquier posible vulneración proveniente de la no asignación de tareas, pues la petente ya no es trabajadora de “Codensa S.A.”: este hecho impide -según la sentencia- que se acceda al amparo impetrado.

Expediente T-191784

El Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en providencia del 29 de septiembre de 1998, resolvió tutelar el derecho a la dignidad humana de Jorge Hernando

Montes. Se denegó la protección en cuanto a los derechos al trabajo y la igualdad por considerar el Juez que no han sido vulnerados. Se ordenó a “Codensa S.A.” cesar todo acto de hostigamiento contra el mencionado trabajador y asignarle funciones que puedan ser de su ejecución o poner en vigencia planes de capacitación para no seguir incurriendo en los hechos materia de la acción.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, al conocer sobre la impugnación incoada por “Codensa S.A.”, resolvió confirmar en todas sus partes el fallo inicial, pues consideró que, si bien la política de pensiones y retiro voluntario es lícita, aconsejable y explicable, no puede imponerse contra la voluntad de sus destinatarios, ni conculcándoles derechos y garantías preexistentes, entre ellas, los derechos al desempeño del cargo y la dignidad humana.

Expediente T-191589

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en providencia del 28 de septiembre de 1998, resolvió conceder el amparo solicitado y ordenó a “Codensa S.A.” cesar los actos de hostigamiento en contra de Luis Eduardo Quiroga Tere. También dispuso que se le asignaran las funciones para las que fue contratado y que se le permitiera ingresar a las instalaciones de la empresa para el desarrollo de las mismas.

Manifestó el juez en su providencia que no puede el empleador, en uso del *Ius Variandi*, cambiar las condiciones de trabajo en relación con las inicialmente pactadas, máxime si con ello se está vulnerando la dignidad del trabajador. En el caso *sub examine*, consideró el juez que se está desconociendo el respeto a la dignidad del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, al resolver la impugnación interpuesta por “CODENSA S.A.”, y mediante Sentencia del 5 de noviembre de 1998, decidió revocar el fallo inicial, afirmando:

“La Sala no es ajena al hecho de que, como la jurisprudencia laboral nacional lo ha sostenido, cuando una empresa somete a su trabajador a la inactividad laboral, inclusive exonerándolo de asistir a sus instalaciones, pagándole simplemente su salario, es una forma de desconocer el contrato de trabajo y de limitar el derecho al trabajo, pues la facultad del empleador para disponer de la fuerza laboral del trabajador en ejercicio del *ius variandi* debe dirigirse a suplir las necesidades del servicio dentro del cumplimiento del contrato, y siempre facilitando el desarrollo profesional para el cual ha sido vinculado el trabajador, pues en caso contrario se atenta también contra su dignidad”.

Se dijo también en la providencia:

“...ocurre que el caso de autos aparece totalmente huérfano de la prueba que acredite la conducta endilgada a la empresa demandada, pues todo se ha reducido a la afirmación del demandante a través de su escrito de solicitud de tutela, pues ninguna de las documentales aportadas permiten establecer que la empresa accionada está sometiendo al señor Luis Eduardo Quiroga Tere a presentarse al sitio de trabajo sin permitirle desempeñar función alguna... sobre tal situación fáctica procesal no puede inferirse violación de los derechos constitucionales invocados por el demandante. Por lo cual habrá de revocarse el fallo impugnado para en su lugar negar la tutela pretendida”.

Expediente T-194401

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en fallo del 28 de septiembre de 1.998, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de Pedro Ignacio Patiño Moreno, so pena de que el trabajador pueda decidir libremente si termina o no el contrato de trabajo porque la accionada no le permite ejecutar sus funciones.

Manifestó el juez que “el hecho de que la accionada le ofreció al accionante el plan de retiro voluntario y que él no lo aceptó, aunado al hecho de la empleadora de no permitirle al trabajador desempeñar sus funciones, constituyen una conducta atentatoria contra la dignidad del accionante, además de que se le está desconociendo el libre desarrollo de la personalidad, derecho que comprende su libertad de decidir si acepta o no el plan de retiro voluntario”. Aclara que el elemento “subordinación” que caracteriza el contrato de trabajo, no es ilimitado.

Impugnada la providencia judicial por parte de “CODENSA S.A.”, correspondió conocer y decidir en segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, el cual revocó la sentencia impugnada. Tuvo en cuenta que, al llegar al Tribunal el expediente, apareció una prueba, presentada por la compañía, acerca de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y con fundamento en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, ante lo cual estimó necesario modificar la decisión.

Señaló el Tribunal en su fallo:

“En el caso bajo examen se observa que el contrato de trabajo del actor se dio por terminado, previo reconocimiento de indemnización y en ejercicio de la condición resolutoria establecida en el Código Sustantivo de Trabajo, lo cual impide a la sala entrar a hacer consideraciones sobre lo pedido y, por la misma razón, al variar las condiciones inicialmente planteadas, se debe revocar la de primera instancia.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que pudo haberse dado la violación de los derechos fundamentales impetrados por el actor, también lo es que al haberse terminado el contrato de trabajo cesó su vulneración. Es decir, no existe una relación entre las partes que origine violación de los derechos fundamentales del trabajador. Mal puede aplicarse o imponerse reglamentos ni sanciones, cuando no existe el objeto de la protección que se invoca”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones judiciales, con base en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y por el Decreto 2591 de 1991.

2. Acción de tutela contra empresas de servicios públicos

Proceden las acciones instauradas, aunque se haya producido la transformación de la antigua Empresa de Energía Eléctrica de Santa Fe de Bogotá, a partir de un proceso de privatización, ya que se dan los presupuestos indicados en el artículo 86 de la Carta Política.

Las empresas que prestan servicios públicos, cualquiera sea su naturaleza (privada, mixta o pública), están sujetas, en razón de su actividad, a precisas reglas de orden constitucional que aseguran la protección de los derechos de sus trabajadores, y contra ellas cabe la acción de tutela por parte de éstos, no solamente por el tipo de gestión que cumplen sino en virtud de la relación de subordinación que se establece.

Además, en ciertas circunstancias, como las que se describen en el presente proceso, existe una clara indefensión de los trabajadores frente a la empresa, lo que hace aún más necesaria la viabilidad del amparo, con miras a la efectiva realización de los derechos fundamentales en juego.

3. Los procesos de privatización, transformación y reestructuración de entidades públicas y las sustituciones patronales sólo pueden adelantarse sobre la base constante y prevalente del respeto a la dignidad de los trabajadores, a su estabilidad y a sus derechos irrenunciables

En la revisión de los casos sub lite, la Corte Constitucional partirá de criterios reiterados en su jurisprudencia, relativos a la intangibilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores y del postulado constitucional que exige condiciones dignas y justas en toda relación laboral, los cuales deben permanecer incólumes en el curso de cualquier proceso de privatización, reorganización, reestructuración, transformación y cambio de estatutos en entidades públicas, y en la sustitución patronal que se produzca en toda clase de establecimientos, públicos o privados, y por supuesto en los de las empresas de servicios públicos.

Dijo la Corte en Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 (Ms.Ps.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero):

“La declaración expresa formulada por la nueva Constitución Política (artículo 1º) en el sentido de que Colombia es un Estado Social de Derecho, corresponde a una definición ontológica del Estado, que alude a un elemento esencial de su estructura. Se trata de un concepto que, sin desconocer los postulados sobre los que se sostiene el Estado de Derecho, subraya el fundamento que el interés común confiere a la actividad del Estado y a la responsabilidad de las autoridades públicas, llamadas a intervenir, dentro de los marcos constitucionales, para asegurar a los gobernados unas condiciones mínimas de convivencia, las cuales no son dádiva o merced que dispense el gobernante, sino verdadero derecho tutelado por la Carta Fundamental.

Siendo parte de la definición del Estado, el término “social” no puede ser visto como algo intrascendente o residual, sino como un concepto cuyo contenido debe reflejarse en la actuación de los poderes públicos y muy especialmente en las previsiones del legislador en materias que, como el trabajo, tienen hondas repercusiones en el desenvolvimiento de la vida comunitaria.

El carácter del Estado de Derecho, sin embargo, no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona y en el interés colectivo los puntos de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le suma la efectividad de los derechos humanos y la justicia social como elementos que cohesionan y orientan la acción del Estado.

Si bien la noción del Estado Social de Derecho gobierna la actuación de todos los operadores jurídicos, en el caso que nos ocupa ella está dirigida muy específicamente a la relación del

Estado con sus servidores; dentro de él, el poder público está sujeto a un marco axiológico completo, establecido por la Constitución, cuyo fundamento es la persona humana.

El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyen las consecuencias prácticas de esa filosofía.

En este sentido, se encuentra la Corte ante un asunto de constitucionalidad en el cual están en juego principios y directrices de la gestión pública en su conjunto, como son la eficacia de su actividad y la eficiencia de quienes la tienen a cargo.

La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.

La eficacia es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, “una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo”¹. El mismo autor añade que “en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de ‘socialidad’ del Estado”.

Según el autor citado, este criterio conduce a la conclusión de que la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado”². Obsérvese al respecto que es justamente el principio de la eficacia el que permite valorar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional.

En efecto, dentro del esquema trazado por la Constitución, las normas confieren a las autoridades un poder reglado, de acuerdo con postulados característicos del Estado de Derecho (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123, inciso 2º, de la Constitución colombiana), pero en ciertas materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que el Estado, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo -carácter social del Estado de Derecho, artículos 1º, 2º y 209 de la Carta-.

Como forma de medir y evaluar la eficacia del Estado, el Constituyente introdujo el control de gestión y de resultados, en los artículos 256, numeral 4, 264, 267, 268, numeral 2, 277, numeral 5, y 343 constitucionales, entre otros, pues la prestación satisfactoria de los servicios a cargo del Estado y el rendimiento de los recursos que administra no pueden escapar al sistema de

¹ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado Social y Administración Pública. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1982. Pág. 143.

² Idem, pág.145.

controles que el ordenamiento jurídico introduce como elementos que salvaguardan el interés general.

Pero la Constitución no menciona únicamente la eficacia, sino que incorpora en varias de sus disposiciones el concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.

A la eficiencia, como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como las contenidas en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2 y 6, de la Constitución Política.

En el terreno de las relaciones que los entes públicos establecen con sus servidores, se refleja necesariamente esta tendencia a la operación eficiente de la actividad estatal, que -se repite- es hoy principio constitucional de ineludible acatamiento, pero, no tratándose ya de “un recurso más”, sino de la incorporación de la persona humana al desarrollo de las tareas que le corresponden, también la Constitución obliga al Estado a actuar dentro de criterios que respeten su dignidad (artículo 6º) y sus derechos (Preámbulo y artículos 1º, 2º y Título II de la Carta)...”.

El artículo 53 de la Constitución Política contempla derechos inalienables e indisponibles de los trabajadores frente a cualquier patrono, y el 25 ibídem consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la racionalización, la tecnificación o el cambio de propietarios de las empresas, tales derechos sean disminuidos, afectados o desconocidos.

La Carta Política ha sido perentoria al declarar (art. 53) que “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

En tal sentido, aunque las personas entregan a las empresas, públicas o particulares, su capacidad laboral, el sistema jurídico que rige las relaciones de trabajo no puede entenderse ni aplicarse como una forma de sometimiento absoluto de la libertad y menos de la dignidad del trabajador, por motivos puramente institucionales, económicos o de otra índole.

Entonces, los trabajadores prestan sus servicios a los patronos, mas no dentro del criterio de que éstos se encuentran bajo el dominio o propiedad de aquéllos, lo que implicaría una forma inaceptable de esclavitud, sino bajo el supuesto, del todo contrario, de que las instituciones y las normas están al servicio de las personas, lo que corresponde al carácter profundamente humanitario de la Carta Política.

En ese orden de ideas, no admite esta Corte que pueda una entidad transformada o privatizada utilizar como excusa el proceso que ella misma ha puesto en marcha, para ignorar o atropellar los derechos básicos, la dignidad y la estabilidad de sus servidores.

Los planes de retiro compensado en entidades que venían siendo públicas y se truecan en privadas, si es que, según sus condiciones, pudiesen ser constitucionalmente admisibles, están enmarcados dentro de los presupuestos aludidos y, en todo caso, deben contar siempre con la voluntad y la libertad de los trabajadores, a quienes no se puede forzar, directa ni veladamente, para que se acojan a ellos, ni se los puede hacer objeto de retaliaciones, castigos u hostigamientos posteriores por el sólo hecho de haberse negado a participar en tales procesos.

La Corte reitera, acerca de dichos planes, los siguientes elementos de juicio, que fueron tenidos en cuenta al declarar la inexecutable del Decreto 1660 de 1991:

“...siendo loables los fines perseguidos por una política gubernamental enderezada a la mayor eficiencia de la función pública, la Constitución Política se convierte en barrera insalvable para su ejecución si aquella desconoce o quebranta derechos fundamentales inherentes a la persona, o si vulnera garantías ya adquiridas por los trabajadores o derechos reconocidos a su favor de conformidad con los mandatos que la preceptiva fundamental consagra. Y, desde luego, para asegurar que así sea, se ha dispuesto precisamente el sistema de control constitucional que a esta Corte corresponde ejercer y ejercerá con decidido empeño respecto de los actos que enuncia el artículo 241 de la Carta, con la honda convicción de que la estricta observancia y exigencia de los principios y normas constitucionales hará que el Estado no olvide que su razón de ser consiste, además del logro del bien común, en la protección y promoción de la persona humana.

Así, pues, en el entendido fundamental de que una cosa son los propósitos que se persiguen al estatuir un régimen legal y otra muy distinta la coherencia de éste con las normas superiores a las que se encuentra sometido, la Corte Constitucional procede inmediatamente a dilucidar si, en efecto, las normas que ante ella han sido cuestionadas resultan ser paradigma de razonabilidad, como lo expresan los escritos de defensa, o si, por el contrario, vulneran principios tutelares y normas preteritorias de la actual Constitución Política...”.

(...)

“La Constitución tal como queda expuesto en las consideraciones generales de este fallo consagra el derecho al trabajo como uno de los fines propuestos en su Preámbulo, junto con la garantía de un orden político, económico y social justo, a la vez que señala como propósito del Estado la efectividad de los derechos reconocidos en su preceptiva. En concreto, el artículo 25 define el trabajo como un derecho y una obligación social y, reiterando el principio introducido en la reforma constitucional de 1936, declara que goza, en todas sus modalidades (una de las cuales es la del trabajo al servicio de la administración), de la especial protección del Estado y añade que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

La especial protección estatal que la norma exige para el trabajo alude a conductas positivas de las autoridades, así como al diseño y desarrollo de políticas macroeconómicas que tengan por objeto fomentar y promoverlo, de modo que quienes lo desarrollan (los trabajadores) puedan contar con suficientes oportunidades para acceder a él y con elementos indispensables para derivar de su estable ejercicio el sustento propio y familiar. Pero también implica, al lado del manejo económico, la creación de condiciones normativas adecuadas a los mismos fines, esto es, la previsión de un ordenamiento jurídico apto para la efectiva garantía de estabilidad y justicia en las relaciones entre patronos (oficiales o privados) y trabajadores.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 53 de la Constitución ordena al Congreso expedir el estatuto del trabajo y tener en cuenta, en la respectiva ley, varios principios mínimos fundamentales -es decir de ineludible consagración y observancia-, entre los cuales se encuentran la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la situación más favorable del trabajador en caso de duda y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Se agrega la posibilidad de transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, lo que a su vez implica la garantía constitucional de que transacción y la conciliación no podrán referirse a derechos ciertos e indiscutibles como lo son, por ejemplo, los de carrera administrativa en el asunto que nos ocupa.

Estos principios son mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo y, por tanto, ya hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma -la Constitución-, de tal manera que, aún no estando incluidos los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.N.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia. Por consiguiente, no es factible argüir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política.

La indicada protección al trabajo es contraria a toda política estatal que tienda a desconocer los expresados fines o a tornar en inútiles los mecanismos jurídicos concebidos para el logro de aquellos, como es el caso de la carrera administrativa. Esta tiene expresa consagración en el artículo 125 de la Carta, que establece como principio general el de que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

La naturaleza misma de toda carrera contiene como elementos insustituibles los de la eficacia del servicio, la estabilidad del trabajador, la promoción de éste en consideración exclusiva a su rendimiento y méritos y la previsión de normas estrictas de carácter objetivo, tanto para el acceso al empleo (normalmente por concurso) como para el retiro del servicio.

El último aspecto indicado -que nos interesa en este proceso- excluye por definición la arbitrariedad del nominador y toda forma de presión que tienda a desvincular al empleado del servicio por fuera de las causales, también objetivas, consagradas en la ley. Así lo establece con meridiana claridad el artículo 125 de la Carta, que dice: "El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

Desde luego, considera la Corte que la autorización constitucional al legislador para establecer causales de retiro debe entenderse conferida sobre la base de que las causales de origen legal se avengan a los principios y disposiciones de la Carta. En otras palabras, la sola circunstancia de que el precepto superior en comento haya dejado en manos de la ley la posibilidad de añadir causas de retiro a las ya previstas por el Constituyente, en modo alguno significa que sea lícito al legislador plasmar motivos cuyo contenido material choque con los mandatos superiores. Así, mal podría la ley, so pretexto de esta autorización, concebir como causal de retiro del servicio, el hecho de pertenecer a cierta religión, el de profesar determinadas ideas políticas o el de ser oriundo de una especial región del territorio nacional.

Aplicado todo lo dicho al literal a) del artículo 4° del Decreto 1660 de 1991, resulta palmaria su oposición a la Carta Política, pues, lejos de brindarse al trabajo especial protección estatal, se desconoce el derecho a permanecer en él; se rompe con el criterio de estabilidad en el empleo que la Constitución ha plasmado como principio mínimo fundamental a favor de los trabajadores, por cuanto el solo hecho de haber sido objeto de sanción anterior se erige en motivo suficiente para que, de modo unilateral el agente del empleador ordene la separación del empleado por la vía de la insubsistencia; se propicia la transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles, como los de carrera, en cuanto la norma autoriza la desvinculación a cambio de la indemnización; se convierten en renunciables los beneficios mínimos establecidos en las normas de carrera; se hace prevalecer la formal expresión de que esta insubsistencia no es sancionatoria, sobre la realidad incontrastable de un nuevo castigo al trabajador por faltas ya sancionadas...”

(...)

“Es inconstitucional la compensación ofrecida al funcionario amparado por derechos de carrera, no solo porque con ella se pretende sustituir sus derechos sino además por cuanto se crea un mecanismo generador de inestabilidad en el empleo para este tipo de servidores, que contraría abiertamente el artículo 53, inciso 2°, de la Constitución Política, llevándolo en forma implícita, a renunciar a los beneficios que le confiere el estar vinculado a la carrera administrativa.

De otra parte, dirigir este tipo de Plan al personal de libre nombramiento y remoción, significa, como ya se dijo, reconocer y pagar una compensación sin causa a un funcionario, que dada la naturaleza de su vínculo con la administración, puede, en virtud de la facultad conferida por la ley al nominador, ser desvinculado sin que se le reconozcan derechos y prestaciones sociales distintas de aquellas con las que el Estado mediante la ley ampara a esta clase de servidores públicos.

Ahora bien, la norma acusada establece una clasificación del Plan y señala que puede ser voluntario o mixto, fijando como criterio de distinción entre uno y otro, la facultad existente en el segundo en cabeza del nominador, para optar por declarar la insubsistencia o abstenerse de hacerlo. El concepto mismo de retiro voluntario mediante bonificación, establecido para la primera forma del plan, presenta una *autonomía* por cuanto el libre albedrío del servidor público para manifestar si quiere o no retirarse se ve afectado por la llamada “bonificación” unida a la expectativa de que, en todo caso, el nominador cuenta con los mecanismos ordinarios para prescindir de sus servicios (declaratoria de insubsistencia o suspensión del cargo, entre otros), lo cual implica una pérdida total de autonomía y espontaneidad al decidir, máxime cuando se señalan plazos perentorios para hacerlo. Todo ello hace apenas nominal el carácter “voluntario” del retiro, pues mal puede pensarse que lo sea un acto con efectos jurídicos al que se llega con base en la doble presión del estímulo y la velada amenaza, como acontece a partir de las normas sub-judice. Ello, desde luego, quebranta la libertad del individuo en cuanto se le impide que obre según su elección consciente y deliberada, lesiona la dignidad de la persona en cuanto induce su comportamiento sin esperar a la natural expresión de su voluntad y limita en grado sumo el libre desarrollo de la personalidad, ya que el sujeto, particularmente quien había trazado sus propios planes fundado en los derechos de carrera ya adquiridos, los ve forzosamente modificados no por su propia decisión sino por el ánimo de la administración al incluirla en el respectivo Plan Colectivo de Retiro Compensado.

Para la segunda forma del plan -mixto- encuentra la Corte que él es violatorio de la norma superior por otorgar de manera omnímoda al nominador la facultad para desvincular a un funcionario o abstenerse de hacerlo, desconociendo así las normas constitucionales que refieren a la protección al trabajo (art. 25), los principios mínimos fundamentales (art. 53 C.N.), las garantías a los servidores públicos (art. 125 C.P.) analizados anteriormente en esta providencia”. (cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-479 de 1992, ya citada).

Pero, además, en torno a la libertad y espontaneidad del trabajador, la Corte repite:

“El cambio de legislación no puede llevar a que los trabajadores que queden cobijados por las nuevas modalidades de protección de sus derechos laborales -que no otro puede ser su contenido- queden marginados de la igualdad de oportunidades ante la ley; de la remuneración mínima vital y móvil; de la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo; de la garantía de estabilidad en el empleo; de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; de la seguridad en el sentido de que no serán forzados o estimulados a transigir o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho; de la primacía de la realidad sobre las formalidades; de las garantías de seguridad social, capacitación, adiestramiento y descanso necesario, ni de la protección laboral especial para las mujeres, las madres y los menores.

De ninguna manera las reformas del sistema jurídico en materia laboral pueden llevar consigo la pérdida o la relativización del derecho que tiene todo trabajador, por el hecho de serlo, con independencia del régimen laboral que lo cobije, al pago puntual y al reajuste periódico de salarios, pensiones y prestaciones sociales, ni al justo e inalienable derecho de reclamar que se le reconozcan intereses moratorios, acordes con la tasa real vigente en el mercado, cuando el patrono -oficial o privado-, la respectiva entidad de seguridad social o el fondo de pensiones y cesantías al que pertenece, según el caso, incurre en mora en el pago o cubrimiento de tales factores. Las trabas burocráticas, el descuido y la inmoralidad son inadmisibles, frente a los postulados constitucionales, como posibles excusas para el retraso, mientras que la insolvencia o la iliquidez temporal del patrono o los problemas presupuestales, en los casos de entidades públicas, pueden constituir explicaciones de aquél pero jamás justificación para que sean los trabajadores quienes asuman sus costos bajo la forma de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

“Y es que en las hipótesis que se consideran, con mayor razón si se trata de los derechos de los trabajadores -que merecen protección especial (arts. 25 y 53 C.P.)-, la coacción externa sobre el titular del derecho a optar -una forma de la autonomía individual genéricamente plasmada en el artículo 16 de la Carta- implica forzosamente no sólo la flagrante violación de la ley que concedió la posibilidad de escoger sino el desconocimiento palmario del derecho fundamental a la libertad.

Claro está, si la presión o coacción se refleja en un perjuicio del trabajador en cualquiera de sus condiciones laborales, si afecta sus derechos mínimos (art. 53 C.P.), si repercute en la desmejora de sus prestaciones o en la burla de las garantías constitucionalmente reconocidas, se quebranta, además, y de manera ostensible, su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 C.P.).

Pero si, por otra parte, la coacción se refleja en el diferente trato -injustificado por definición cuando parte del aludido presupuesto- entre trabajadores de igual nivel que cumplen las mismas o equivalentes funciones, se tiene también una clarísima violación del derecho constitucional a la igualdad (art. 13 C.P.), que excluye toda discriminación o preferencia que no se halle fundada en motivos lícitos y razonables.

En lo que hace a la remuneración y a su periódico reajuste, se trata de dos elementos que conforman, desde el punto de vista constitucional, derechos inalienables de todo trabajador, que correlativamente implican obligaciones ineludibles de los empleadores. Estos no asumen una conducta legítima dentro de la relación laboral cuando pretenden escamotear tales derechos mediante procedimientos destinados a crear situaciones aparentemente ajustadas a la ley pero en realidad violatorias de ella, como cuando se hace depender el aumento del salario de la escogencia que haga el trabajador de uno u a otro régimen entre los que el legislador le ha permitido optar”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-276 del 3 de junio de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Cuando los trabajadores, como consecuencia de indebidas presiones o sanciones por haber hecho uso de su libertad, resultan siendo separados del servicio o mantenidos a regañadientes dentro del mismo pero ofendiendo su dignidad, o impidiendo el desarrollo normal de sus labores, con el objetivo final de excluirlos, tienen derecho a ser reintegrados por vía de tutela, con todas las prerrogativas propias del empleo que ejercían antes de haber principiado el comportamiento inconstitucional de la empresa.

4. Los casos concretos

En los procesos objeto de análisis, la empresa “Codensa”, según lo probado, ha desconocido los postulados constitucionales expuestos y ha tratado a sus trabajadores sin respetar las condiciones dignas y justas que han debido presidir las relaciones laborales establecidas (art. 25 C.P.).

Por otra parte, se ha afectado sin género de dudas la estabilidad de los trabajadores y, dada su pertenencia al Sindicato, se les ha vulnerado su libertad de asociación sindical.

En el caso del expediente T-191580, a la peticionaria Mariela Paula Rivera, quien desempeñaba las funciones de aseadora, no se le volvieron a suministrar elementos para adelantar su labor, debido a que ese cargo fue suprimido. A ella se le siguió cancelando su salario sin realizar ninguna labor y se trajo a una empresa privada, vinculada por contrato, para prestar los servicios de aseo, desplazando así injustificadamente a la trabajadora y generando, de paso, un doble costo para la empresa de servicios públicos. La accionante no aceptó la propuesta de retiro voluntario hecha por la Empresa, y fue retirada unilateralmente el pasado 30 de septiembre, mediante el pago de una indemnización, distorsionando el alcance de la facultad otorgada por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 -que no está prevista para el caso de que el trabajador se niegue a acogerse a un plan de retiro- y quebrantando derechos fundamentales irrenunciables de la trabajadora (art. 53 C.P.).

Basta, para corroborar lo dicho, transcribir el aparte pertinente de la declaración rendida por la Jefe de la División de Servicios Generales, Martha Yaneth Acela Díaz el 17 de septiembre de 1998, bajo la gravedad del juramento:

“Preguntada: se afirma dentro de esta acción pública, que “Codensa S.A.”, llamó a la mayoría de trabajadores para que se acogieran a un plan de retiro “voluntario”, que como el señor Jorge Hernando Montes, no se acogió al mismo, no le permiten ejecutar las funciones propias de su cargo, que son las de mecánico dos, teniéndolo en el parqueadero, con otros compañeros que se encuentran en la misma situación del primero, tal situación se presenta desde el 1 de enero del año en curso. Bajo la gravedad del juramento prestado, informe qué tiene que explicar al respecto?”

Contestó: la primera parte de la pregunta hace alusión a la invitación efectivamente voluntaria, no entre comillas a mi modo de ver, que “Codensa S.A.”, como muchas compañías le hizo a la totalidad de sus empleados, no una vez, sino varias veces y se la hizo fundamentalmente porque cuando inició su que hacer como compañía distribuidora de energía, el 23 de octubre del año pasado, producto como ya lo mencioné con anterioridad de la capitalización de la empresa de energía de Bogotá, encontró una sobredimensión de la planta de personal, en cargos y áreas que no corresponden a la naturaleza jurídica ni a la esencia de su negocio, que es distribuir y vender energía, como puede ser un área de talleres de mecánica automotriz, mantenimiento de edificios, jardineros, aseadora y resolvió, para poder mejorar, sanear sus finanzas, que estas áreas que no eran de su negocio, cerrarlos”.

En el caso del Expediente T-191784, correspondiente a Jorge Hernando Montes Sánchez, quien se desempeñaba como mecánico, “Codensa S.A.” afirma, en comunicación obrante a folio 16 del expediente, que “en ningún momento, como tendenciosamente afirma el tutelante, se le ha impedido el derecho al trabajo, mucho menos el libre acceso a la empresa. Por el contrario, él concurre a su sitio de trabajo sin restricción alguna. Tampoco es cierto que se le obliga a permanecer en el parqueadero”.

La jefe inmediata del peticionario, en declaración rendida con ocasión de la presente tutela manifestó:

“...el señor Montes afirma que porque él no se acogió al plan de retiro, es que no se le permite ejercer las funciones propias de mecánico; me parece que no corresponde a la verdad, no puede ejercer las funciones propias de mecánico, porque no existe el taller de mecánica, no porque no se haya acogido al plan de retiro; yo aquí quiero incluso agregar que la empresa ha tratado de reubicar a muchas de las personas de las áreas que he mencionado en dependencias acorde al negocio de la compañía, para lo cual, si la señora juez lo tiene a bien, puede pedir soportes documentales, en el área de recursos humanos...”. (Fl. 26).

En primer lugar, la supresión de dependencias de una entidad no puede constituir mecanismo válido para obtener el retiro inmediato o futuro de un trabajador, con la excusa de que resulta sin funciones, precisamente por la inexistencia de aquélla. La empresa está en la obligación, no de “intentar reubicarlo” sino de hacerlo en efecto, sin desmejorarlo y en condiciones dignas y justas, como lo manda el artículo 25 de la Carta Política.

En segundo lugar, anota la Corte que la referencia al “negocio de la compañía” es a todas luces, en este evento, inadecuada en el Estado Social de Derecho; se trata en este caso de una empresa de servicios públicos, en la que, por tanto, el interés público está por encima del rendimiento económico. No se puede tomar como “negocio” sino como actividad en beneficio colectivo.

Con fecha 30 de septiembre de 1998 se dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo vigente con Jorge Hernando Montes, invocando la facultad prevista en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990 (fl. 126), con la consiguiente violación de sus derechos, por cuanto la norma le fue aplicada, no con el real y verdadero sentido de terminación unilateral del contrato sin justa causa, sino como consecuencia de no haberse acogido al plan “voluntario” de retiro.

En relación con el expediente T-194401, de la información obrante en el expediente se tiene que su situación es similar a la de los dos casos anteriores, pues el contrato de trabajo con Pedro Ignacio Patiño también fue terminado unilateralmente por parte de “Codensa S.A.” (fl. 101) el 2 de octubre de 1998.

En cuanto al expediente T-191589, según la información suministrada por “Codensa S.A.”, ella ha asignado a Luis Eduardo Quiroga otras labores en áreas afines a sus conocimientos y capacidades.

No obstante, en la misma comunicación, del 1 de octubre de 1998, la empresa contradice sus propias afirmaciones, al decir:

“Los planes voluntarios ofrecidos han incorporado importantes componentes de responsabilidad social, como también ha demostrado actuar “Codensa S.A.” ESP responsablemente, asignándole quehaceres al tutelante mientras la situación se define por la vía del acogimiento al plan de retiro voluntario, o una eventual reubicación, lo cual como se reiteró ha sido imposible por no reunir el actor las capacidades mínimas requeridas para los cargos existentes o que perduran en la organización que hacen necesario conocimientos técnicos especializados”. (Subraya la Corte).

No queda clara, en esa hipótesis, la situación del empleado y, además, su actividad actual se hace depender del plan de retiro, con notoria vulneración de sus derechos. Y, por si fuera poco, en la política empresarial que allí se contempla, la reubicación es apenas “eventual” y no -como debe serlo- un compromiso de la entidad por razón del proceso de privatización adelantado.

Ello es evidente, si se coteja lo dicho por la empresa con los testimonios prestados dentro del proceso (fls. 18 y 19), en los que se señala que “a él -el actor- le fue ofrecido por “Codensa S.A.” un plan de retiro voluntario y él no lo aceptó, y está sin desempeñar sus labores”.

Extraña a la Corte el siguiente párrafo de la Sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en el que se manifiesta:

“...Las declaraciones extrajuicio aportadas a folios 18 y 19 carecen de la más mínima característica que debe tener un verdadero testimonio sobre un hecho, pues no se narran circunstancias de modo, tiempo y lugar en forma objetiva como debe rendirse todo testimonio para ser apreciado como prueba eficaz. No, las personas que rinden tales declaraciones en formato similar, se limitan a decir que conocen al señor Luis Eduardo Quiroga Tere por más de 10 y 11 años, ‘...razón por la cual se y me consta que a el señor Luis Eduardo Quiroga Tere (...) le fue ofrecido por “Codensa S.A.”, ESP (sic) un Plan de Retiro Voluntario y él no lo aceptó y está sin desempeñar sus labores’, declaraciones estas que *per se* solo reflejan una afirmación personal y por tanto subjetiva, ya que las exclusivas circunstancia de conocer personalmente

al demandante, no es razón eficiente ni suficiente para deducir un hecho presuntamente sufrido por él, pero del que los declarantes no explican su conocimiento percibido directamente por sus sentidos, es decir en forma objetiva”.

Lo que se controvertía, según el objeto mismo de la demanda, era si el accionante estaba ejerciendo sus funciones o en una absoluta inactividad laboral. Y ello no necesitaba, en el supuesto negativo -que fue el de tales testimonios- elemento adicional distinto al expuesto: el de que el actor “está sin desempeñar sus labores”. Esta afirmación de los testigos, que no fueron tachados de falsos, se refiere a un hecho objetivo, externo a ellos y del cual dicen, bajo la gravedad del juramento, conocer.

De conformidad con esta información, se tiene que tres de los peticionarios, la señora Mariela Paula Rivera y los señores Jorge Hernando Montes y Pedro Ignacio Patiño, fueron desvinculados de la empresa mediante la terminación unilateral de sus respectivos contratos de trabajo y el pago de las correspondientes indemnizaciones, pero vulnerando sus derechos desde el punto de vista constitucional.

Y a Luis Eduardo Quiroga, aunque no ha sido desvinculado, se le viola su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

En tal virtud, esta Corte tutelaré los derechos invocados, ordenando a la empresa demandada que los reincorpore, que les asigne funciones que puedan efectivamente desempeñar y que se ajusten, en un contexto de dignidad y buen trato, a sus capacidades laborales.

En cuanto a los conocimientos específicos que tales trabajadores requieran para desempeñar las funciones que les sean encomendadas, es de cargo de la empresa, como lo ordenará la Corte, programar diseñar y llevar a la práctica planes de capacitación laboral.

DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C. (expediente T-191784), en cuanto concedió el amparo invocado por Jorge Hernando Montes.

Se modifican los alcances prácticos de tal providencia, en el sentido de ordenar a “Codensa S.A.” que reintegre al peticionario a su planta de personal, sin desmejorarlo respecto del nivel laboral que tenía dentro de la misma, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este Fallo; que le asigne funciones acordes con su preparación; y que implemente de manera inmediata un plan de capacitación laboral en las áreas en que deba desempeñarse.

Segundo. **REVOCAR** los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C. (expedientes T-191580 y T-194401), en cuanto denegaron el amparo invocado.

En su lugar, se **CONCEDE** la tutela del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En consecuencia, se ordena a “Codensa S.A.” que reintegre a su planta de personal, y asigne labores a Mariela Paula Rivera y Pedro Ignacio Patiño Moreno, teniendo en cuenta su preparación y capacidad laboral, sin desmejorarlos respecto de su vínculo anterior.

La empresa implementará de inmediato, para los trabajadores en mención, un plan de capacitación laboral en las áreas en que deban desempeñarse.

Tercero. **REVOCAR** la Sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá (expediente T-191589) en el caso de Luis Eduardo Quiroga Tere, ordenando en su lugar a la empresa demandada que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, señale funciones al trabajador, ubicándolo, sin desmejorarlo, en un cargo acorde con su preparación. En todo caso, de manera inmediata cesarán las actividades de hospedaje al demandante y se implementará un programa de capacitación laboral que le permita desempeñar a cabalidad las labores que le correspondan.

Cuarto.- El cumplimiento de lo que aquí se dispone queda bajo la responsabilidad directa del Gerente y representante legal de “Codensa S.A.”.

Quinto.- El desacato a lo ordenado se sancionará en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto.- Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General

SENTENCIA T-322 **mayo 10 de 1999**

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

En ejercicio del control jurídico encomendado por la Carta Fundamental, la Corte Constitucional define, con efectos de cosa juzgada constitucional, la exequibilidad o inexequibilidad de las normas jurídicas sometidas a su revisión. Estos efectos, que vienen definidos por el artículo 243 de la Carta Política, han sido objeto de reiterado análisis por la jurisprudencia de esta Corporación, al punto que puede decirse con pleno convencimiento que las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad a) tienen efecto erga omnes, es decir, general y obligatorio, tanto para particulares como para autoridades públicas; b) por regla general, surten efectos hacia el futuro y, c) son definitivas en la medida en que no pueden ser objeto de un segundo debate judicial. No obstante, los efectos de la cosa juzgada constitucional no recaen sobre la totalidad del texto de la providencia.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Fundamentos que guarden relación directa con parte resolutive así como los que la Corporación misma indique

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Alcance

TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

-Procedencia ante actuaciones de hecho

DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE VIA DE HECHO-Fuerza vinculante y de obligatorio cumplimiento

VIA DE HECHO-Clases de defectos en la actuación

FUERO SINDICAL-Firmeza de la inscripción en el registro

ACTO ADMINISTRATIVO-Inscripción en el registro sindical

ACTO ADMINISTRATIVO-Firmeza

FUERO SINDICAL-Amparados hasta dos meses después de la inscripción en el registro

VIA DE HECHO EN PROCESO LABORAL-Efectividad de la inscripción sindical

DEBIDO PROCESO LABORAL-Efectividad de la inscripción sindical

Referencia: Expediente T-189.308

Peticionario: Luis Alfonso Castro Saavedra

Procedencia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Alfredo Beltran Sierra y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-189.308, adelantado por el ciudadano Luis Alfonso Castro Saavedra en contra de la providencia emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que resolvió en apelación un proceso de fuero sindical promovido por el peticionario.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del 29 de enero de 1999, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del mismo Decreto, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

Luis Alfonso Castro Saavedra, actuando por conducto de apoderado, solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la asociación sindical, presuntamente vulnerados por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, según se desprende de los siguientes:

2. Hechos

El día 17 de enero de 1996, treinta de sus trabajadores se reunieron en la sede de la empresa Industrial de Gaseosas S. A. (Indegal), con el fin de fundar el sindicato de primer grado "Sintradega". Acto seguido, los sindicalistas fundadores procedieron a notificar la existencia de la organización a la propia empresa y al Ministerio de Trabajo, que mediante Resolución 312 del 8 de febrero de 1996 formalizó la inscripción del sindicato en el registro sindical, así como la de los estatutos y la lista de la junta directiva.

El 29 de enero de 1996 las directivas del sindicato remitieron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la lista de 20 trabajadores que adherían a la organización laboral en calidad de co-fundadores, entre los cuales se encontraba el peticionario de esta tutela (folio 75, I).

El 26 de abril de 1996, la empresa procedió a cancelar el contrato de trabajo del demandante sin justa causa. Ese mismo día, en el periódico La Prensa, aparecía publicada la Resolución 847 del 24 de abril de 1996 mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social confirmaba la Resolución 312 del 8 de febrero que confirió, como se dijo, el registro sindical a "Sintradega", pues ésta última había sido impugnada en su momento por la empresa.

Ante el despido injustificado de que fuera víctima, y por el hecho de que la compañía embotelladora lo hubiera separado sin reconocerle el fuero laboral derivado de su *status* de co-fundador y sin obtener el permiso del respectivo juez laboral, el trabajador instauró demanda ante la jurisdicción laboral para obtener su reintegro.

El proceso correspondió en reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá que, en providencia del 22 de abril de 1998, resolvió absolver a la empresa de los cargos formulados en la demanda. Según el juzgado de instancia, para que el fuero sindical surta efectos ha de mediar la comunicación al empleador del ingreso del trabajador al sindicato, requisito que no fue acreditado en el proceso. En efecto -dice el juzgado-, las pruebas testimoniales son contradictorias en relación con la notificación del sindicato de la vinculación de Castro Saavedra a la organización laboral, por lo que, al ignorar dicha vinculación, el empleador no estaba obligado a respetar el fuero del trabajador.

Impugnada la decisión de primera instancia, correspondió en alzada al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que confirmó el fallo con base en el siguiente argumento: resulta irrelevante considerar la fecha de notificación al empleador de la vinculación del trabajador al sindicato, si se atiende al hecho de que los dos meses de fuero sindical concedidos por el artículo 406 del C.S.T., modificado por la Ley 50 de 1990, empiezan a correr a partir del día en que tiene lugar la inscripción del sindicato ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Para el caso particular, esa fecha fue el 8 de febrero, por manera que los dos meses de vigencia del fuero sindical vencieron el 8 de abril, 18 días antes del retiro del empleado. En estas circunstancias, a la fecha en la que se produjo el despido, el actor no se encontraba aforado.

Dice el demandante en su memorial de tutela que el término de vigencia del fuero sindical es de seis meses y que éste debe empezar a correr a partir del día en que quedó en firme la inscripción del sindicato en el registro sindical, es decir, el 2 de abril de 1996, o, en su defecto, el día en que se publicó, el 24 de abril; pero no el 8 de febrero, como lo señala el Tribunal de Bogotá.

3. Pretensiones

El demandante recurre a la acción de tutela con el fin de que se disponga dejar sin efectos el fallo del 19 de julio de 1998, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá y se haga un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta que la inscripción del sindicato quedó ejecutoriada el 2 de abril de 1996 y es a partir de esa fecha que debe empezar a contabilizarse la garantía foral.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

Mediante providencia del 16 de septiembre de 1998, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca decidió denegar la tutela interpuesta por el señor Castro Saavedra porque, analizada la decisión que resolvió absolver de los cargos a la entidad demandada en el proceso laboral, no se encontró vía de hecho alguna que hubiera vulnerado los derechos fundamentales del tutelante.

En efecto, el juez de instancia no halló que la providencia mostrase carencia de fundamento legal o hubiese estado sometida a la voluntad subjetiva del juzgador, o que hubiese atentado de manera grave contra un derecho fundamental. Por el contrario, encontró justificados y razonables los argumentos para emitir sentencia desfavorable a las pretensiones del demandante, como quiera que consideró ajustado a la ley el que fuera el 8 de abril la fecha de vencimiento del fuero sindical y no la alegada por el trabajador.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión, el actor procedió a impugnarla. En su opinión, el fallo de tutela se abstuvo de analizar el tema de la ejecutoria de la resolución por medio de la cual el Ministerio de Trabajo procedió a inscribir en el registro respectivo a la organización sindical, pues ésta era la base para definir la fecha de vencimiento del fuero sindical.

3. Segunda Instancia

El Consejo Superior de la Judicatura confirmó en todas sus partes la decisión del *a-quo*, en providencia emitida el 26 de octubre de 1998.

Al parecer de la Sala, la acción de tutela no es procedente contra decisiones judiciales debido a que la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas legales que así lo permitían. No basta -dice- que en la parte motiva de la Sentencia C-037/96 -por medio de la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ)-,¹ la Corte Constitucional hubiera hecho mención de la eventual procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando la decisión de que se trate pueda causar un perjuicio irremediable, porque el alcance de las decisiones judiciales se concreta a lo dispuesto en la parte resolutive. Pero tampoco resulta obligatoria la doctrina de la Corte Constitucional en esta materia -dice el Consejo Superior- en la medida en que la expresión de la cual se deriva la tesis: "La interpretación que por vía de autoridad hace [la Corte Constitucional] tienen carácter obligatorio general", consignada en el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96) fue introducida por la propia Corte, sin el trámite legislativo correspondiente, en la Sentencia C-037 de 1996.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para examinar el fallo de tutela de la referencia.

¹ Sentencia C-037/96 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

2. Lo que se debate

En circunstancias regulares, el decurso de este proceso habría impuesto a la Sala Novena de Revisión el simple deber de considerar la posible existencia de una vía de hecho para conceder o negar la tutela interpuesta por el señor Castro Saavedra contra la sentencia del Tribunal de Bogotá que denegó sus pretensiones laborales. No obstante, como quiera que en segunda instancia el Consejo Superior de la Judicatura despachó desfavorablemente el amparo con el argumento de que tal mecanismo no procede en absoluto para controvertir las providencias judiciales que se han salido del cauce de la juridicidad, esta Sala se ve precisada a resolver dicha cuestión antes de abordar el tema de la vía de hecho en el caso particular.

3. La acción de tutela contra providencias judiciales

Como se advirtió en su momento, el Consejo Superior de la Judicatura confirmó la decisión del Consejo Seccional de Cundinamarca por medio de la cual se resolvió desfavorablemente la tutela. Pero las razones que motivaron la decisión del *ad-quem* fueron distintas de las que adujo la primera instancia.

Los argumentos expuestos por el Consejo Superior de la Judicatura para sentar su postura son básicamente los siguientes: 1. No existe disposición legal de la cual se derive la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, pues las normas que así lo permitían -los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991- fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543/92²; 2. Los argumentos que sustentan la procedencia de la tutela contra las “actuaciones de hecho” de los jueces, fueron incluidos en dicha sentencia después de que el proyecto recibiera la aprobación respectiva, sin la anuencia - claro está - de los magistrados que componen la Sala Plena de la Corte; 3. La circunstancia de integrar la parte motiva de la sentencia C-543/92 no le confiere fuerza vinculante a los argumentos que justifican la tutela contra providencias judiciales sino, a lo sumo, categoría de criterios auxiliares para la administración de justicia y, finalmente 4. Que esta posición se encuentra corroborada por el texto del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ) cuando, al referirse al alcance de las sentencias dictadas por la Corte en ejercicio del control constitucional, dispone que sólo será de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* su parte resolutive, a pesar de que la expresión final del numeral primero de la norma le conceda carácter obligatorio general a la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte, pues esta expresión fue “agregada” por esta Corporación “sin que sufriera trámite legislativo ni, por ende, fuera aprobada y expedida por éste” y, por tanto “es de dudosa obligatoriedad”.

Para esta Sala de Revisión, los argumentos del Consejo Superior de la Judicatura no se compadecen con el desarrollo que la jurisprudencia de la Corte le ha dado a la tutela como institución jurídica. Para demostrarlo, esta Sala procederá a refutar una por una las tesis expuestas en la providencia objeto de revisión pero, debido a exigencias metodológicas, lo hará invirtiendo el orden de su exposición. En este sentido, empezará por reiterar el tema de la fuerza vinculante de la parte motiva de las sentencias que se dictan en ejercicio del control de constitucionalidad.

² Sentencia C-543/92 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

4) La parte resolutive de las sentencias que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control de constitucionalidad es la única que tiene efecto obligatorio general, o *erga omnes*.

En ejercicio del control jurídico encomendado por la Carta Fundamental, la Corte Constitucional define, con efectos de cosa juzgada constitucional, la exequibilidad o inexecutable de las normas jurídicas sometidas a su revisión. Estos efectos, que vienen definidos por el artículo 243 de la Carta Política, han sido objeto de reiterado análisis por la jurisprudencia de esta Corporación, al punto que puede decirse con pleno convencimiento que las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad: a) tienen efecto *erga omnes*, es decir, general y obligatorio, tanto para particulares como para autoridades públicas; b) por regla general, surten efectos hacia el futuro y; c. son definitivas en la medida en que no pueden ser objeto de un segundo debate judicial.³

No obstante, los efectos de la cosa juzgada constitucional no recaen sobre la totalidad del texto de la providencia. De acuerdo con el artículo 48 de la LEAJ “*Las [sentencias] de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive*”.

En principio, la nítida redacción de la norma podría llevar a la conclusión de que ninguna expresión de la parte considerativa de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante con efectos de cosa juzgada. Incluso, la redacción subsiguiente de la norma advierte que “la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. Sin embargo, la circunstancia de que en numerosas ocasiones surja la necesidad de vincular la parte resolutive del fallo con los argumentos que sirvieron de base para tomar la decisión, ha hecho que la jurisprudencia reconozca los efectos *erga omnes* de algunas expresiones que no figuran en el capítulo resolutive.

Sobre el particular, dijo la Corte:

“3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?”

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

“Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

“*En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.*”

³ Cfr. Sentencia C-131/93. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia” (Subrayas fuera del original)⁴

Ahora bien, si se atiende con precisión su sentido literal, el párrafo inmediatamente transcrito habla de *“los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique”*. Estos dos conceptos constituyen supuestos distintos que merecen consideraciones independientes, pues mientras el primero se refiere a los fundamentos que implícitamente están fusionados con la parte resolutive, el segundo vincula a los que, por voluntad deliberada del juez constitucional, quedan adheridos a la decisión. En suma, la diferencia reside en que mientras la vinculación en el primer caso es tácita, que en el segundo se resuelve *ex profeso*.

Las sentencias de constitucionalidad condicionada, a las que la Corte acude cuando quiere evitar que una norma que admite varias interpretaciones, una de las cuales es constitucional, sea retirada del ordenamiento jurídico, son ejemplos patentes de la segunda hipótesis⁵. En estos casos, la Corte incorpora el condicionamiento de la norma, que aparece consignado, claro está, en la parte considerativa de la providencia, a la decisión que toma en la parte resolutive, fusionando el par de expresiones en un todo lógico inescindible que cobra, en conjunto, fuerza de cosa juzgada constitucional. Este procedimiento, el de las constitucionalidades condicionadas, tiene pleno sustento en el principio de conservación del derecho,⁶ pero además, se adopta por la jurisprudencia gracias a la potestad exclusiva y excluyente que ostenta la Corte Constitucional para determinar el alcance de sus fallos, limitada -claro está- por sus competencias. No de otro modo pueden interpretarse las palabras contenidas en la Sentencia C-113/93 cuando señalan que *“sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”*⁷

Entonces, no resulta técnicamente cierta la afirmación según la cual, sólo la parte resolutive de las sentencias que se dictan en ejercicio del control de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada: las observaciones precedentes explican cómo otras zonas de la providencia pueden también generar ese efecto jurídico.

Hay que decir que el conjunto de apreciaciones jurídicas que se viene presentando está a su vez cubierto con el efecto de la cosa juzgada constitucional. Esto, en virtud de que la Sentencia C-037/96 condicionó la exequibilidad del artículo 48 de la LEAJ, que desarrolla el alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional a los argumentos que se vienen esbozando.

⁴ Ibidem

⁵ “De acuerdo con el principio hermenéutico de conservación del derecho, también conocido como principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexequibilidad, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional.” Sentencia C-499/98 (Magistrado Ponente Dr. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁶ Cfr. entre otras, las Sentencias, C-600A/95; C-100/96; C-280/96; C-065/97; C-320/97; C-324/97; C-466/97; C-468/97

⁷ Sentencia C-113/93 Magistrado Ponente Dr. Dr. Alejandro Martínez Caballero

De manera que se da en este caso una singular aplicación de la regla sobre sí misma: el argumento de que la parte considerativa de las sentencias que se incorpora a la parte resolutive tiene fuerza obligatoria, el cual, a su vez, hace parte de los considerandos del fallo C-037/96, se vuelve obligatorio en la medida en que la parte resolutive de esa Sentencia lo incorpora a ella, por expresa decisión de la Corte.

Veamos. La Sentencia C-037/96 señala:

“...solo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.”

Acto seguido, y luego de formular algunas precisiones sobre el respeto que los jueces le deben a la doctrina constitucional para que no se quebrante el derecho a la igualdad de los asociados, la Corte fijó en esa ocasión que: *“Bajo estas condiciones, el artículo será declarado exequible...”*. Se entiende entonces que el inciso primero del artículo 48 de la LEAJ esté condicionado a la precisiones anteriores y que las mismas, por manifiesta voluntad del organismo encargado de velar por la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, son de obligatoria observancia. Por demás, despeja cualquier duda el texto de la parte resolutive de la Sentencia C-037/96 cuando dispone *“TERCERO.- Declarar EXEQUIBLES, pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...) el artículo 48...”*

Hasta ahora se había dejado de lado, por razones metodológicas, el segundo reproche que recae sobre la expresión final del numeral 1º artículo 48 de la LEAJ. Este aparte, en opinión del Consejo Superior de la Judicatura, peca de dudosa obligatoriedad por haber sido “agregado” supuestamente por la Corte al texto de la ley.

Pues bien, dice el Consejo Superior que esta Corporación añadió al texto del artículo 48 de la LEAJ, la frase *“la interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general”*, sin que la misma hubiera sido sometida al debate democrático respectivo en el Congreso de la República del cual pudiera derivar su legitimidad y obligatoriedad.

Para esta Sala resulta sorprendente que un Tribunal de la jerarquía del Consejo Superior, aventure señalamientos que demuestran escaso conocimiento de la evolución operada en materia de control de constitucionalidad en los países que confían esta tarea a un órgano límite. Si se acude al texto de la sentencia con un mínimo de atención, la desventurada frase corresponde a la redacción final resultante de haber sido declaradas inexecutable las expresiones *“Sólo”* y *“el Congreso de la República”*, que hacían parte de la redacción original de la norma, presentada por el Órgano Legislativo. Con fundamentos consistentes, la Sala Plena de la Corte procedió a eliminar de la norma, los vástagos que consideró lesivos del Estatuto Superior, dejando vigentes los que la secundaban; pero jamás agregó una coma, siquiera. No existe por tanto, adición o suplemento hecho al texto definitivo de la disposición que, por demás, resultó aprobado en los siguientes términos:

“La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que solo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia.

“Las razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general.” (Sentencia C-037/96 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

3) La circunstancia de integrar la parte motiva de la sentencia C-543/92 no le confiere fuerza vinculante a los argumentos que justifican la tutela contra providencias judiciales sino, a lo sumo, categoría de criterios auxiliares para la administración de justicia.

Hecha la aclaración anterior, resulta simple establecer si las consideraciones vertidas en la Sentencia C-543/92, que justifican supuestamente la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, tienen o no tienen efectos de cosa juzgada constitucional. Bastaría determinar si aquellas se encuentran, como dice la Corte, inescindiblemente ligadas con la parte resolutoria del fallo o adheridas expresamente a él por virtud de la sentencia, para deducir su obligatoriedad. En caso contrario, habría que aceptar que las mismas ostentan apenas la calidad de criterios auxiliares para la administración de justicia.

Ahora bien, mediante Sentencia C-543/92 la Corte Constitucional procedió a retirar del ordenamiento jurídico los artículos que admitían la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Las normas expulsadas del Decreto 2591 de 1991, prevenían la caducidad de la tutela, en especial de las que se instauran contra providencias judiciales (artículo 11 y 40) y los efectos de dicha caducidad (artículo 12).

Los argumentos expuestos en esa ocasión por la Corte, acogidos hoy por el Consejo Superior de la Judicatura, aparentemente apoyan la tesis según la cual no es permitido recurrir a la acción del artículo 86 superior con el fin de controvertir órdenes judiciales. En este sentido dijo la Corte:

“El principio democrático de la **autonomía funcional del juez**, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aun cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto

controvertido. De ningún modo se podría preservar la autonomía e independencia funcional de un juez de la República si la sentencia por él proferida en un caso específico quedara expuesta a la interferencia proveniente de órdenes impartidas por otro juez ajeno al proceso correspondiente, probablemente de especialidad distinta y, además, por fuera de los procedimientos legalmente previstos en relación con el ejercicio de recursos ordinarios y extraordinarios.

(...)

“Como se puede advertir, habiendo establecido el Constituyente jurisdicciones autónomas y separadas (Título VIII de la Constitución) y puesto que el funcionamiento de ellas ha de ser desconcentrado y autónomo (artículo 228 de la Carta), no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción Constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso-administrativa a fin de resolver puntos de derecho que están o estuvieron al cuidado de estas. Considerar que semejante opción se aviene a lo preceptuado por la Carta, tanto vale como aceptar que ésta consagró jurisdicciones jerarquizadas, lo cual no encuentra sustento en la normatividad vigente.”

¿Existe acaso, por lo que acaba de decirse, una contradicción en la jurisprudencia de la Corte? Se dijo al comienzo que la Sentencia C-543/92 sentaba las bases para justificar la procedencia de tutela contra decisiones judiciales; pero de lo transcrito se tiene que la Corte dijo en ella lo contrario. ¿Dónde está entonces el verdadero sentido del fallo?

Pues bien, es cierto que algunos apartes de la Sentencia consignan un resuelto repudio hacia la viabilidad de la tutela contra providencias; pero también lo es que en otras páginas se avala claramente la posibilidad de recurrir a ese mecanismo cuando, bajo ciertas circunstancias, las actuaciones del juez adquieren visos de abierta antijuridicidad. En tales eventos -dijo la Corporación- *“ nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”*.

Hecha la previsión anterior, este Tribunal remató su exposición con el siguiente aserto: *“De las razones anteriores concluye la Corte que no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente”*.

Miradas así las cosas, no cabe duda que la salvedad hecha en el párrafo inmediatamente transcrito, adquiere fuerza vinculante por haber sido incorporada a la decisión de la Corte; no

es una simple consideración auxiliar, no es tampoco un recurso retórico: es la salvedad que permite dilucidar el nacimiento de una tesis jurídica sobre la intangibilidad relativa de los fallos judiciales que se profieren en abierto desconocimiento del orden jurídico. La tutela no procede contra providencias judiciales excepto cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable y como mecanismo transitorio; repugnaría a la técnica jurisdiccional en sede constitucional que una advertencia como ésta cayera en el vacío, como pretende hacerlo ver el Consejo Superior de la Judicatura. La excepción condicionada, adherida a la regla de que la tutela no procede contra providencias, adquiere vigor normativo en tanto se erige como la manera constitucionalmente correcta de interpretar el conflicto entre la tutela y la actividad judicial. Una conducta que desconociera esta interpretación presupondría que la Corte Constitucional, en sus providencias, incurre en vana palabrería.

No obstante, podría admitirse que la Sentencia en cuestión apenas fundó las bases de una jurisprudencia que, tempranamente, delimitó los términos reguladores de la contienda entre tutela y providencias judiciales. Hay que entender -y ello lo omite el Consejo Superior de la Judicatura- que la jurisprudencia en la materia no está construida exclusivamente sobre la base de los argumentos que la Sentencia C-543/92 expuso, sino, además, sobre la de los numerosos pronunciamientos emitidos por esta Corte, que le han dado al debate la apariencia que presenta en la actualidad.

Para hacerlo evidente, los fallos que a continuación se reproducen describen el desarrollo experimentado por la jurisprudencia a este respecto, la cual, reconociendo en primera instancia que la regla fijada por la Sentencia C-543/92 admitía excepciones, entendió factible aceptar la viabilidad de la tutela contra actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, actuaciones que luego llamó, “vías de hecho”.

“Así, pues -ha concluido la Corte-, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.

“...nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario, por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta, es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario (artículo 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991)” (se subraya C-543/92, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

“No obstante, la regla general de la que se viene tratando no es absoluta y, por tanto, admite excepciones que han sido reconocidas y precisadas por la Corte Constitucional en la misma sentencia referida y en fallos posteriores.

“Teniendo en cuenta que los jueces son autoridades públicas y que, pese a la intangibilidad de su autonomía funcional, pueden incurrir en actos u omisiones que, por fuera de sus compe-

tencias y atribuciones, son capaces de producir agravio o amenaza a los derechos fundamentales (T-173/93 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

“Aunque esta Corte declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, la doctrina acogida por esta misma Corporación, ha señalado que es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante vías de hecho, vulneren o amenacen derechos fundamentales.

(...)

“Lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho. Según esto, hay que pronunciarse judicialmente de conformidad con lo que en el proceso se propone y se prueba, todo bajo el imperio de la ley, que es la que faculta taxativamente a la autoridad judicial para actuar dentro del proceso. Luego el juez debe proceder según estos criterios y no según su propio arbitrio”(Sentencia T-158/93. M.-P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

“Una actuación de la autoridad pública se torna en vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

(...)

“La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando esta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.

“Se infiere de lo anterior que las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte -pese a su forma- en verdaderas **vías de hecho**, no merecen la denominación ni tienen el carácter de **providencias** para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. (T-079/93. M.P.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“De los párrafos transcritos aparece claro que la doctrina de la Corte ha efectuado un análisis **material** y ha establecido una diáfana distinción entre las **providencias judiciales** -que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico- y las **vías de hecho** por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.

“En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho (T-173/93M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

De todo lo dicho, esta Sala de Revisión concluye que los conceptos vertidos por la Corte Constitucional en materia de viabilidad de la tutela contra providencias judiciales, en especial los que tienen que ver con la vía de hecho como factor de procedibilidad de la misma, sí poseen fuerza vinculante y son de obligatorio cumplimiento para los jueces constitucionales. En esa medida, desestima el argumento sentado al respecto por el Consejo Superior de la Judicatura.

2) Los argumentos que sustentan la procedencia de la tutela contra las “actuaciones de hecho” de los jueces, fueron incluidos en la Sentencia C-543/92 después de que el proyecto recibiera la aprobación respectiva, sin la aquiescencia –claro está– de los magistrados que componen la Sala Plena de la Corte.

Este reparo, que para la Sala no ofrece mayores consideraciones, pretende deslegitimar el fallo de la Corte con motivo de algunas objeciones que los magistrados disidentes formularon en su momento por razón del trámite dado al proyecto de fallo y al texto de la providencia que finalmente vio la luz. Según éstos, algunas de las consideraciones consignadas en el texto definitivo de la sentencia, que fueron adicionadas a última hora sin el consenso general, inciden a tal punto en la problemática estudiada que debieron modificar el rumbo de la decisión, tornando la inexequibilidad pura y simple a lo sumo en inexequibilidad parcial o constitucionalidad condicionada.

Las consideraciones “morosas”, de que habla el salvamento de voto conjunto, aluden particularmente al tema de la procedencia de la tutela contra “actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”, que son el objeto del presente debate.

Para esta Sala, sin embargo, no existe asomo de duda sobre la legitimidad del fallo cuestionado. Las discrepancias aludidas no desbordaron los límites de la desavenencia respetuosa y en manera alguna socavaron la solidez jurídica de la decisión.

Fueron los propios magistrados que salvaron el voto los que así lo manifestaron en el comunicado emitido a propósito de los comentarios difundidos por la prensa: “En el salvamento de voto no se acusa -como de manera inexacta y ligera se ha interpretado en algunos medios de comunicación- a los demás magistrados de haber alterado o cambiado el fallo. Simplemente, se hacen comentarios y se desarrollan argumentos a partir de textos que aparecen en la versión definitiva del fallo y que, a juicio de los disidentes, tienen una importancia capital y en su opinión han debido reflejarse en la parte resolutive. Se trata de un argumento adicional del salvamento que no entraña acusación alguna contra la mayoría y no puede ser utilizado por fuera del contexto natural del debate en detrimento de su dignidad y rectitud. De hecho, en el salvamento se reconoce que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a la cual se refieren los textos aludidos, es el punto de acuerdo de todos los magistrados de la Corporación”.

Y agregan,

“En los cuerpos colegiados y en los asuntos jurídicos es corriente que respecto de ciertas materias no exista unanimidad.

“Sin embargo, en esencial que se adopte, después de un razonado debate, una decisión definitiva.

“4. La decisión definitiva fue acogida por cuatro votos contra tres y como sentencia merece el respeto y acatamiento de todos los magistrados, incluidos los que se apartaron de la misma”.

Jamás la integridad del fallo fue puesta en tela de juicio, al punto que, como lo reconocieron también los disidentes, “...lo escrito escrito está, y haciendo caso omiso de sus motivaciones próximas, de la marchita tutela se conserva la acción de tutela contra sentencias como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la cual por surgir de la misma Constitución y reiterarse por la Corte Constitucional puede ser utilizada desde ahora por las personas afectadas por las decisiones judiciales que vulneren sus derechos fundamentales.”(se subraya)

1) A partir de la Sentencia C-543/92, no existe norma legal que sustente la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

Así expuesta, la afirmación podría parecer correcta, pero es el resultado de un silogismo simple e ignorante de las variables que han sido objeto de comentario en esta providencia. Es cierto que, a partir de la decisión C-543/92, desaparecieron del orden jurídico nacional los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, dedicados a regular de manera expresa la tutela contra sentencias; no obstante, del mismo fallo y de las providencias subsiguientes, ha surgido en el país una sólida jurisprudencia que resalta con precisión los alcances de la acción constitucional del artículo 86, cuando se entabla para enervar conductas “*de facto*”, contenidas en aparentes decisiones jurídicas.

Desconocer esta situación es ignorar el papel integrador que la Corte cumple cuando interpreta las normas constitucionales y somete a revisión las de inferior rango. La función hermenéutica que esta Corporación desarrolla, como custodia de la integridad y supremacía de la Carta, tiende a la articulación armónica de las normas jurídicas y a la supervivencia de los conceptos que resultan respetuosos del orden democrático. Aunque el principio de autonomía judicial impone el respeto por las decisiones jurisdiccionales, la Corte sólo estima legítimo el sometimiento a las que, aunque heterogéneas, se dictan a la sombra de los preceptos constitucionales, no de las que han salido francamente descarriadas. De allí que la Corte haya dicho en un fallo reciente:

“La Constitución no produce simplemente una mera unidad formal del ordenamiento, sino que su propósito fundamental es el de reconducir todas sus piezas a unos principios y valores superiores, para lo cual se requiere de una interpretación articuladora que promueva una verdadera unidad sustancial. La defensa de la Constitución, por esta razón, coincide con la progresiva y coherente construcción de la voluntad constituyente. En este caso, la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el *status* activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. De otro lado, las tareas que cumple la Corte Constitucional son únicas, en cuanto que ningún otro órgano podría realizarlas. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República.

“(...)

“Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional –por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución–, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. La supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que esta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas constituciones como intérpretes. Las exigencias de supremacía e integridad de la Constitución, por lo demás presupuestos de su valor normativo superior, sólo se satisfacen si se concede a la interpretación que la Corte hace de sus preceptos el sentido de significado genuino y auténtico de su contenido y alcance. Lo anterior adquiere mayor claridad si se tiene presente que los principios de supremacía e integridad de la Constitución no tienen existencia autónoma, como quiera que su efectiva realización precisa de una firme voluntad consagrada a su defensa, ante todo; se trata de atributos cuya posibilidad material depende de la incesante función interpretativa de la Corte Constitucional, indispensable para su protección y vigencia.

“13. Los principios de supremacía e integridad de la Constitución, que por fuerza lógica se traducen en la destacada ubicación de la Corte Constitucional en el concierto de los poderes del Estado –a fin de garantizar la adecuada defensa y vigor de la Carta, como norma jurídica superior–, se acompañan de una serie de mecanismos que conducen a asegurar la uniformidad de su interpretación. Entre otros métodos o técnicas de articulación, cabe en esta oportunidad mencionar dos que se orientan en esta dirección. La institución de la cosa juzgada constitucional, en primer término, garantiza el carácter general de las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional que, por lo tanto, están dotadas de efectos *erga omnes*. En segundo término, la revisión eventual de las sentencias de tutela contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En este campo, la revocación de las sentencias o actos de los jueces lesivos de los derechos fundamentales, como puede ocurrir en aplicación de la doctrina sobre las *vías de hecho*, se revela como un instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución.” (Sentencia SU 640/98 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Vistas así las cosas y descartados de plano los argumentos que fundan la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala procede a revisar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, impugnada en sede de tutela por el peticionario de la referencia, con el fin de determinar si es procedente el amparo por existir una vía de hecho.

4. El caso concreto

Como se planteó en su momento, el tutelante pretende dejar sin efectos la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que desestimó por improcedente la acción de fuero sindical instaurada en contra de INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGAL). Dice el demandante que la garantía foral de dos meses debió correr a partir de la fecha en que quedó en firme el acto administrativo por el cual se dispuso el registro sindical de “Sintravecol”,

esto es el 2 de abril de 1996, o en su defecto, del día de la publicación del acto, que fue el 24 de ese mismo mes.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal sostiene que la fecha desde la cual corre la vigencia del fuero sindical es el 8 de febrero de 1996, día en el que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social efectuó la inscripción del sindicato en el registro correspondiente. En su providencia, el Tribunal advierte:

“Sobre este tema, la jurisprudencia y la doctrina en Derecho Laboral han señalado que el recto entendimiento de dicha norma es que los fundadores de toda organización sindical se encuentran protegidos de fuero sindical, durante el tiempo necesario para obtener el registro sindical, sin exceder de 6 meses, tiempo máximo que gozan los fundadores para legalizar su derecho de asociación, ello es, (sic) así como la ley protege al ser humano que está por nacer, así mismo protege a la organización sindical en formación, empero una vez obtenida la personería jurídica hoy con la modificación de la Ley 50 de 1990 y el cambio de Constitución Política en 1991 el registro sindical, la garantía foral, para los fundadores se extiende sólo por dos (2) meses desde la fecha de la inscripción”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la vía de hecho en una decisión judicial se configura cuando se actualizan las siguientes circunstancias: “1. Que la conducta del agente carezca de fundamento legal; 2. Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; 3. Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente, y 4. Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado” (Sentencia T-327/94 M.P.Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

Para esta Sala de Revisión, la providencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso laboral promovido por el actor, desconoce abiertamente la normatividad del Código Contencioso Administrativo y atenta contra los derechos al debido proceso y a la administración de justicia del reclamante.

En efecto, el artículo 406 del C.S.T., modificado por el 57 de la Ley 50 del 90, señala que el fuero sindical de los trabajadores que ingresaren al sindicato con anterioridad al registro del mismo, corre a partir del día en que se constituye la organización laboral, hasta dos meses después de la **inscripción**, sin exceder los seis meses. Hasta aquí, no hay reparo alguno contra la sentencia del Tribunal.

No obstante, el artículo citado impone al juzgador la subsecuente obligación de ubicar con plena exactitud la fecha de tal inscripción, con el fin de establecer, de acuerdo con los cálculos calendarios, si el despido tuvo lugar o no durante el amparo de la garantía sindical; empero, tanto el Tribunal de instancia como el Consejo Seccional de la Judicatura y, por supuesto, el Consejo Superior, omitieron adelantar cualquier estudio al respecto.

Se observa que la resolución de inscripción emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es un acto administrativo de carácter particular, sometido como tal al régimen del

Código Contencioso Administrativo (art.44 C.C.A.) Particularmente, el procedimiento de inscripción está regulado por la Resolución 001718 de 1991 del Ministerio de Trabajo que, en su artículo 8° establece:

“Artículo 8° Las providencias por medio de las cuales se decide sobre la solicitud de inscripción en el registro sindical de una organización sindical, se notificarán conforme a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, debiéndose notificar al empleador en los casos a que hubiere lugar.

“Los recursos que se interpongan contra dichas providencias, serán resueltos en la forma prevista en los artículos 50 y siguientes del mismo Código” (se subraya).

Siendo así las cosas, y estando de acuerdo en que la reglamentación especial remite en lo general al C.C.A., la inscripción en el registro sindical, por constituir un acto administrativo, sólo podía quedar en firme “cuando los recursos interpuestos se [hubieran] decidido”, pues así lo dispone el artículo 62-2 del ordenamiento contencioso. Lo anterior tiene la siguiente trascendencia: la eficacia del acto se desencadena, únicamente, a partir de la notificación de la decisión que resuelve los recursos de la vía gubernativa, interpuestos contra la medida inicial.

Así lo ordena el inciso final del artículo 8° transcrito y así también se deduce de considerar el artículo 55 del C.C.A. según el cual, los recursos de la vía gubernativa se conceden en efecto suspensivo. De allí que no pueda hablarse de un acto administrativo eficaz mientras se encuentren pendientes dichos recursos. Y como del concepto de eficacia del acto se deriva el de obligatoriedad de sus efectos, salta a la vista que mientras los recursos gubernativos están pendientes, los efectos del acto administrativo impugnado no son obligatorios ni, por tanto, oponibles. Para ahondar en razones sobre las consecuencias de quedar en firme un acto administrativo, resulta pertinente la cita del artículo 64 del C.C.A., que a la letra señala:

“Art. 64.- Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.” (se subraya).

Adicionalmente, es válido apoyar la presente tesis en la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que sobre el particular señaló en dos pronunciamientos:

“El acto administrativo susceptible de recursos solo adquirirá firmeza cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. Firmeza que le permitirá a la administración ejecutar de inmediato a los actos necesarios para su cumplimiento. Por eso mismo dispone la ley que esa firmeza es requisito indispensable para la ejecución aun contra la voluntad de los interesados (artículos 62 numeral 2 y 64 del C.C.A.).

“A contrario sensu, el acto inicial objeto de recursos no podrá cumplirse antes de la decisión de estos, entre otras razones porque los recursos de vía gubernativa se conceden en el efecto suspensivo.

“Pero el efecto suspensivo en materia de recursos es sólo regla general, porque existen casos señalados en la ley que le permiten a la administración se ejecución inmediata, como

en algunos asuntos de policía administrativa relacionados con el orden público y de fallas graves en el ejercicio de la función pública por parte de los servidores del Estado. En tales eventos la formulación de los recursos no impedir la ejecución de la medida. Aquí, por razones de orden público aceptadas en la ley, se anticipan los efectos ejecutorios a la firmeza del acto administrativo”⁸.

“Como es sabido, una vez culminado el proceso administrativo con la correspondiente decisión, puede afirmarse que existe acto administrativo, entendido como la emisión de voluntad de la autoridad administrativa con el Propósito de que produzca efectos jurídicos; y como tal, cobijado con la presunción de legalidad o de legitimidad, que es una prerrogativa de la que gozan los actos administrativos y que significa que presumiblemente éstos se atemperan a todas las reglas y se respetaron las normas que enmarcan su expedición.

“Frente a las decisiones administrativas el derecho de defensa y contradicción de los posibles afectados con el acto, se garantiza y concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa como los de reposición y apelación, que deben ejercitarse en los términos que señala el artículo 50 del C.C.A. y cuyo objeto es el de controvertir ante el mismo funcionario, o su superior la voluntad administrativa plasmada en los actos por ella producidos, otorgando la oportunidad también a la Administración de revisar sus propias decisiones antes de que sean sometidas a control jurisdiccional.

“En la forma como lo determina el Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos de los que se viene hablando, o sea los de carácter particular y concreto una vez agotada la vía gubernativa (bien porque no se interpusieron los recursos o porque éstos se decidieron), adquieren firmeza y gozan de los atributos especiales de ejecutividad, que permite su ejecución forzosa en manos de la Administración (art. 64), de presunción de legalidad, según la cual se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario y que implica que éstos deben ser obedecidos tanto por la Administración como por los particulares, en tanto no sean anulados o suspendidos en sus efectos por la jurisdicción (art. 66) y de mérito ejecutivo que permite a la Administración exigir su cumplimiento aún por la vía de la coacción (art. 68)”⁹.

Descendiendo al caso particular, se tiene que la empresa INDEGA S.A. interpuso los recursos de la vía gubernativa contra la Resolución 312 de 1996 y que los mismos fueron resueltos el 2 de abril mediante Resolución 847 de 1996. El registro sindical de la organización laboral Sintravecol quedó en firme, por tanto, ese día, pues a la luz del artículo 44 del C.C.A. “No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación”. En estas condiciones, los dos meses de fuero sindical previstos por el artículo 406 del C.S.T. vencieron al día 2 de junio, por haberse puesto en marcha el 2 de abril, fecha de la notificación de la Resolución 847 de 1996 (folio 220).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 1991. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. No. 6299. Actor: Guillermo Benito Vallejo Ama.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de febrero de 1998. Consejero Ponente Dr. Julio E. Correa Restrepo. Exp. No. 8673. Actor: Alfonso Sarmiento González.

Así las cosas, las decisiones adoptadas por los jueces intervinientes, tanto en el proceso laboral como en la tutela, carecen para esta Sala de asidero jurídico. Las providencias citadas delatan un abierto desconocimiento de la normatividad aplicable en materia de firmeza de los actos jurídicos y, por tanto, ofrecen una solución subjetiva del conflicto jurídico que resulta ajena a la voluntad de la ley. Las instancias jurisdiccionales obviaron penetrar el punto de la efectividad de la inscripción sindical, dejando de lado las previsiones del Decreto 01 de 1984 que regulaban, con patente claridad, el asunto debatido. Por ello, para quienes ahora deciden, las que en apariencia pudieran ser juiciosas y atinadas sentencias no pasan de ser textos extrajurídicos, o mejor, vías de hecho que atentan contra el derecho al debido proceso del actor y contra su derecho de acceso a la administración de justicia.

Con todo, es necesario señalar que este pronunciamiento no se enfrenta a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que descarta el que la tutela pudiera servir resolver procesos de fuero sindical. En efecto, mientras la Sentencia T-728/98 advierte que *“la Corte ha señalado la incompetencia del juez de tutela para definir asuntos relacionados con la existencia del fuero sindical de trabajadores despedidos para los efectos de obtener su reintegro mediante el mecanismo tutelar, ya que si aquélla se admitiera, se estaría sustituyendo la competencia atribuida a la jurisdicción de trabajo para conocer y decidir los conflictos laborales sobre fuero sindical de los trabajadores”*; de lo que trata en este fallo es de amparar los derechos al debido proceso y a la administración de justicia, puestos en entredicho por una serie de fallos judiciales que carecen de piso legal. Si se aprecian con detenimiento los supuestos fácticos de la tutela T-278/98, se verá que en esa oportunidad, el tutelante no acudió previamente a la jurisdicción laboral para satisfacer sus pretensiones de fuero sindical, sino que se remitió automáticamente al juez de tutela para solucionar su petitorio.

La acción de tutela procede, entonces, en la medida en que, contra la providencia del Tribunal laboral, no existe otro medio ordinario de defensa, por de acuerdo con el art. 117 del Código Procesal del Trabajo¹⁰, contra las decisiones del Tribunal de Distrito que resuelven el fuero sindical no existe recurso alguno.

Bajo tales condiciones, esta Sala de Revisión revocará la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que confirmó la de primera instancia en el proceso de tutela de la referencia, así como el fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que denegó las pretensiones de fuero sindical invocadas por el demandante, por considerar que esta última incurrió en una clara vía de hecho. En su lugar, concederá la tutela deprecada y devolverá el expediente a la instancia respectiva para que, acogiendo los argumentos expuestos en éste proveído, dicte fallo sustitutivo.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

¹⁰ Artículo 117 de C.P.T. (modificado por el artículo 5º del Decreto 204/57, adoptado como legislación permanente por el artículo 1º de la Ley 141 de 1961) declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-619/97
Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las Sentencias de primera y segunda instancia proferidas respectivamente en esta acción de tutela por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el 16 de septiembre de 1998, y por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 26 de octubre de 1998, que resolvieron desfavorablemente la acción interpuesta por Luis Alfonso Castro Saavedra en contra del fallo adoptado el 10 de julio de 1998 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo. En su lugar, **CONCEDER** la tutela solicitada por el actor de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, dejar sin efectos la Sentencia proferida el 10 de julio de 1998 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en el proceso laboral de la referencia.

Tercero. Para tales efectos, se dispone **ORDENAR** al Tribunal Superior de Bogotá que, de conformidad con lo señalado en esta Sentencia, produzca de nuevo el fallo correspondiente a la acción de fuero sindical instaurada por el peticionario, teniendo en cuenta las consideraciones de la presente providencia y, particularmente, el hecho de que la inscripción en el registro sindical quedó en firme el 2 de abril de 1996 para los efectos pertinentes de la acción de fuero sindical.

Cuarto. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 pero, adicionalmente, comuníquese el contenido de esta Sentencia a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Sustanciador

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-323

mayo 10 de 1999

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

DEBIDO PROCESO-No vulneración por aplicación de la consecuencia legal a una de las partes por incumplimiento de términos procesales

PROCESO PENAL-Cumplimiento de términos procesales por las partes

La normatividad que se aplica a los procesos penales establece unos términos perentorios que las partes deben observar para las distintas etapas de los mismos. Así como a los jueces y fiscales se exige, por expreso mandato constitucional, que cumplan los términos –bajo el apremio de sanciones–, las partes y los intervinientes en los procesos, y con mayor razón los abogados que los representan, están obligados a actuar con sujeción estricta a los lapsos que, para cada actuación, alegato, ejercicio del derecho de defensa o posibilidad de impugnación de un acto, señala la ley. En el caso de los apoderados judiciales, más que cualquier sujeto procesal, deben conocer -y ello hace parte de los fundamentos más elementales de su actividad profesional y de sus responsabilidades con el cliente y con la administración de justicia- cuáles son los términos de los que disponen, y obrar en consecuencia, con dedicación y lealtad y prestando a sus gestiones la debida y oportuna atención y los mínimos cuidados.

DEFENSA TECNICA-Cumplimiento de términos procesales

Entre otros motivos para que el ordenamiento jurídico demande que así sea, en cuanto a la función de los abogados que propugnan los intereses de los sindicados en procesos de naturaleza penal, está el concepto de la defensa técnica -que esta Corte ha considerado elemento primordial dentro de las garantías constitucionales aplicables en ese tipo de procesos-, pues si se hace énfasis en los conocimientos jurídicos especializados del defensor, es precisamente por la necesidad que de ellos tiene la protección eficaz de la plenitud de las garantías en favor del procesado, lo que exige -como contrapartida- la calidad del servicio de defensa en los distintos aspectos que ésta incluye. El estricto sometimiento a las reglas legales que regulan el proceso -y especialmente el cumplimiento de los términos- resulta ser elemento esencial de la idoneidad profesional que se reclama. Por otra parte, mal podría admitirse que fuera en su propia incuria, en su negligencia o en su demora que un abogado pudiese fundar válidamente el reclamo posterior, por vía de tutela, de los intereses y dere-

chos de su poderdante, cuando él los ha debido cuidar, y con celo, dentro del proceso ordinario y según la ley.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-No implica pérdida de imperatividad o ineficacia de términos procesales/**DEBIDO PROCESO**-Formas propias de cada juicio

Las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia. Pero debe dejarse en claro que el enunciado principio constitucional que rige las actuaciones judiciales no implica la inexistencia, la laxitud o la ineficacia de toda norma legal obligatoria para quienes participan en los procesos, o la eliminación, per se, de las formas indispensables para que los juicios lleguen a su culminación -pues allí está comprometido el derecho sustancial de acceso a la administración de justicia-, ni puede significar la absoluta pérdida del carácter perentorio de los términos procesales. Todos estos elementos integran la "plenitud de las formas propias de cada juicio", contemplada como factor esencial del debido proceso y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad.

PROCESO PENAL-Extemporaneidad en presentación del documento de sustentación del recurso

FISCALIA-Declaración de desierto recurso de apelación

Referencia: Expediente T-190030

Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Gaona Ovalle, Franklin Gaona Ovalle y Omar de Jesús Berrío Loaiza contra la Fiscalía Delegada para los Derechos Humanos

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se revisan los fallos proferidos en el asunto de la referencia por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Habiendo sido negada la ponencia original, elaborada por el H. Magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Sala ha aprobado la providencia que se plasma en los términos siguientes.

L INFORMACION PRELIMINAR

El 2 de noviembre de 1995, cuando salía en su automóvil de la Universidad Sergio Arboleda, fue asesinado el doctor Alvaro Gómez Hurtado junto con su asistente, José del Cristo Huertas Hastamorir, y herido su escolta, Edgar Igancio Rueda Jáuregui.

La Fiscalía Delegada para los Derechos Humanos avocó la investigación del caso y, durante el desarrollo de la investigación, dictó una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva de los accionantes.

Mediante proveídos del 23 y 25 de febrero, y 2 de marzo de 1998, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra de los demandantes, por considerarlos presuntos responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, tentativa de homicidio, concierto para delinquir con fines terroristas, o de sicariato, y porte ilegal de armas. Esta resolución fue notificada el 3 de marzo de 1998 al defensor de los investigados –quien actúa como apoderado judicial en la presente acción–, y se fijó el respectivo estado el 27 de mayo de 1998; el defensor interpuso oportunamente el recurso de apelación, se corrió traslado a los recurrentes, y se le comunicó que el término para sustentar ese recurso vencía el 8 de junio del mismo año.

El apoderado judicial de los accionantes concurrió ese día a las instalaciones del ente investigador, con el fin de hacer entrega del alegato con el que sustentaba el recurso de apelación; los empleados de esa dependencia lo atendieron, y quedó constancia de que el escrito fue recibido por la Fiscalía a las 6:10 de la tarde.

Mediante Resolución No.0451 del 1° de julio de 1998, el Fiscal a cargo de la instrucción del proceso declaró desierto el recurso de apelación, debido a que el plazo para sustentarlo había vencido a las 6:00 pm. del 8 de junio, sin que la defensa hubiera allegado el memorial correspondiente antes de ese día y hora.

Contra esa resolución que negó el trámite de la apelación, el abogado interpuso el recurso de reposición, pero la Fiscalía Regional Delegada, mediante Resolución N° 279 del 7 de septiembre, resolvió no reponer lo decidido.

El abogado Mario Forero Camargo, en representación de Carlos Alberto y Franklin Gaona Ovalle, y Omar de Jesús Berrío Loaiza, instauró acción de tutela contra el Fiscal que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, pues en su opinión ese funcionario incurrió en una vía de hecho, y con tal actuación violó los derechos fundamentales de sus defendidos, al debido proceso, a la igualdad, al libre acceso a la administración de justicia, y a la presunción de buena fe. Agregó que la acción de tutela es el único medio de defensa a su disposición, pues en contra de la providencia objeto de su inconformidad, previamente interpuso los recursos legales de manera infructuosa. Acudió entonces a la tutela, solicitando que se ordene tramitar el recurso de apelación interpuesto oportunamente en contra de la resolución de acusación proferida en contra de sus representados, pues en esta oportunidad debió proceder la entidad demandada como lo hizo con su alegato precalificadorio, que fue recibido a las 6:30 p.m. del último día del término y tenido en cuenta para adoptar la decisión correspondiente.

II. LOS FALLOS OBJETO DE REVISION

El fallo de primera instancia lo adoptó la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 30 de septiembre de 1998, y por medio de él decidió no acoger las pretensiones de los actores.

Consideró el *a quo* que la acción de tutela sólo procede contra providencias judiciales, cuando la resolución contra la cual se dirige entraña un manifiesto desconocimiento del orden jurídico, un agravio evidente a la legalidad o un quebrantamiento inocultable de los principios que sirven de sustento a un Estado de Derecho. Únicamente en estos casos se deben proteger los derechos de las personas, por haber incurrido el funcionario judicial demandado en una vía de hecho.

En cuanto al caso de los actores, manifestó ese Tribunal no encontrar que la decisión proferida por la Fiscalía, mediante la cual se declaró desierto el recurso de apelación, desconociera manifiestamente el orden jurídico; además, consideró fundada la decisión de no reponer la actuación, porque en realidad no se vulneró con ella ningún derecho fundamental de las personas procesadas. Agregó que la acción de tutela no es un mecanismo para remediar la incuria de los actores o de su apoderado durante el proceso.

Conoció de la impugnación la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia y el 4 de noviembre de 1998, resolvió confirmar en su totalidad la decisión del juez *a quo*. Según esa Corporación, esta tutela no procede por las siguientes razones:

a) En el estudio de los hechos no se encuentra vulneración al debido proceso, porque el abogado de los accionantes contó con los 5 días previstos en la ley como término para sustentar el recurso de apelación contra la resolución de acusación, y tiempo suficiente para presentar el respectivo alegato; además, no se puede tachar de arbitraria la actuación del funcionario, debido a que el Decreto-ley 175 de 1989 establece que el horario de las oficinas judiciales es de 8:00 a.m. a 12 m., y de las 2:00 p.m. a las 6:00 p.m.; por lo tanto, el escrito fue presentado extemporáneamente. Agregó que el apoderado de los actores tuvo oportunidad de recurrir esta decisión, así la resolución correspondiente no resultara favorable para los intereses de sus defendidos.

b) La hora en que la Fiscalía le había admitido al mismo defensor su alegato precalificatorio -las 6:30 p.m. del último día del término correspondiente- no se consideró un antecedente relevante en este caso, pues según estimó esa Corporación, se trata de dos situaciones o momentos procesales diferentes y, en consecuencia, incomparables: la calificación de mérito del sumario es un acto procesal de obligatoria ejecución, e indispensable para el avance del proceso, y en cambio, la sustentación de la apelación interpuesta contra una providencia judicial, no es imprescindible para la validez de lo actuado en adelante.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, según lo disponen los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas adoptar la sentencia respectiva, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Uno del 29 de enero de 1999¹.

2. Improcedencia de la acción de tutela. Reiteración del carácter extraordinario del amparo frente a providencias judiciales. Sentido excepcional y restringido de la vía de hecho. Que la autoridad judicial aplique la consecuencia legal del incumplimiento de los términos procesales no lesiona el debido proceso. El principio de prevalencia del Derecho sustancial no implica la pérdida de imperatividad o la ineficacia de los términos judiciales

¹ Hasta aquí, se ha conservado en sus aspectos esenciales la ponencia elaborada por el Magistrado Ponente inicial, Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Para confirmar los fallos de instancia, es suficiente que la Corte exponga, de manera breve, los siguientes criterios, que en sus aspectos centrales no hacen sino ratificar consolidada jurisprudencia constitucional:

a) La acción de tutela contra providencias judiciales no cabe en principio, a partir de la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 (Sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992), salvo que exista una clara y protuberante **vía de hecho**, es decir, que el acto, en apariencia dotado de la respetabilidad e intangibilidad propia de aquéllas, disfraza apenas una determinación arbitraria o abusiva del juez, en contradicción evidente con las disposiciones que la han debido regir dentro de una razonable y justa autonomía funcional.

b) El carácter excepcional y restringido de la vía de hecho como única posibilidad de que sea concedida una tutela contra decisiones judiciales intermedias o definitivas ha sido recalcado por esta Corte en numerosas sentencias:

Cabe recordar, por ejemplo:

“Bien se sabe que los preceptos legales en cuya virtud se podía intentar la acción de tutela de manera indiscriminada contra toda providencia judicial fueron declarados inexecutable por esta Corte mediante Fallo C-543 del 1° de octubre de 1992.

Entre los motivos predominantes de esa decisión, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, se encuentra el de la necesaria preservación de la autonomía funcional de los jueces, según el claro mandato del artículo 228 Superior.

Como en aquélla oportunidad lo expresó la Sala Plena, mediante el postulado de la autonomía se busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de órdenes o presiones sobre el funcionario que las adopta, quien, en el ejercicio de su función, está sujeto únicamente a la Constitución y a la ley (artículos 4°, 6° y 230 C.P).

En el ámbito reservado a su función, dentro de las normas y criterios legales, el juez competente dispone de la facultad inalienable de resolver sobre el asunto sometido a su análisis, sea propiamente en el curso de una controversia litigiosa o en el campo de la definición o constatación del Derecho por la vía de la jurisdicción voluntaria, sin que en principio deba actuar por el impulso, la decisión o la dirección de otro juez.

Por lo tanto, a menos que la actuación del fallador se aparte de manera ostensible e indudable de la ley, en abierta imposición de su personal interés o voluntad, es decir que resuelva el conflicto planteado por fuera del orden jurídico, no tiene justificación una tutela enderezada a constreñir la libertad de que dispone el juez, investido de la autoridad del Estado, dentro de las reglas de la jurisdicción y la competencia, para proferir los actos mediante los cuales administra justicia.

La valoración del caso en sus elementos fácticos y jurídicos, a la luz de la normatividad aplicable, está reservada al juez competente, quien goza del poder que le otorga la ley para interpretarla y aplicarla, sin que necesariamente deba coincidir con la apreciación de otros jueces, pues repugna a la autonomía funcional que el criterio del juzgador, mientras no se evidencie una flagrante transgresión del ordenamiento, pueda ser revocado sin sujeción a los procedimientos, recursos e instancias que él mismo contempla.

Entonces, la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el error que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

"El acceso a la administración de justicia requiere, para que en efecto tenga utilidad, de un sistema jurídico que contemple un momento procesal definitivo en el que, con certeza, las resoluciones que se profieren sean aptas para la concreción de los derechos.

Es claro, entonces -dijo la Corte-, que la acción de tutela no es viable si se la pretende usar como medio enderezado a la reapertura de procesos que ya fueron objeto de fallo.

Por otra parte, en la sentencia aludida la Corte Constitucional hizo valer el principio superior de autonomía de los jueces en la definición de los asuntos confiados a ellos en las distintas jurisdicciones y dentro del ámbito de sus competencias, por lo cual no admitió que, bajo el pretexto de protección de los derechos fundamentales de quienes son partes en los procesos, se facultara de manera absoluta al juez de tutela para penetrar en el ámbito propio de las determinaciones reservadas -según las normas legales aplicables- al juez ordinario competente, o para impartir órdenes de inmediato cumplimiento que interfirieran en la materia misma de la resolución judicial en torno al asunto litigioso.

En otros términos, la Corte preservó la independencia de cada juez al decidir lo pertinente en el punto jurídico a él confiado dentro del proceso cuya competencia le corresponde.

Por tanto, la señalada Sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992, implicó el retiro del orden jurídico de las normas legales que hacían posible, como regla general, el ingreso del juez de tutela en las providencias proferidas por los jueces ordinarios en el curso de procesos en trámite, no solamente por razón de la indicada autonomía judicial, sino en desarrollo de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, que hizo improcedente la tutela para los casos en que existen otros medios de defensa judicial, ya que los actos procesales intermedios, en cuanto toquen con derechos de las partes, son susceptibles de recursos regulados por la ley y admiten la utilización de mecanismos procesales, como las recusaciones, para salvaguarda de la imparcialidad judicial.

Esa decisión hizo tránsito a cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.), motivo por el cual, habiéndose basado la inconstitucionalidad en razones de fondo, ninguna autoridad puede revivir las normas retiradas del ordenamiento jurídico mientras permanezcan vigentes los preceptos superiores con los cuales se hizo la comparación, de lo cual resulta que tampoco los jueces podrán reproducir en sus fallos el contenido material de tales disposiciones.

“En el ámbito reservado a su función -ha declarado la Corte-, dentro de las normas y criterios legales, el juez competente dispone de la facultad inalienable de resolver sobre el asunto sometido a su análisis, sea propiamente en el curso de una controversia litigiosa o en el campo de la definición o constatación del Derecho por la vía de la jurisdicción voluntaria, sin que en principio deba actuar por el impulso, la decisión o la dirección de otro juez”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995).

Empero, la decisión de la Corte no fue absoluta en relación con las aludidas restricciones, por cuanto, en guarda de la efectiva prevalencia de los derechos fundamentales y sobre el doble supuesto de que la tutela procede contra los actos u omisiones de las autoridades públicas -y los jueces lo son- y de la falibilidad de todo ser humano, reconoció la posibilidad extraordinaria de la tutela contra providencias y aun contra sentencias definitivas en los casos de actuaciones judiciales de hecho que impliquen vulneración o amenaza flagrante de aquéllos, siempre que no existan otros medios judiciales aptos para preservarlos.

Con esta base jurisprudencial, la Corte desarrolló después el concepto de la vía de hecho judicial, que representa una actuación u omisión -en la propia providencia- completamente ajena a los dictados del orden jurídico aplicable, en términos tales que, en vez de realizar el valor de la justicia por su conducto, se satisface la voluntad, el deseo o el interés de quien la profiere, o de otro.

(...)

Para la Corte, “aunque en principio la acción de tutela no fue establecida para atacar las providencias judiciales, la vía de hecho, en cuanto actuación abiertamente lesiva de la normatividad aplicable y como decisión que realiza los deseos o los intereses del juez y no la voluntad de la ley, despoja al acto en que se plasma de la respetabilidad propia de las providencias judiciales, haciendo indispensable que se restablezcan los derechos quebrantados, removiendo la causa de su violación”.

La acción de tutela es viable, entonces, para restaurar el imperio del Derecho en el caso concreto, cuando la decisión judicial es en sí misma una arbitrariedad de tal magnitud que atropella las reglas mínimas establecidas por el ordenamiento jurídico, en abierto desconocimiento del debido proceso.

Pero, como se trata de una excepción, la doctrina de la vía de hecho ha de ser aplicada por los jueces de tutela con extremo cuidado y mesura, en cuanto, de una parte, existe cosa juzgada constitucional en favor de una sentencia que proscribe la utilización de tal mecanismo como regla generalizada y ordinaria frente a providencias judiciales, y, de otro lado, la propia Constitución Política hace obligatorio el respeto a la autonomía de las jurisdicciones y a la independencia de cada juez en la definición de las controversias que resuelve.

De allí que esta Sala haya destacado en varias oportunidades que la vía de hecho, para ser admisible como razón del amparo, debe estar probada y constituir, sin lugar a dudas, una ruptura flagrante del Derecho positivo que rige el proceso correspondiente.

“Por lo tanto -reitera la Corte-...a menos que la actuación del fallador se aparte de manera ostensible e indudable de la ley, en abierta imposición de su personal interés o voluntad, es decir que resuelva el conflicto planteado por fuera del orden jurídico, no tiene justificación una

tutela enderezada a constreñir la libertad de que dispone el juez, investido de la autoridad del Estado, dentro de las reglas de la jurisdicción y la competencia, para proferir los actos mediante los cuales administra justicia.

La valoración del caso en sus elementos fácticos y jurídicos, a la luz de la normatividad aplicable, está reservada al juez competente, quien goza del poder que le otorga la ley para interpretarla y aplicarla, sin que necesariamente deba coincidir con la apreciación de otros jueces, pues repugna a la autonomía funcional que el criterio del juzgador, mientras no se evidencie una flagrante transgresión del ordenamiento, pueda ser revocado sin sujeción a los procedimientos, recursos e instancias que él mismo contempla.

Entonces, la vía judicial de hecho -que ha sido materia de abundante jurisprudencia- no es una regla general sino una excepción, una anomalía, un comportamiento que, por constituir burdo desconocimiento de las normas legales, vulnera la Constitución y quebranta los derechos de quienes acceden a la administración de justicia. Es una circunstancia extraordinaria que exige, por razón de la prevalencia del Derecho sustancial (artículo 228 C.P.), la posibilidad, también extraordinaria, de corregir, en el plano preferente de la jurisdicción constitucional, el yerro que ha comprometido o mancillado los postulados superiores de la Constitución por un abuso de la investidura.

Naturalmente, ese carácter excepcional de la vía de hecho implica el reconocimiento de que, para llegar a ella, es indispensable la configuración de una ruptura patente y grave de las normas que han debido ser aplicadas en el caso concreto”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-094 del 27 de febrero de 1997. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

c) Si ello es así, no puede concederse el amparo contra providencias judiciales -como lo son las de la Fiscalía- cuando en el proceso no se demuestra un comportamiento judicial contrario al ordenamiento jurídico.

d) La normatividad que se aplica a los procesos penales establece unos términos perentorios que las partes deben observar para las distintas etapas de los mismos.

Los términos para apelar de las decisiones interlocutorias que adopte la Fiscalía -entre ellas la resolución de acusación- y para sustentar el recurso, son exactos y preclusivos, de tal manera que cuando la autoridad correspondiente los exige o los aplica con rigor no incurre en una vía de hecho ni desconoce derechos procesales del sindicado, sino que, al contrario, busca que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas (art. 29 C.P.) y realiza el principio constitucional a cuyo tenor los términos deben ser observados con diligencia (art. 229 C.P.), y ello no sólo por los funcionarios judiciales, sino por los particulares que participan en los procesos. Estos tienen derechos procesales incontrovertibles pero también cargas, entre ellas la de ejercer sus derechos en la oportunidad que la ley contemple.

e) Así como a los jueces y fiscales se exige, por expreso mandato constitucional, que cumplan los términos -bajo el apremio de sanciones-, las partes y los intervinientes en los procesos, y con mayor razón los abogados que los representan, están obligados a actuar con sujeción estricta a los lapsos que, para cada actuación, alegato, ejercicio del derecho de defensa o posibilidad de impugnación de un acto, señala la ley. En el caso de los apoderados judiciales, más que cualquier sujeto procesal, deben conocer -y ello hace parte de los funda-

mentos más elementales de su actividad profesional y de sus responsabilidades con el cliente y con la administración de justicia— cuáles son los términos de los que disponen, y obrar en consecuencia, con dedicación y lealtad y prestando a sus gestiones la debida y oportuna atención y los mínimos cuidados.

Entre otros motivos para que el ordenamiento jurídico demande que así sea, en cuanto a la función de los abogados que propugnan los intereses de los sindicados en procesos de naturaleza penal, está el concepto de la **defensa técnica** -que esta Corte (Cfr. setencias C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; C-488 del 26 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y C-617 del 13 de noviembre de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) ha considerado elemento primordial dentro de las garantías constitucionales aplicables en ese tipo de procesos-, pues si se hace énfasis en los conocimientos jurídicos especializados del defensor, es precisamente por la necesidad que de ellos tiene la protección eficaz de la plenitud de las garantías en favor del procesado, lo que exige -como contrapartida- la calidad del servicio de defensa en los distintos aspectos que ésta incluye. El estricto sometimiento a las reglas legales que regulan el proceso -y especialmente el cumplimiento de los términos- resulta ser elemento esencial de la idoneidad profesional que se reclama.

Por otra parte, mal podría admitirse que fuera en su propia incuria, en su negligencia o en su demora que un abogado pudiese fundar válidamente el reclamo posterior, por vía de tutela, de los intereses y derechos de su poderdante, cuando él los ha debido cuidar, y con celo, dentro del proceso ordinario y según la ley.

f) La Corte ha proclamado, con arreglo al artículo 228 de la Constitución, el postulado de prevalencia del Derecho sustancial, que implica el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma no indispensables para resolver en el fondo el conflicto del que conoce el juez.

En tal sentido, las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en lo que atañe a trámites y procedimientos están puestas al servicio del propósito estatal de realizar materialmente los supremos valores del Derecho, y no a la inversa. O, en otros términos, las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia.

Pero debe dejarse en claro que el enunciado principio constitucional que rige las actuaciones judiciales no implica la inexistencia, la laxitud o la ineficacia de toda norma legal obligatoria para quienes participan en los procesos, o la eliminación, **per se**, de las formas indispensables para que los juicios lleguen a su culminación -pues allí está comprometido el derecho sustancial de acceso a la administración de justicia-, ni, para el asunto del que ahora se trata, puede significar la absoluta pérdida del carácter perentorio de los términos procesales. Todos estos elementos integran la “plenitud de las formas propias de cada juicio”, contemplada como factor esencial del debido proceso, según el artículo 29 de la Carta Política, y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad.

g) En el caso concreto, está probada la extemporaneidad en la presentación del documento de sustentación del recurso. Si la extensión de ella fue mayor o menor, en minutos u otro medida

de tiempo, es algo indiferente respecto del hecho incontrovertible de que los términos judiciales vencen en un día y a una hora predeterminados. Es obligación de la autoridad judicial velar por el exacto sometimiento de las partes e intervinientes a los plazos que la ley concede en las distintas fases de la actuación procesal.

La Corte Constitucional no excluye que la sujeción a los términos judiciales puede verse afectada en la práctica por motivos insuperables -fuerza mayor o caso fortuito-, que en el evento de configurarse harían imposible la exigibilidad de la conducta descrita.

Pero tal no es el caso de autos, ya que nada en el expediente alude a una justificación aceptable para la actuación extemporánea del apoderado. En cambio, a la luz de la ley en vigor, sí había suficiente fundamento jurídico para declarar desierto el recurso, lo cual hace desaparecer toda viabilidad de la pretensión de los actores en torno al reconocimiento de una vía de hecho en la actuación de la que aquí se trata.

h) Serán confirmadas las providencias de tutela que se han examinado, pero se compulsarán copias de lo actuado al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- para que se establezca la responsabilidad del abogado defensor en el proceso penal a que se refiere la demanda.

Igualmente, por cuanto se ha establecido que en oportunidad anterior (fl. 4 del primer cuaderno del expediente) se había recibido en la Fiscalía un escrito extemporáneo que presentó el mismo apoderado, habiendo consentido en ello la autoridad competente, se ordenará también la investigación disciplinaria de los funcionarios correspondientes, por tal motivo, pues fue entonces cuando incumplieron su deber y violaron las disposiciones legales vigentes, sin que pueda aceptarse el precedente como argumento para conceder la tutela.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMANSE** los fallos materia de revisión.

Segundo.- **REMITANSE** copias de esta providencia a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia.

Tercero.- **DESE** cumplimiento al artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Presidente de la Sala
-con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-323

mayo 27 de 1999

PROCESO PENAL-Prevalencia del derecho sustantivo ante incumplimiento por minutos en entrega del escrito de sustentación del recurso (Salvamento de voto)

NORMA LEGAL-Interpretación no puede convertirse en régimen disciplinario alternativo aplicable a abogados en perjuicio de sus representados (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Cambio repentino e inopinado de posición por los Estados (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Cambio de práctica laxa por aplicación estricta de la ley (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Falsa expectativa de flexibilidad en presentación de memoriales ante Fiscalía (Salvamento de voto)

Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El suscrito Magistrado, con el respeto debido a las decisiones adoptadas por la mayoría, se permite exponer las razones por las cuales se aparta de lo considerado y resuelto en la sentencia T-323/99.

A juicio de los otros integrantes de la Sala Cuarta de Revisión, la Fiscalía Delegada para los Derechos Humanos no incurrió en comportamiento que constituya una vía de hecho, en el proceso penal que inició en contra de los actores; disiento de esa determinación, como paso a explicar, por tres razones: a) en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustantivo; b) la interpretación de las normas legales no puede convertirse en un régimen disciplinario alternativo que la Fiscalía aplica a los abogados litigantes en perjuicio de los sindicatos que ellos representan; y c) la buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades.

a) En las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustantivo.

Según el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, una vez transcurrido el traslado de la apelación, *“si el recurso fuese viable, se concederá en forma inmediata mediante auto*

de sustanciación en que se indique el efecto en que se concede". Para la Fiscalía Regional, en el caso de los actores la apelación del llamamiento a juicio era viable (pues fue interpuesta por uno de los abogados a quienes había reconocido personería para actuar como defensor, en la oportunidad legal, y contra una providencia apelable), pero devino inviable por una demora de minutos en la entrega del escrito de sustentación, aunque éste fue recibido por los empleados encargados de hacerlo, y ya la entidad investigadora había tolerado al mismo apoderado una demora mayor en oportunidad anterior.

Con esa actuación, la Fiscalía Regional Delegada privó a los demandantes del derecho a que la instancia superior se pronunciara sobre un asunto de vital importancia para ellos: la procedencia de llamarles a responder en juicio por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, tentativa de homicidio, concierto para delinquir con fines terroristas, o de sicariato, y porte ilegal de armas; frente a la naturaleza de esos cargos y la pena que pueden aparejar para los sindicatos, la consideración de unos minutos de más en la entrega de la sustentación del recurso, resulta desproporcionada si se hace de ella el factor determinante para declarar desierta la apelación, como lo hizo la Fiscalía, pues así, un asunto tan adjetivo que la misma entidad demandada ignoró cuando se trataba del alegato precalificatorio, se hizo prevalecer sobre el derecho sustancial, y el Fiscal Regional que adoptó esa medida vulneró entonces lo dispuesto en el artículo 228 Superior, y violó así el derecho fundamental al debido proceso de los actores.

b) La interpretación de la ley no puede constituir un régimen disciplinario alterno.

Según la solicitud de tutela, la Fiscalía demandada habría incurrido en actuaciones que constituyen vía de hecho al declarar desierto el recurso de apelación, y al no reponer esa decisión; en la última de estas providencias, la Fiscalía Regional Delegada adujo como fundamento para no modificar su decisión, que el defensor de los actores había reincidido en acudir por fuera del horario con sus memoriales: *"revisando las actuaciones dentro del sumario del citado profesional, encontramos que no es la primera vez que acude fuera de términos con sus memoriales, pues si observamos su escrito contentivo de los alegatos precalificatorios a la resolución impugnada, fue allegado a la secretaría el día 20 de febrero de este año, último día de traslado, a las 6.30 de la tarde; sin embargo, la Fiscalía lo consideró en el proveído de calificación"* (folio 4 del primer cuaderno).

Así, es claro que la Fiscalía Regional Delegada aplica una norma para definir cuándo se vence un término, si es la primera vez que el abogado acude por fuera del horario de atención al público, y otra norma adjetiva cuando es la segunda vez que ese profesional incurre en tal tipo de actuación. Esta curiosa reincidencia en esa clase de falta, haría pensar que el Fiscal a cargo de la investigación estuviera, en ejercicio de su competencia para dirigir el trámite inquisitivo, aplicando una sanción disciplinaria al abogado que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales; pero el repetido incumplimiento de los términos por parte del defensor, no habilita al funcionario del conocimiento para cambiar las normas legales relativas al vencimiento de esos lapsos, ni la ley procesal permite que se sancione al sindicato con la pérdida de uno de sus medios de defensa, porque su apoderado contravino la regla del Despacho -que no del Legislador-, de no incumplir los términos legales más de una vez.

Si el defensor incurre en faltas consagradas en el régimen disciplinario aplicable, el Fiscal que dirige la investigación debe adelantar el procedimiento del caso previsto en la ley, si es

competente para hacerlo, o remitir copia de las piezas procesales requeridas para que el competente investigue y, si es del caso, sancione la irregularidad en la que se hubiera incurrido. Pero el Fiscal no puede, sin violar el derecho fundamental al debido proceso, crear a su capricho un régimen disciplinario paralelo, o decidir por su cuenta y riesgo cuántas violaciones a la ley adjetiva son tolerables, o escoger a su antojo las oportunidades procesales en las que no importa violar la forma propia consagrada en ley preexistente; cada vez que el funcionario investigador procede de esa manera, incurre en comportamientos que constituyen vía de hecho, y procede la acción de tutela en su contra, así pretenda escudar tras la autonomía funcional, lo que sigue siendo aplicación acomodaticia de normas legales distintas, en situaciones iguales.

c) La buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades, y da lugar a que opere el principio de la confianza legítima.

No se puede olvidar que uno de los principios sobre los que se sustenta la valoración de las actuaciones, tanto de las autoridades como de los particulares, es el de la buena fe, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 83: *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*. Sobre este principio la Corte ha dicho:

“La buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para convertirse en un postulado constitucional. Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta. La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”¹

Una de las funciones que cumple la ley en un Estado de Derecho es la de servir como pauta para prever de manera confiable la forma en que se comportarán las autoridades frente a determinada situación; pero si la autoridad cambia el mandato legal por una regla de conducta distinta, no sólo viola el ordenamiento que está llamada a acatar y hacer cumplir, sino que también impulsa al particular a cambiar su predicción sobre el comportamiento futuro del funcionario. En el caso bajo revisión, la Fiscalía demandada recibió al apoderado de los actores su alegato precalificatorio a las 6:30 de la tarde y lo *“consideró en el proveído de calificación”*; en una segunda ocasión, recibió de nuevo tardíamente el alegato del defensor y, teniendo en cuenta el precedente, él tenía elementos para asumir que, en presencia de las mismas circunstancias, esa entidad le daría el mismo trato.

Resulta ilustrativo traer a colación la jurisprudencia internacional sobre el principio de la buena fe: cuando una de las partes –en ease caso Estados– crea una *“representación clara e inequívoca”* acerca de su aceptación de ciertas conductas jurídicas, y cambia repentina e inopinadamente su posición en detrimento de otro que procedió confiando en tal conducta, ha faltado a la buena fe, y no puede, legítimamente excusar su nuevo comportamiento en la

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

inexistencia de una obligación anterior: ha creado una legítima expectativa, y su cambio de actuar ha generado un perjuicio.²

La aplicación de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el principio de la buena fe, en casos como el que se revisa, no puede llegar a significar que obliga la costumbre judicial contraria al derecho procesal vigente, ni que las prácticas irregulares de los funcionarios o empleados de la Rama Judicial tengan la virtualidad de modificar o derogar la ley adjetiva; pero sí implica que, en situaciones como la que originó esta acción de tutela, el cambio de la práctica laxa del ente investigador por la aplicación estricta de la ley, no puede hacerse de manera imprevista y a costa de la garantía de la doble instancia, que es fundamental en la estrategia de defensa de los sindicatos.

El principio de la confianza legítima resulta aplicable al caso, entendido como lo expuso esta Corporación en la sentencia SU-360/99³: *“se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse”*.

En oportunidad anterior, esta Corte había hecho referencia a este principio en la sentencia C-478/98⁴, donde precisó: *“este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (C.P. art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política”*.

“La aplicación del principio de la confianza legítima significa que las autoridades no pueden crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es, fundada en hechos externos de la autoridad suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad a la conducta del particular. Este principio exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico”.

¹ Doctrina de Estoppel, en el caso de préstamos serbias (1929 CPIJ series A. No. 20 art. 5) y los casos de plataforma continental del Mar del Norte.

² Alemania vs. Dinamarca; Alemania vs. Holanda.

³ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

T-323/99

Ahora bien: en este caso es claro que la Fiscalía Regional propició una falsa expectativa acerca de la flexibilidad de ese Despacho para la admisión de memoriales; y si, como juzgaron los falladores de instancia, ese supuesto fáctico se puede enmarcar normativamente tanto en el Decreto-ley 1975 de 1989 -caso en el cual resulta extemporánea la presentación del escrito-, como en el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal -y resulta oportuna la presentación-, entonces no se trata sólo de un asunto relativo a la lealtad entre las partes y la buena fe que debe presidir sus relaciones, o un asunto meramente interpretativo, sino que en él se debe acatar lo previsto en el inciso segundo del artículo 29 de la Carta Política: *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*

Fecha *ut supra*

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

SENTENCIA T-324
mayo 10 de 1999

DEBIDO PROCESO-Notificación/DERECHO DE DEFENSA-Notificación

PROCESO POLICIVO DE RESTITUCION DE ESPACIO PUBLICO-Notificación debida a administrador de urbanización

Referencia: Expediente T-195144

Peticionario: Asociación Calatrava Acción Cívica.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRAN SIERRA y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, procede a revisar el proceso de tutela promovido por Michell Viquerat, en representación de la Asociación Calatrava Acción Cívica, según la competencia de que es titular de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

L ANTECEDENTES

1. Los hechos

1.1. La Urbanización Calatrava fue construida por la firma Pedro Gómez y Cía. Ltda., hace más de 26 años, con un diseño especial que ofrece particulares condiciones de seguridad.

1.2. Los constructores cedieron al Distrito Capital de Santafé de Bogotá algunas zonas comunes, entidad que en aquel entonces expidió el Decreto 426 de 1971, aún vigente, por el cual se reglamentó la urbanización y se establecieron los parámetros para su conservación.

1.3. En 1976 se constituyó la "Asociación Calatrava Acción Cívica", que tiene reconocimiento legal y es quien ha venido dándole mantenimiento no solamente a las zonas comunes que son del Distrito Capital, sino a aquéllas que son de su propiedad; tal es el caso de un terreno que adquirió de la Sociedad Pedro Gómez y Cía. Ltda., ubicado dentro de la misma urbanización, en el que se construyó un parque infantil, y sobre el cual paga los correspondientes impuestos.

1.4. El 4 de agosto de 1997 un grupo de residentes del barrio Calatrava, solicitaron al Personero Local de Suba su intervención con el fin de que el Alcalde Menor de Suba, mediante acción policiva, recuperara las vías públicas y permitiera la libre movilización de personas en las áreas de uso público, que han sido ilegalmente ocupadas por la Asociación Calatrava Acción Cívica.

1.5. Dentro del proceso de restitución de espacio público iniciado por la Alcaldía Menor de Suba fue notificado el Procurador de Bienes de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, quien mediante oficio del 23 de septiembre de 1997, informó que los predios en discusión son zonas de uso público, cedidas por la Urbanización Calatrava, primero y segundo sector, y adjuntó como pruebas las actas de recibo definitivo Nos. 089 de 1985 y 096 de 1986 por parte del entonces Distrito Especial de Bogotá.

1.6. El 28 de julio de 1998 el despacho mencionado practicó una diligencia en dicha Urbanización con el fin de establecer si los inmuebles respectivos pertenecían o no al espacio público.

Dentro de esta diligencia se dejó boleta de citación al Administrador de la Urbanización, Raúl Martínez, para que compareciera a rendir descargos el día 20 de agosto de ese mismo año. Esta citación fue recibida por el celador que se encontraba de turno al momento de la diligencia.

Ninguna persona se presentó a rendir descargos en representación de la Urbanización Calatrava.

1.7. Mediante Resolución No. 367 del 31 de agosto de 1998 el Alcalde de la localidad de Suba ordenó a la Asociación Calatrava Acción Cívica la restitución del espacio público que se demostró venía ocupando, en el sector comprendido entre las calles 128 y 128B con carreras 88 a 58, a través de actos tales como el cerramiento de vías vehiculares y peatonales, la instalación de una antena parabólica en zona verde y obstáculos en la zona de andén, y dispuso que el mencionado espacio público quedara libre de toda perturbación o limitación.

1.8. La anterior resolución fue publicada por aviso el día 3 de septiembre de 1998 y notificada personalmente al Personero Local de Suba, el día 9 de septiembre, al Procurador de Bienes del Distrito, el día 18 de septiembre y Raúl Martínez, Administrador de la Urbanización, el día 19 de octubre de 1998, sin que se hubiera interpuesto ninguno de los recursos que contra este tipo de actos proceden.

2. La pretensión

Con fundamento en los hechos expuestos la demandante, la Asociación Calatrava Acción Cívica, solicita se le tutele el derecho fundamental al debido proceso que considera vulnerado por la Alcaldía Local de Suba, en atención a que no fue vinculada, por conducto de su representante legal, al proceso de restitución del espacio público, ocupado por dicha asociación.

II. ACTUACION PROCESAL

1. Primera instancia

El Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., en sentencia del 13 de noviembre de 1998, resolvió denegar la tutela, por considerar que el Alcalde de la Localidad de

Suba adelantó el proceso policivo correspondiente, con plena observancia de las regulaciones procesales contenidas en los artículos 132 del Código Nacional de Policía y 442 a 447 del Código de Policía de Santafé de Bogotá.

2. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., Sala Civil, mediante providencia de fecha 10 de diciembre de 1998, confirmó la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

“La actuación policiva adelantada por el señor Alcalde Local de Suba se encuentra ajustada a lo establecido en los artículos 442 y 443 del Código de Policía del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Obsérvese, como lo expone dicho Alcalde al dar respuesta al juez de primera instancia, que las actuaciones tendientes a la recuperación del espacio público son sumarias y la decisión final se tomará una vez establecida la ocupación por medios probatorios legales, y ella se notificará a los administradores o mayordomos de los ocupantes. Si, esta demostrado, porque así lo confiesa el Representante Legal de la entidad accionante, que la resolución es objeto de su cuestionamiento le fue notificada al administrador y que este le informó sobre el trámite de la actuación policiva, mal puede ahora predicar la vulneración al debido proceso en ella. No puede, de otra parte, dolerse de su descuido y negligencia como Representante Legal por no concurrir a la actuación con la finalidad de ser oído cuando, a través del mismo administrador, según lo confiesa, se convocó a toda la comunidad para escucharlos en descargos y a pesar de ello guardó absoluto silencio”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Planteamiento del problema

El asunto a dilucidar en el presente caso consiste en determinar si el Alcalde Local de Suba desconoció el derecho fundamental al debido proceso, dentro del trámite de las actuaciones tendientes a la restitución de bienes pertenecientes al espacio público, ocupados por la Asociación Calatrava Acción Cívica.

2. La solución al problema planteado

Dado que en el caso que nos ocupa se configura la hipótesis contenida en el art. 35 del Decreto 2591/91, la presente sentencia será brevemente justificada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) En la sentencia C-214/94¹ la Corte se refirió al derecho fundamental al debido proceso de la siguiente manera:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho

¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell

o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción”.

“En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”.

“Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias”.

b) Con el fin de garantizar el derecho de defensa dentro de una actuación judicial o administrativa se ha instituido el mecanismo de las notificaciones, que asumen formas y formalidades diversas, cuya finalidad es la de vincular a los sujetos procesales con interés jurídico para intervenir en el respectivo proceso y enterarlos de las diferentes diligencias y actuaciones que en él se surten.

c) Sobre el tema de las notificaciones ha expresado la Corte²:

*“Desde el punto de vista constitucional importa dejar en claro que la **notificación**, entendida como el conocimiento formal del administrado o de quien es parte o interviniente en un proceso judicial, sobre el contenido de las providencias que se adoptan por el juez o de los actos administrativos que lo afectan, tiene por fundamento específico la garantía del derecho de defensa, aspecto esencial del debido proceso, exigible en todas las actuaciones judiciales y administrativas, como lo impone el artículo 29 de la Carta”.*

“La notificación en debida forma asegura que la persona a quien concierne una determinación se halla enterada de su sentido y define simultáneamente -con fecha cierta- en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de la respectiva información. Se asegura, entonces, no solamente que, conocida la decisión de que se trata, podrá el afectado hacer uso de los medios jurídicamente idóneos para la salvaguarda de sus intereses, sino que se preserva la continuidad del trámite judicial o administrativo correspondiente, pues la fecha de la notificación define los términos preclusivos dentro de los cuales podrá el notificado ejecutar los actos a su cargo. Resultan, por tanto, realizados el valor de la seguridad jurídica y los principios procesales de celeridad y economía”.

“La falta probada de notificación, en especial la de aquellos actos o providencias que tocan con derechos de quienes participan en el proceso o actuación, repercute necesariamente en las posibilidades de defensa de tales personas y perturba en alto grado el curso normal de los procedimientos, dando lugar por ello, en algunos casos, a la nulidad de lo actuado, y en otros a la ineficacia o carencia de efectos jurídicos de los actos que han debido

² Sentencia T-099/95. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

ser materia de la notificación. Todo depende de las normas legales aplicables, según la clase de trámite.”

“De todas maneras, de las exigencias constitucionales del debido proceso se deriva que ni los jueces ni la administración pública pueden actuar de espaldas a los interesados, ni fundar sus decisiones sobre la base de la ignorancia de ellos en torno a las decisiones que adoptan”.

d) En el caso que nos ocupa, la alegada violación del derecho al debido proceso estriba en que al representante legal de la Asociación Calatrava Acción Cívica no se le notificó la iniciación del proceso policivo de restitución de espacio público ni la resolución 367/98, proferida por el Alcalde Local de Suba que puso fin a dicho proceso.

Observa la Sala que el artículo 443 del Código de Policía de Santafé de Bogotá, Distrito Capital establece:

“La providencia que ordena la restitución se notificará personalmente a los ocupantes materiales del bien o a sus administradores o mayordomos”.

Conforme a la referida disposición, es claro que a la peticionaria de la tutela no le asiste razón alguna cuando alega violación del debido proceso, por no habersele notificado directamente las aludidas actuaciones procesales, dado que las respectivas notificaciones se surtieron con Raúl Martínez, Administrador de la Urbanización Calatrava, quien según la norma antes transcrita es persona legitimada para intervenir en esta clase de actuaciones, en representación de los propietarios y residentes de dicha urbanización. En efecto:

En el expediente se encuentra probado que el administrador fue citado para que rindiera descargos, dentro de la diligencia de inspección practicada sobre los inmuebles objeto de la restitución, con el fin de verificar el hecho de la ocupación del espacio público.

La resolución de la Alcaldía que puso fin al proceso de restitución fue notificada personalmente al citado Raúl Martínez, quien no hizo uso de los recursos de reposición y apelación.

Es cierto que la accionante no fue mencionada dentro de la querrela, ni directamente fue notificada ni vinculada procesalmente a la actuación. Sin embargo, aun cuando pueda considerarse que quien ocupaba materialmente la zona de uso público materia de la restitución era la Asociación demandante que representa a los propietarios de inmuebles de la Urbanización Calatrava, y que por lo tanto ha debido intervenir directamente en el proceso, lo cierto es que la actuación correspondiente se surtió con citación de audiencia del administrador de dicha urbanización, persona que igualmente representaba a dichos propietarios y a la asociación para los fines del trámite procesal de la restitución.

En la declaración que el representante de la peticionaria de la tutela rindió ante el juez de primera instancia afirmó que había sido informado acerca del trámite del proceso de restitución, por el administrador Raúl Martínez.

En razón de lo anterior, hay que considerar que la peticionaria fue debidamente notificada y vinculada al proceso, bien a través del administrador Raúl Martínez, o por conducta concluyente, toda vez que estaba enterada de las actuaciones cumplidas en el trámite del mismo.

T-324/99

3. En conclusión, estima la Sala que no existió la alegada violación del debido proceso y, en tal virtud, no es viable la tutela impetrada; por consiguiente, se confirmará la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C.

IV.DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., Sala Civil, el 10 de diciembre de 1998, que confirmó el fallo del Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, que denegó la tutela impetrada por Michell Viquerat, en representación de Asociación Calatrava Acción Cívica.

Segundo: **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-325

mayo 11 de 1999

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Fundamental por conexidad

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para ordenar aplicar régimen excepcional más beneficioso en reliquidación de pensiones

Referencia: Expedientes T-192368

Peticionaria: Mary Galvis de Melendro

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Número Ocho de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de tutela instaurado, a través de apoderada, por la doctora Mary Galvis de Melendro, contra las directivas y el representante legal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora–, por supuestas omisiones que atribuye a esa entidad, las cuales en su criterio han ocasionado la violación de sus derechos fundamentales de petición, a la dignidad, a la igualdad, a la integridad física y moral, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social y al pago oportuno de su pensión, del que depende su mínimo vital, el cual le garantiza la Constitución, dada su condición de persona de la tercera edad.

1. ANTECEDENTES

LA PRETENSION Y LOS HECHOS

La señora MARY GALVIS DE MELENDRO, quien actualmente cuenta con 71 años de edad, en su calidad de profesional del derecho prestó sus servicios a la administración pública en dos etapas.

En una primera, que transcurrió entre el 9 de agosto de 1951 y el 14 de febrero de 1974, prestó sus servicios en el Ministerio de Justicia, en la Previsora S.A. Compañía de Seguros del Estado, y en el INCORA, entidad en la que laboró once años y siete meses. En una segunda etapa, que duró 15 años y 10 meses, contados entre el 16 de mayo de 1979 y el 22 de mayo de

1996, prestó sus servicios en el Ministerio Público como Procuradora Auxiliar, en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como Asesora y en Carbocol S.A, empresa a la que se vinculó mediante contrato laboral a través del cual adquirió la calidad de trabajadora oficial; posteriormente, a raíz del proceso de división que se efectuó en dicha empresa, con el mismo contrato pasó a ECOCARBON¹, habiéndose retirado definitivamente del servicio el 22 de mayo de 1996.

Al culminar la primera etapa, con fundamento en las disposiciones de la Ley 6a. de 1945 y 4a. de 1966 y del Decreto 3135 de 1968, que establecían como requisitos para que se configurara el derecho a la pensión de jubilación 20 años de servicio y 50 años de edad, previa su solicitud, el INCORA, a través de la Resolución No. 03090 de 1978², le reconoció a la actora la respectiva pensión.

Al iniciar la segunda etapa, esto es, al ser nombrada Procuradora Auxiliar en mayo de 1979, la actora, de conformidad con las disposiciones de ley, le informó al INCORA sobre el particular, advirtiendo que se trataba de un cargo que podía ejercer no obstante su condición de pensionada³, dada la expresa autorización que para el efecto consagraba la ley; dicha entidad procedió entonces a suspender el pago de la correspondiente prestación.

El 5 de febrero de 1997, la demandante le presentó a la Gerencia General del INCORA "...petición dirigida a obtener el pago de la pensión de jubilación que le fuera reconocida el 22 de agosto de 1978 y cuyo disfrute efectivo se encontraba suspendido por razón de su reincorporación al servicio oficial, pensión respecto de la cual ... solicita aplicar el beneficio de la reliquidación conforme a lo previsto por el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961...".

Según lo dicho por la apoderada de la actora en el escrito que contiene la demanda de tutela, hasta la fecha de presentación de dicha acción, esto es el 14 de septiembre de 1998⁴, ella no había recibido respuesta alguna por parte de la Dirección General de INCORA, a la petición que había presentado.

Tal omisión, alega la demandante, implicó, no sólo la violación de su derecho fundamental de petición, sino que dejara de percibir ingresos salariales, sin contar con recursos distintos que le permitieran atender sus necesidades mínimas vitales, lo que le impedía satisfacer derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la seguridad social.

Señala, que conforme a la legislación vigente aplicable, "...el INCORA, entidad en la cual prestó el mayor número de años de servicio y que reconoció la pensión, [es] la obligada a

¹ Ver copia de la certificación al folio 23 del Expediente.

² Ver fotocopia de dicha Resolución al folio 14 del Expediente.

³ En escrito fechado el 4 de febrero de 1997, dirigido por la actora a la Directora General del INCORA, ella aclara que nunca existió incompatibilidad entre los cargos que desempeñó con posterioridad a la fecha en la que fue pensionada por esa entidad y esa condición, en los siguientes términos: "...En la reincorporación al servicio público que queda reseñada no existió ninguna incompatibilidad entre el *satus* de pensionada y el ejercicio de los cargos desempeñados... En el caso de la Procuraduría General de la Nación, con respaldo en la legislación especial aplicable al Ministerio Público; en lo tocante a la Presidencia de la República en virtud de la excepción contenida en el numeral 8 del Decreto 1950 de 1973; y en mi condición de trabajador oficial no me cobijaron las inhabilidades e incompatibilidades propias de los empleados públicos..." (Ver folio 17 del Expediente).

⁴ Vale aclarar, que la última información de carácter complementario que presentó la actora para respaldar su solicitud inicial, la emitió a la demandada el 2 de agosto de 1997. Esto es, un año antes de recurrir a la acción de tutela.

efectuar la reliquidación y a continuar pagando la pensión de jubilación en forma vitalicia y con cargo a sus recursos...”, al menos mientras aclara las controversias que puedan surgir con las demás entidades empleadoras, sobre la cuota parte a cargo de cada una de ellas, contra las cuales puede repetir respecto de lo cancelado.

Dichas controversias, concluye, no pueden constituirse en impedimento para el cumplimiento de la obligación de pago con una persona de la tercera edad, que ha acreditado en debida forma su derecho, pues esa actitud ocasiona, como ha ocurrido efectivamente, la violación de los derechos fundamentales para los cuales vía tutela solicita protección inmediata, consagrados en los artículos 1, 12, 13, 16, 23, 48, y 53 de la C.P.

2. FALLOS QUE SE REVISAN

Primera Instancia

Al Juzgado Diez y Siete Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, le correspondió conocer en primera instancia del proceso de tutela de la referencia; dicho despacho, a través de sentencia proferida el 2 de octubre de 1998, previa la práctica de algunas pruebas, decidió negar el amparo solicitado por la señora MARY GALVIS DE MELENDRO, “...por cuanto ya se ha dado contestación y se ha resuelto la solicitud presentada, y con ella se protegen los demás derechos aparentemente violados.”

Fundamentó su decisión en los siguientes hechos:

Señala el *A quo*, que con el fin de establecer la verdad real de los hechos aducidos en la solicitud de tutela, el 17 de septiembre de 1998 remitió a la accionada el oficio No. 273⁵, a través del cual le solicitó informar “...sobre el estado en que se encuentra la PETICION elevada por la señora MARY GALVIS DE MELENDRO, identificada con la C.C. No. 20.080.080 de Bogotá, referente al estudio de la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, dirigida por la accionante a la Dra. NYDIA RESTREPO DE ACOSTA, radicada el 2 de agosto de 1997; y en caso de no haber sido resuelta oportunamente, indicar los motivos por los cuales no se ha producido el acto administrativo correspondiente.”

A dicho requerimiento la accionada respondió a través de oficio 12527 de 21 de septiembre de 1998⁶, en el cual presenta en detalle el trámite que se le había dado a la solicitud, e informa que dadas las controversias que surgieron con las demás entidades empleadoras y la ausencia de respuesta de las mismas en relación con las reiteradas solicitudes de cuota parte pensional que les correspondía, y teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 no contempla la figura de la reliquidación de la pensión por reincorporación al servicio oficial de un pensionado, el INCORA “...había decidido reincluir en la nómina de pensionados a la señora MARY GALVIS DE MELENDRO, con los incrementos legales desde el 16 de mayo de 1979, fecha en la cual, en calidad de pensionada, se reincorporó al servicio oficial, hasta el 22 de mayo de 1996, fecha de desvinculación definitiva del servicio oficial.”

⁵ El original de dicha solicitud reposa al folio 39 del expediente.

⁶ El original de la respuesta de la accionada se encuentra al folio 40 del Expediente.

Dicho oficio, señala el *a quo*, se remitió a la accionada al igual que copia auténtica de la Resolución 3476 del 25 de septiembre de 1998⁷, mediante la cual “se niega el reajuste de la pensión de jubilación y se ordena reincorporar a la accionante en la nómina de pensionados del INCORA”.

Concluye el Juez constitucional de primera instancia, que con la decisión adoptada por la accionada, de reincorporar a la nómina de pensionados a la actora, consignada en la Resolución No. 3476 de 25 de septiembre de 1998, “...consecuentemente se está dando protección al derecho fundamental a la vida, en apariencia amenazado por el no pago de las mesadas pensionales y la correspondiente afiliación al régimen de seguridad social en salud, por lo cual ...tampoco será procedente conceder el amparo solicitado.” En su concepto, a través de ese acto administrativo se resolvió la petición de la demandante y con la decisión adoptada se protegieron los demás derechos fundamentales aparentemente violados.

La apelación del fallo del *a quo*

Con fecha 19 de octubre de 1998, la apoderada de la actora presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, recurso que sustentó en los argumentos que se resumen a continuación:

Anota la impugnante, que si bien es cierto que el INCORA, bajo la presión judicial que se derivó de la acción de tutela, resolvió tardía y negativamente la petición de su representada, con lo cual, también tardíamente satisfizo su derecho de petición, ello no quiere decir que haya dejado de violar los demás derechos fundamentales para los cuales se solicitó protección.

Agrega, que en ninguna parte del expediente se acredita que efectivamente la accionada haya reconocido y pagado el derecho pensional solicitado por la demandante, como tampoco que ella haya sido afiliada al sistema integral de seguridad social, por lo que carece de fundamento la afirmación del *a quo*, en el sentido de que con la decisión adoptada por el INCORA “...se protegen los demás derechos aparentemente violados.”

La decisión de la accionada, al contrario, no sólo mantiene la violación de dichos derechos, sino que obliga a su representada “...a iniciar y adelantar una acción judicial ordinaria para definir un conflicto entre entidades de la seguridad social que, en los términos legales y jurisprudenciales vigentes, debe ser resuelto entre ellas sin afectar el derecho de la accionante y que dada su edad, más de setenta años, resultaría ineficaz pues, en el mejor de los casos la definición judicial ocurriría cuando el perjuicio irremediable de la muerte, lo convierta en innecesario.”

Señala, que del análisis de los documentos que reposan en el expediente, se concluye que la entidad demandada tiene plena certeza sobre el derecho que tiene su representada a que se le reliquide la pensión, pues incluso en ese sentido proyectó el respectivo acto administrativo⁸, no obstante, niega la solicitud argumentando el conflicto planteado entre las entidades

⁷ Al folio 121 del Expediente reposa copia auténtica de dicha resolución.

⁸ En efecto, al folio 31 del Expediente reposa fotocopia del proyecto de resolución, a través del cual se efectuaba la reliquidación con base en las normas que invocaba la peticionaria, el cual fue consultado con las demás entidades empleadoras algunas de las cuales lo objetaron.

administradoras del régimen obligadas a contribuir en la financiación de la pensión, el cual debe resolver con ellas, precisamente en el momento en el que se instaura la acción de tutela.

En su criterio con esa decisión la demandada está desconociendo un derecho adquirido de su representada, en tanto éste se define como el beneficio que se configura en vigencia de la ley sustancial que lo consagra y por tal razón ingresa al patrimonio de su titular para ser exigido y protegido...” Las leyes laborales –dice– no pueden tener efecto retroactivo para modificar situaciones ya definidas, máxime si con su aplicación se vulneran tales derechos.”

Con base en los citados argumentos, solicita al Juez constitucional de segunda instancia, que tutele los derechos fundamentales de su representada, a la dignidad, a la igualdad, a la seguridad social, a la integridad física y moral y al libre desarrollo de la personalidad, y le ordene al INCORA reconocer y pagar la pensión, previa la reliquidación de la misma con base en la normativa que invoca; así mismo, que la afilie al Sistema General de la Seguridad Social en Salud, garantizándole el derecho a la libre elección de E.P.S. en los términos legales.

Segunda Instancia

De la impugnación del fallo del *a quo* le correspondió conocer a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, la cual, a través de sentencia proferida el 23 de noviembre de 1998, decidió confirmar el fallo de primera instancia.

Los argumentos que sustentaron la decisión del *ad quem*

Se detiene el *ad quem* en la definición y características de la acción de tutela, destacando de ella su subsidiaridad y su inmediatez, esto es, que la misma sólo es procedente cuando no existe para el afectado otro medio de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y únicamente a título de “remedio” ante una situación que demanda pronta resolución, dado que ocasiona la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales.

Procede entonces a analizar los hechos con el objeto de establecer, si las pretensiones de la actora justifican la revocatoria de la decisión de primera instancia que denegó la acción; señala, que las órdenes que aquélla reclama del juez constitucional de segunda instancia, la reliquidación de su pensión con base en el promedio devengado durante los tres últimos años de servicio, de acuerdo con la normativa que establecía ese beneficio para los pensionados que hayan reingresado al servicio público en cargos respecto de los cuales se consagra la correspondiente excepción, no son de su resorte, pues la satisfacción de dichas pretensiones le corresponde decidirla al juez especializado, en este caso al de lo laboral-administrativo, en desarrollo del proceso judicial específico que se prevé para esos casos. La tutela, concluye, “...no está ideada para declarar derechos litigiosos máxime cuando de ellos se predica su carácter legal.”

Aclara el *ad quem*, que si bien la tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable, y que la Constitución ordena un trato especial para las personas de la tercera edad, como es el caso de la accionante, dada su situación de debilidad manifiesta, en el caso que se revisa no se acredita ni se prueba la gravedad de la situación de la demandante, en el sentido de que su sustento o el de su familia dependan exclusivamente de la reliquidación de su pensión y que por lo mismo se haga necesaria la

intervención del juez constitucional para, a través de una orden transitoria o definitiva, restablecer la efectividad de sus derechos fundamentales. En consecuencia decide confirmar la decisión del *a quo*.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primera. La competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el proceso de la referencia, el cual fue debidamente seleccionado por la Sala correspondiente y repartido al Magistrado Sustanciador conforme lo establece el reglamento de esta Corporación, de acuerdo con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 respectivamente.

Segunda. La Materia

En esta oportunidad le corresponde a la Sala revisar los fallos del Juzgado Diez y Siete Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, que denegó la acción interpuesta por la actora y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad que confirmó dicha decisión.

La controversia que plantea la demandante, para la cual solicita la intervención del Juez Constitucional, se puede sintetizar de la siguiente manera:

En un primer momento la acción de tutela la motivó el silencio de la Gerencia General del INCORA, ante la petición de la actora, presentada el 5 de febrero de 1997 y complementada el 2 de agosto del mismo año, de ser reincorporada a la nómina de pensionados de dicha entidad, previa la reliquidación de su pensión con base en un régimen legal de excepción consagrado en el artículo 4 de la ley 171 de 1961.

Tal solicitud la presentó la actora, teniendo en cuenta que la demandada, a través de la Resolución No. 03090 de 1978, le había reconocido la calidad de pensionada, y que a partir de mayo de 1979 atendiendo una petición expresa suya, había suspendido sus efectos, dado que la actora había reingresado al servicio público, en el cual permaneció durante 15 años más, desempeñando cargos que, según ella, por disposición expresa de la ley no eran incompatibles con su condición de pensionada.

El silencio de la demandada, que se prolongó por más de un año, desde luego violaba su derecho fundamental de petición, consagrado como tal en el artículo 23 de la Carta Política, violación que según su apoderada acarrea la transgresión de otros derechos fundamentales, principalmente los derechos a una vida digna, a la salud y a la seguridad social.

No obstante lo anterior, la entidad pública demandada, al ser requerida por el Juez constitucional de primera instancia sobre la situación de la actora, resolvió y así lo informó al *a quo*, reincorporarla a su nómina de pensionados, efectuando los ajustes correspondientes a cada año de servicio con base con el I.P.C., pero negar la solicitud de reliquidación con base en lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 71 de 1988, en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989 y en el artículo 4 de la ley 171 de 1961, por los motivos que consignó en la Resolución No. 03476 del 25 de septiembre de 1998.

Consideró el *a quo*, que con las medidas adoptadas por el INCORA se satisfacía el derecho de petición de la demandante y en consecuencia, dado que se le reincorporaba a la nómina de pensionados, no se producía por efecto la violación de los demás derechos fundamentales para los cuales aquella había solicitado protección, argumentos que sirvieron de base a su decisión de negar el amparo solicitado, que luego fue confirmada por el *ad quem*, no sin antes prevenir al director de dicha entidad, para que en el futuro dé estricto cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 6 del Decreto 01 de 1984, que lo obliga a informar a los peticionarios de la demora en la contestación a sus solicitudes, señalando los motivos de la misma y un término prudencial para resolverlas efectivamente.

Alega la demandante en el escrito de impugnación que presentó al Juez constitucional de segunda instancia, que si bien la respuesta que desató la acción de tutela por parte del INCORA, implica que aunque tardíamente cesó la violación su derecho de petición, ello no quiere decir, como equivocadamente lo entendió el *a quo*, que la vulneración de los demás derechos fundamentales para los que solicitó protección también haya cesado, máxime su condición de persona de la tercera edad.

En su criterio, la controversia jurídica que originó su petición de reliquidación, no obstante el concepto negativo de la Subgerencia Jurídica, el número 5502 del 26 mayo de 1997, cuyo contenido contrasta con el concepto positivo emitido por una abogada externa consultada por la entidad demandada, ya fue resuelta por esta última, la cual aceptó las razones de derecho que respaldan su solicitud y en consecuencia proyectó la respectiva resolución de reliquidación, cuyo texto reposa en los folios 31 a 37 del expediente.

Así las cosas, y según lo expresó la demandada en la resolución a través de la cual la reincorporó a la nómina de pensionados, el motivo por el cual el INCORA niega su solicitud, es “...la negativa del Instituto de Seguro Social y ECOCARBON Ltda., en la concurrencia de cuotas partes para el caso de la reliquidación requerida”⁹, controversia que deben resolver las entidades comprometidas en la misma, y que en ningún momento puede afectar derechos adquiridos de una persona de la tercera edad, que si bien puede reclamarlos a través de un proceso ordinario, seguramente no podrá disfrutarlos dada su corta esperanza de vida.

En esa perspectiva, le corresponde a la Sala de Revisión decidir, si en efecto la respuesta de la entidad demandada a la petición de la actora, consignada en la citada Resolución 3476 de 1998, a través de la cual la reincorporó a la nómina de pensionados pero negó su solicitud de reliquidación, al menos en los términos de las normas por ella invocadas, desconoce o vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad, a la salud, a la seguridad social y al libre desarrollo de la personalidad, cuya protección amerita medidas inmediatas, dado que se trata de una persona de la tercera edad, al menos mientras el juez especializado decide sobre el asunto.

Tercera. Las personas de la tercera edad, que acreditan el carácter de pensionadas, pueden acudir a la tutela y solicitar la protección especial de sus derechos fundamentales, cuando éstos son amenazados o vulnerados por acciones u omisiones de los responsables de sus mesadas.

⁹ Considerando número 10, Resolución No. 03476 de 25 de septiembre de 1998, folio 123 del Expediente.

La acción de tutela es una institución que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva.

Es decir, que su cometido siempre debe estar dirigido a garantizar que los derechos fundamentales de las personas, cuya realización es condición esencial para preservar su dignidad y su autonomía, no sean objeto de amenazas o de violación por parte de las autoridades públicas, o de particulares bajo ciertos y específicos supuestos, sin que ello implique que al juez constitucional le esté permitido desplazar con su actividad a los jueces ordinarios especializados o invadir su órbita de competencia. Su actividad deberá estar encaminada a hacer prevalecer esos derechos, en cuanto inherentes a la condición de dignidad de los individuos.

Ahora bien, esa protección asume un carácter especial y prevalente, cuando está dirigida o es solicitada por personas que presentan un mayor grado de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, pues sólo así a ellas se les garantiza el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución; tal es el caso de las personas de la tercera edad, respecto de las cuales el Estado, la sociedad y la familia, tienen la obligación de concurrir para su protección y asistencia y de promover su integración a la vida activa y comunitaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Carta Política.

En los casos en que además esa persona ha sido productiva a lo largo de su vida, laborando con la expectativa de asegurarse una vejez tranquila en condiciones de dignidad, también y paralelamente ella es titular del derecho a la pensión, el cual es irrenunciable, y, como lo ha señalado la Corte, aunque programático, "...puede dar lugar a la tutela judicial cuando por conexión directa con aquél, resulte desconocido un derecho fundamental."¹⁰

"El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas pensionales habrán de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos se trata de personas que no están en capacidad para procurarse los medios de subsistencia, ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su energía física e intelectual se ha ido deteriorando o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan de su pensión, en la que encuentran involucrado su mínimo vital." (Corte Constitucional, Sentencia T-439 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

En el caso específico que se revisa, la acción de tutela fue interpuesta por una persona de la tercera edad, que durante más de treinta y cinco años prestó sus servicios al Estado en diferentes instituciones públicas, entre ellas la demandada, entidad que le reconoció su derecho a la pensión en 1978, pero que ahora se niega a reajustarla en los términos que ella exige, los establecidos en la ley 171 de 1961, de la ley 71 de 1988 y del Decreto reglamentario 1160 de 1989, por considerar que no se cumplen los presupuestos esenciales que establecen dichas normas, procediendo entonces a reajustar la pensión, pero con base en el I.P.C. aplicable a cada año de servicio efectivo.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Esa decisión, en criterio de la actora, viola sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, a la seguridad social, a la integridad física y moral y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto afecta su mínimo vital, por lo que insiste en que se le otorgue la tutela para proteger sus derechos fundamentales a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social.

Cuarta. El derecho fundamental de petición de la actora, en el caso específico que se revisa, en efecto fue vulnerado por la demandada, sin embargo, los jueces constitucionales de instancia negaron la tutela, con fundamento en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, por haberse subsanado la omisión impugnada estando en curso el proceso.

En el caso del proceso de tutela que se analiza en sede de revisión, es necesario hacer las siguientes precisiones:

La primera, que en efecto, tal como los verificó el *a quo*, la demandada incurrió en la violación del derecho fundamental de petición de la actora, pues durante más de un año no resolvió sus solicitudes de reincorporación a la nómina de pensionados y de reliquidación de la pensión que ésta le presentó, sin informarle, como estaba obligada a hacerlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 01 de 1994, los motivos que originaban esa situación y el plazo en el que consideraba que podía proceder a hacerlo.

No obstante lo anterior, sin duda reaccionando ante la acción de amparo a la que recurrió la demandante, el INCORA, antes del fallo del juez constitucional de primera instancia, resolvió la petición, aceptando reintegrar a la actora en su nómina de pensionados, pero negando su solicitud de reliquidación en los términos de la ley 171 de 1961, de la Ley 71 de 1988 y del Decreto Reglamentario 1160 de 1989, normas que la demandante invocó como fundamento de derecho de su petición, por considerar que no se cumplían los presupuestos consagrados en las mismas, o al menos que había dudas sobre el particular.

Tal situación, prevista en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, llevó al juez constitucional de primera instancia a negar la acción, por carencia de objeto, decisión posteriormente confirmada por el *ad quem*, pues como lo establece dicha norma, estando en curso la tutela se dictó resolución administrativa que suspendió, en el caso específico que se revisa, la omisión impugnada y detuvo sus efectos, los cuales configuraban la amenaza y violación de los demás derechos fundamentales para los cuales la demandante solicitó protección.

La segunda precisión es la siguiente: de acuerdo con lo expuesto, una vez satisfecho el derecho de petición de la actora, debe entenderse que la impugnación que presentó ésta ante el *ad quem*, pretendía que aquél revocará la decisión del *a quo* de negar el amparo para los derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, a la seguridad social, a la integridad física y moral, y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales, no obstante la decisión de la demandada de reincorporarla a la nómina de pensionados y de reajustar su pensión pero con base en el I.P.C. aplicable a cada año de servicio efectivo, en su opinión siguen siendo vulnerados, al rehusar el INCORA a reliquidar su pensión de acuerdo con las disposiciones de la ley 171 de 1961, de la ley 71 de 1988, y del decreto reglamentario 1160 de 1989, situación que será el objeto de análisis en la Sala de Revisión.

Quinta. Las tutelas interpuestas con el objeto de obtener la reliquidación de la pensión de jubilación, a partir de un régimen de excepción más favorable, son improcedentes, pues exceden las competencias propias del juez constitucional.

Esta Corporación, en reiteradas oportunidades ha señalado que sólo en casos excepcionales, cuando no exista otro medio de defensa judicial o éste, vistas las circunstancias particulares del caso, no sea idóneo para proteger el derecho fundamental afectado, la acción de tutela se convierte en la vía adecuada para satisfacer pretensiones de naturaleza laboral.

Ha indicado también la Corte, de manera expresa, cuando es procedente dicha acción en tratándose de asuntos de esa naturaleza; así, ha dicho que "...puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital...; que es posible intentar la acción para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso...; [y] que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado..."¹¹

Es decir, que el 14 de septiembre de 1998, fecha de presentación de la demanda de tutela que se revisa, se configuraba una situación en la que la demandante, una persona de la tercera edad, en razón de una controversia jurídica que había surgido a raíz de su solicitud de reliquidación, había dejado de percibir, por más de un año, las mesadas correspondientes, lo cual desde luego afectaba su mínimo vital, situación que evidentemente violaba no sólo su derecho fundamental de petición, sino los demás derechos para los cuales ella había solicitado protección.

Sin embargo, como se anotó antes, al resolver la accionada su petición, accediendo a una de sus solicitudes y negando otra, para los jueces constitucionales de primera y segunda instancia cesó la violación de los derechos fundamentales que alegaba vulnerados la actora, por lo que ella impugnó dicho fallo, afirmando que la negativa de la entidad acusada a reliquidar su pensión, en los términos de la ley 171 de 1961, de la ley 71 de 1988 y del Decreto reglamentario 1160 de 1989, normas que en su criterio le atribuyen a ella dicho derecho por haberse reincorporado al servicio público después de reconocida la pensión, en cargos que en su concepto no eran incompatibles con su condición de pensionada, esto es con base en el salario devengado durante los tres últimos años de servicio, vulnera los derechos para los cuales reclama protección inmediata por parte del juez constitucional.

Los pensionados, ha dicho la Corte,

"...gozan de especial protección en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo (artículo 25 C.P.), son titulares de un derecho de rango constitucional (53 C.P.) a recibir puntualmente las mesadas que les corresponden y a que el valor de éstas se actualice periódicamente según el ritmo del aumento en el costo de la vida, teniendo en cuenta que todo pago efectuado en Colombia, al menos en las circunstancias actuales, debe adaptarse a las exigencias propias de una economía inflacionaria. Ello es consustancial al Estado social de derecho, que se ha instituido como característica sobresaliente de la organización política y como objetivo prioritario del orden jurídico fundado en la Constitución, por lo cual no cabe duda de la responsabilidad en que incurren los funcionarios y la entidades que desatienden tan perentorios mandatos." (Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Si se tiene en cuenta que el INCORA, aunque tardíamente, a través de la Resolución 3476 de 25 de septiembre de 1998 accedió a la petición de la actora y la reincorporó a su nómina de pensionados a partir del 23 de mayo de 1996, fecha de su retiro definitivo del servicio oficial; que procedió también a reajustar el valor de la pensión de acuerdo con el I.P.C. correspondiente a cada año de servicio efectivo, y a pagar la totalidad de la pensión no obstante la negativa de otras entidades públicas que en su criterio tienen responsabilidad parcial, contra las cuales repetirá, y a afiliarse a la peticionaria a la Entidad Promotora de Salud que ella escoja, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Reglamentario 1485 de 1994, es claro que sus derechos fundamentales han quedado plenamente restablecidos y protegidos.

Lo anterior, por cuanto la omisión que persiste según la actora, que en su criterio mantiene la vulneración de los derechos fundamentales para los cuales insiste en que se le conceda la tutela, es la que se refiere a la no reliquidación de la pensión de conformidad con los términos previstos en la ley 171 de 1968, en la ley 71 de 1988 y el Decreto reglamentario 1160 de 1989, pues, valga reiterarlo, su mesada sí fue reajustada pero con base en el I.P.C. correspondiente a cada año de servicio efectivo, tal como de manera general lo ordena la ley.

Se trata pues de una controversia jurídica, que no está dirigida a obtener el pago de sus mesadas desde la fecha de su retiro definitivo del servicio oficial, pues su cancelación ya ha sido ordenada por la entidad accionada a través del artículo 1 la citada resolución 3476 de 1998; tampoco a obtener los reajustes que de manera general ordena la ley, o su afiliación a la E. P. S. que ella escoja, lo cual también reconoció el INCORA a través de los artículos 2 y 5 del precitado acto administrativo. Su pretensión, en la apelación, se circunscribe a que se le aplique un régimen de excepción más beneficioso para efectos de reliquidación de la pensión, consagrado en las normas legales a las que alude como fundamento de su petición, al cual cree tener derecho, que le implicaría un significativo aumento en su mesada.

En síntesis, el reclamo que le pide atender al juez constitucional, se concreta en la solicitud de reliquidación de su pensión, con base en el régimen jurídico de excepción que en su opinión le es aplicable, y no en el de carácter general que se calcula con el I.P.C. Sobre este tipo de peticiones ha dicho la Corte:

“...las tutelas incoadas con el propósito de obtener, más que pagos de sumas adeudadas por obligaciones claramente definidas, **la liquidación o reliquidación** de prestaciones son del todo improcedentes y, por tanto, mal pueden los jueces concederlas, por cuanto, al hacerlo, exceden notoriamente el campo de sus propias competencias.” (Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

Es decir, que no es la tutela la vía procedente para obtener ese beneficio excepcional, salvo que se probara que de él depende la subsistencia en condiciones dignas de la actora, o que no lograrlo afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales que ella alega vulnerados, caso en el cual, dada su condición de persona de la tercera edad, con una corta esperanza de vida, sería viable otorgar el amparo, al menos como mecanismo transitorio de protección.

Procederá la Sala a verificar si se configura alguna de esas situaciones:

El Magistrado Sustanciador, con ese propósito, a través de Auto de 26 de abril de 1999, le solicitó al Secretario General del INCORA información sobre la actual situación de la deman-

dante. Dicho funcionario, a través de oficio No. 05655 de 30 de abril del presente año, le informó al Despacho lo siguiente:

Que a través de la Resolución No. 3476 de 25 de septiembre de 1998, "...la señora MARY GALVIS DE MELENDRO fue reincorporada a la nómina de pensionados del INCORA, desde el mes de noviembre de 1998, con retroactivo a 23 de mayo de 1996, fecha a partir de la cual acreditó su retiro definitivo del servicio oficial."

Que dicha resolución fue notificada personalmente a la interesada, el día 1o. de octubre de 1998, contra la cual la actora interpuso recurso de reposición, el cual fue negado por la demandada a través de la Resolución 4257 de 3 de diciembre de 1998, quedando en firme dicho acto administrativo.

Que efectuados los reajustes anuales correspondientes al I.P.C., el monto actual de la pensión mensual que se le cancela a la demandante, asciende a la suma de QUINIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$ 505.257.00)

Que atendiendo la solicitud de la peticionara, actualmente está afiliada a la E.P.S. SANTAS.

Considera la Sala, que tales condiciones garantizan la efectividad de los derechos fundamentales para los cuales la accionante solicita protección, al igual que el mínimo vital necesario para una vida digna, lo que hace improcedente otorgar la tutela ni siquiera como mecanismo transitorio, por lo que confirmará los fallos de instancia que la negaron, no sin antes señalar, que la controversia jurídica que persiste, sobre si es aplicable o no el fundamento legal al que alude la actora, para efectuar la reliquidación de su pensión, deberá ser dirimida por la jurisdicción de lo contencioso, pues se trata de un asunto que encaja dentro de las específicas competencias del juez laboral administrativo.

Es pertinente aclarar, que como lo afirma el juez constitucional de segunda instancia en su fallo, no se allegó prueba alguna que permita aseverar, que la no reliquidación de la pensión de la accionante, en los términos que ella exige, vulnere alguno de los derechos fundamentales para los cuales solicita protección, o afecte su mínimo vital, entendido éste como el conjunto mínimo de condiciones de carácter material, "...sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia"¹².

La accionante se limitó a presentar argumentos de derecho, que controvierten los funcionarios de la subgerencia jurídica de la entidad demandada y respalda la abogada asesora externa consultada por ésta última, situación que corrobora que el espacio en que se debe resolver ese litigio es el correspondiente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU 225 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido el 23 de noviembre de 1998 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, que confirmó la sentencia proferida el 2 de octubre de 1998 por el Juzgado Diez y Siete Laboral del Circuito de la misma ciudad, a través de la cual denegó la tutela interpuesta por la señora MARY GALVIS DE MELENDRO.

Segundo. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado (impedido)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-326/99

mayo 11 de 1999

SUBORDINACION LABORAL- Aplicación

FUERO SINDICAL- Finalidad

Ha sostenido esta Corte, que la institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que éstos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador les asigna a los sindicatos.

FUERO SINDICAL- Justas causas para que un juez autorice el despido de un trabajador

ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL- Eficacia para la protección de derechos fundamentales por despido sin previa calificación judicial

Referencia: Expedientes Acumulados

T-194376 T-194378 T-194381 T-194385

T-194386 T-194398 T-194403 T-194405

T-194406 T-194408 T-194409 T-194413

T-194414 T-194623 T-194624 T-194625

T-194626 T-194627 T-194628 T-194629

T-194636 T-194672 T-194743 T-196745

T-196755 T-196756 T-196770 T-196772

Peticionarios:

Luis Humberto Páez Cortés, Rafael Reyes Velandia, Ricardo De Bustos Moreno, Jesús Carrascal Pardo, Luis Hernando Cuervo Guerra, Héctor Forero Medina, Marco Aurelio Salazar Zambrano, Rafael Cruz Gómez, José Benito Castañeda, Germán Esquivel González, Jesús Burgos Moreno, Manuel Torres Camacho, Héctor Zamora Romero, Juan Nemesio Jerez Barajas, Diego Libreros López, José Sarmiento Lozano, Miguel Antonio Cadena Guerrero, Juan Carlos Bustos Guerra, Daniel Rojas Mateus, Wilmer Arias Galindo, Víctor Julio Rojas García, Alcides Quintero, Omar Giraldo Torres, Hermes Quimbayo Parra, Manuel Rojas Alvarado, Nicolás Pulido Chacón, María Fuentes Blanco y Edilfonso Moreno Bejarano.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., mayo once (11) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los H. Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, VLADIMIRO NARANJO MESA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre los procesos de tutela acumulados interpuestos por el ciudadano LUIS HUMBERTO PAEZ CORTES y otros, en su condición de trabajadores sindicalizados contra la Empresa COMERCIAL RAMO S.A.

INFORMACION PRELIMINAR

Por decisión de las respectivas Salas de Selección y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9 de la C.P., en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, los Juzgados Laborales del Circuito de Santafé de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, remitieron a la Corte Constitucional los expedientes de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional de los fallos proferidos por ellos, en el trámite de primera y segunda instancia de las diferentes tutelas cuyos procesos se encuentran acumulados, por razón de la identidad del objeto y de la parte demandada y en consecuencia se deciden conjuntamente.

LANTECEDENTES

En todos los casos se trata de extrabajadores que, actuando mediante apoderado judicial, instauraron sendas acciones de tutela contra la sociedad COMERCIAL RAMO S.A., tendientes a obtener, por este mecanismo judicial, la protección constitucional a los derechos fundamentales de asociación sindical, trabajo y debido proceso consagrados en los artículos 25, 29 y 39 superiores.

Coinciden, en aducir los actores, que prestaron sus servicios en la sociedad accionada, mediante contratos de trabajo a término indefinido; que siendo las 9 de la noche del día 6 de julio de 1998, se constituyó y fundó la organización sindical de primer grado y de base denominada "SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMERCIAL RAMO S.A. (SINTRACOMERAMO) en cuya Asamblea General fundacional asistieron 30 trabajadores, quedando como socios fundadores de la prenombrada asociación sindical, todos los que posteriormente iniciaron las acciones de tutela.

También coinciden en afirmar, igualmente, es su demanda de tutela, que a través de los señores SEGUNDO NELSON LEGUIZAMON SANCHEZ y LUIS DARIO GOMEZ, en su condición de Presidente y Secretario, respectivamente, del Sindicato recién constituido, comunicaron el día 7 de julio de 1998, a la División de Registro y Asuntos Sindicales del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, la fundación y constitución del ente sindical, radicando los documentos pertinentes y necesarios, levantados como consecuencia de la creación del Sindicato. Aducen, así mismo, que la organización sindical SINTRACOMERAMO, a través de sus directivos, el mismo día 7 de julio de 1998, se hicieron presentes en las dependencias de la empresa demandada con el propósito de notificarla de la existencia y fundación de la organización gremial, donde, según exponen, fueron maltratados por la señora AMPARO CONTRERAS BROCHERO, entonces Jefe de Relaciones Industriales de la empresa, quien, enterada del contenido de los documentos que iba a recibir, se negó a aceptarlos, ordenando a su vez, al vigilante de la empresa, que retirara al Presidente y al Secretario del nuevo Sindicato, de las dependencias de la empresa.

Igualmente, que los órganos directivos del Sindicato, una vez cumplidos los requisitos de publicidad y debido proceso que contempla el Decreto 1469 de 1978, por resolución No. 001770 de julio 14 de 1998, se inscribieron, en el Registro Sindical a la Organización Sindical SINTRACOMERAMO y a su correspondiente Junta Directiva aprobando, a su vez los estatutos internos por encontrarlos ajustados a la ley.

Argumentan, igualmente, que los días 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de julio de 1998, los actores fueron despedidos en forma unilateral y sin justa causa por el patrono, a sabiendas, de que estaban amparados por el “fuero sindical como socios fundadores” de la organización sindical SINTRACOMERAMO de acuerdo a lo previsto en el artículo 57 de la Ley 50 de 1990.

Finalmente, exponen los actores que, en su opinión, la empresa COMERCIAL RAMO S.A., al despedirlos injustamente, los días 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de julio de 1998, desconoció los procedimientos legales; especialmente los previstos en el artículo 7 del Decreto 204/57, con lo que la empresa demandada conculcó sus derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso, protegidos por la Carta Política de 1991, pues en ningún momento la empresa procedió a levantar legalmente el fuero sindical para proceder a terminar el vínculo laboral de acuerdo a los marcos legales.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Expediente T-194376

El juzgado 10 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia del 26 de octubre de 1998, negó la tutela a los derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso del peticionario LUIS HUMBERTO PAEZ CORTES al considerar que las condiciones particulares del despido del actor, no ubican su situación en el conjunto de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, por cuanto no surgen evidencias determinantes que permitan imputar persecución sindical por parte del empleador, mucho menos un flagrante desconocimiento de la garantía foral en el caso concreto, lo que tampoco lleva a la sustitución, por vía de tutela, de la acción judicial prevista para obtener el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Impugnado el anterior fallo por el apoderado de la empresa demandada, correspondió conocer en segunda instancia a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, donde, en providencia de 2 de diciembre de 1998, confirmó la sentencia inicial, argumentando que el afectado debe acudir al proceso laboral especial de reintegro ante la jurisdicción laboral correspondiente, para obtener el restablecimiento de los derechos conculcados.

Expediente T-194378

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 3 de noviembre de 1998, resuelve negar la tutela incoada por el peticionario RAFAEL REYES VELANDIA para proteger sus derechos fundamentales a la asociación sindical, trabajo y debido proceso; en consideración a que, en criterio del juez, el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, según lo prevé el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Impugnado el anterior fallo por parte del apoderado del peticionario, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, resolvió confirmar la decisión inicial mediante fallo de 2 de diciembre de 1998, estimando que el actor cuenta con el procedimiento laboral ordinario para reclamar las obligaciones laborales y su restablecimiento, demostrando la hipótesis legal que el ordenamiento sustantivo laboral señala para estos efectos; igualmente, considera el juez de segunda instancia, que en el caso concreto, no se encuentran elementos que permitan deducir la presencia de un perjuicio irremediable para conceder la tutela.

Expediente T-194381

El juzgado 19 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en fallo del 5 de noviembre de 1998, resolvió negar por improcedente la tutela de los derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso del peticionario RICARDO DE BUSTOS MORENO, afirmando que le corresponde al juez del trabajo dirimir el conflicto que se presenta entre un trabajador y su patrono, cuando este último ha dado por terminado el contrato indefinido de trabajo, de otra parte, estimó el juez de tutela, que el Decreto 204 de 1957 y el Decreto ley 2351 de 1965, establecen los procedimientos judiciales para hacer valer los derechos a la asociación sindical contenidos en la ley, y es precisamente, este proceso especial, la sede en donde el petente debe demostrar las circunstancias del desconocimiento patronal de la garantía foral.

Al impugnar el anterior fallo, por parte del apoderado del actor, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en su Sala Laboral, mediante providencia de 27 de noviembre de 1998, resolvió confirmar el fallo de primera instancia, al estimar que la tutela no es el mecanismo judicial idóneo para restablecer los derechos a la asociación sindical y al trabajo, pues con ello, se desconocería el principio de la seguridad y no simultaneidad que comporta la acción de tutela.

Expediente T-194385

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en fallo de 6 de Noviembre de 1998, resolvió negar por improcedente la tutela a los derechos fundamentales de trabajo, debido proceso y asociación sindical del peticionario JESUS CARRASCAL PARDO, afirmando que la acción de tutela, no procede por expreso mandato del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que en el evento *subjudice*, existen otros recursos o medios de defensa judicial, ya que, en criterio del juez de tutela, el conflicto jurídico es producto de una controversia sobre termi-

T-326/99

nación con o sin justa causa de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual debe tramitarse por otras vías judiciales.

Impugnada la sentencia anterior, por el apoderado del actor, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 27 de noviembre de 1998, confirmó la decisión inicial, estimando que el artículo 7 del Decreto 204 de 1957, dispone que es al Juez del Trabajo, a quien le corresponde conocer las demandas que, por asociación sindical presenten los trabajadores amparados por tal garantía, mediante el ejercicio de las acciones de reintegro o de reinstalación, previstos en el artículo 114 a 118 del Código de Procedimiento Laboral.

Expediente T-194386

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en fallo de 6 de noviembre de 1998, resolvió negar la tutela de los derechos fundamentales de asociación sindical, debido proceso y trabajo del actor LUIS HERNANDO CUERVO GUERRA. Estimó el Juez, que el peticionario cuenta con otros medios de defensa judicial y no puede utilizarse la tutela para suplir el proceso laboral ordinario, ni la jurisdicción del trabajo, máxime cuando del caso sublite, no se desprende un perjuicio irremediable.

Impugnado el fallo anterior, por parte del apoderado del actor, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 27 de noviembre de 1998, resolvió confirmar la decisión judicial de primera instancia estimando que la acción de tutela no es el mecanismo judicial requerido para decidir sobre los supuestos derechos reclamados por el actor, pues existen normas que determinan los procesos para restablecer la legalidad o no de las situaciones en el caso *sub judice*. No le corresponde a la tutela la solución de las controversias contractuales de carácter laboral, según lo establecido por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y de este mismo Tribunal.

Expediente T-194398

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 6 de noviembre de 1998, resolvió no tutelar los derechos invocados por el peticionario HECTOR FORERO MEDINA como fundamentales, considerando que el actor puede acudir a un procedimiento diferente a la tutela, como sería el proceso especial de fuero sindical (acción de reintegro) en el cual se logre establecer si el actor, en realidad es o no aforado, para lo cual existe la jurisdicción ordinaria laboral.

Impugnó el fallo de tutela el apoderado de la parte actora, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 9 de diciembre de 1998, confirmó la decisión inicial, considerando que la acción de tutela no puede reemplazar a la jurisdicción laboral ordinaria porque sus características de subsidiariedad e inmediatez no son de tal calidad que desplace el mecanismo judicial especial de fuero sindical o el procedimiento ordinario laboral para establecer la legalidad o no del despido patronal.

Expediente T-194403

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de fecha 6 de noviembre de 1998, resolvió no conceder la tutela de los derechos fundamentales de trabajo, debido proceso y asociación sindical del peticionario MARCO AURELIO SALAZAR

ZAMBRANO, aduciendo que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, igualmente, aduce el juez de tutela que esta acción no se puede utilizar indiscriminadamente, máxime cuando el actor cuenta con el proceso especial de fuero sindical que contempla el ordenamiento jurídico y el proceso ordinario laboral para discutir, si el despido se efectuó con o sin justa causa, y, eventualmente, se determine la indemnización o las prestaciones sociales del caso.

Impugnó la sentencia de primera instancia el apoderado de la parte demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 9 de diciembre de 1998, confirmó la decisión recurrida, estimando que el artículo 6 numeral 4 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la acción de tutela no procederá cuando existen otros medios de defensa judicial, por lo tanto, la Sala consideró que el actor cuenta con el proceso ordinario o de fuero sindical según sea el evento jurídico. La tutela no está diseñada para definir la legalidad o no de la desvinculación laboral o para establecer si el trabajador está o no aforado sindicalmente.

Expediente T-194405

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de octubre 23 de 1998, resolvió rechazar de plano la tutela incoada para proteger los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y asociación sindical del actor RAFAEL CRUZ GOMEZ, aduciendo que, del análisis de los hechos que motivaron la presente acción, el despacho concluye, que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, breve y expedito, como es la acción de reintegro, prevista en el artículo 118 del C. de P. L. Los hechos de los cuales se deriva la violación hacen que la tutela sea improcedente.

Impugnado el referido fallo por parte de los apoderados de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante providencia de 4 de diciembre de 1998, resolvió confirmar la decisión inicial, con base en el argumento, según el cual, en sentencia de fecha 2 de diciembre de 1998 el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en un caso similar al estudiado, expuso que el actor cuenta con el mecanismo previsto en el Decreto 204 de 1957.

Expediente T-194406

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de noviembre 3 de 1998, resolvió negar tutela de los derechos fundamentales invocados por el actor JOSE BENITO CASTAÑEDA, al considerar que el peticionario posee el procedimiento especial de fuero sindical, que regula el Código de Procedimiento Laboral, ya que la tutela no se concibe como mecanismo apto para resolver conflictos laborales, sino, únicamente, cuando el actor haya agotado la totalidad de los medios judiciales que el ordenamiento legal prevé para la defensa de sus derechos.

Impugnado el fallo inicial por parte de los apoderados de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidió, mediante providencia de 4 de diciembre de 1998, confirmar la decisión de primera instancia, aduciendo que la tutela no es el mecanismo judicial requerido para decidir sobre los supuestos derechos reclamados por el actor, pues existen normas que determinan los procesos, para establecer la legalidad o no de las situaciones expuestas en este particular proceso.

Expediente T-194408

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de noviembre 3 de 1998, resolvió declarar improcedente la acción de tutela de los derechos fundamentales invoca-

dos por el peticionario GERMAN ESQUIVEL GONZALEZ, al estimar que en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, esa alta Corporación, ha estimado que el afectado debe agotar previamente todos los medios de defensa judiciales ordinarios, para luego, una vez que no produzcan resultados, accionar en tutela, con el propósito de proteger sus derechos conculcados o violados, por lo tanto, el peticionario debe acudir primero a los procedimientos ordinarios laborales que prevé el sistema jurídico colombiano.

Impugnado el referido fallo por parte de los apoderados de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidió, mediante providencia de 4 de diciembre de 1998, confirmar la decisión inicial, con base en el argumento, según el cual, no es posible con la tutela desconocer el orden existente en los estatutos legales que rigen el procedimiento laboral colombiano, el cual se fundamenta en los principios de la seguridad y no simultaneidad, que caracteriza la tutela, la cual cumple una función eficaz, sin perturbar la existencia de otros medios judiciales que posee el actor para su defensa.

Expediente T-194409

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de noviembre 11 de 1998, resolvió declarar improcedente la acción de tutela incoada por el peticionario JESUS BURGOS MORENO, para que mediante una orden judicial se le protegieran sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y asociación sindical, ya que, estimó el juez, en el presente caso, el conflicto es de carácter jurídico legal, cuya decisión es competencia exclusiva de la justicia ordinaria laboral, a través de un proceso de fuero sindical.

Impugnado el fallo de primera instancia por parte del apoderado de la parte demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, resolvió, mediante providencia judicial de 7 de diciembre de 1998, confirmar la sentencia impugnada, con el argumento, según el cual, el actor debe utilizar el procedimiento previsto en el Decreto 204 de 1957, sobre fuero sindical, regulado por los artículos 113 a 188 del Código de Procedimiento Laboral.

Expediente T-194413

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, resolvió mediante decisión judicial de fecha 4 de noviembre de 1998, no conceder la tutela a los derechos fundamentales del trabajo, debido proceso y asociación sindical del peticionario MANUEL TORRES CAMACHO, por considerar que, del recaudo probatorio existente en el expediente, no se desprende que se configure perjuicio irremediable y que de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, especialmente la Sentencia T-01 de 1992 y T-022 de 1995, la tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial prevista por el sistema jurídico nacional.

Impugnado el fallo anterior por parte del apoderado del peticionario y de la empresa, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, resolvió, mediante providencia de 9 de diciembre de 1998, confirmar la decisión inicial, por estimar que el actor puede utilizar la acción laboral ordinaria y el procedimiento especial de fuero sindical, según el caso, a fin de definir la legalidad o no de la desvinculación laboral, y por lo tanto, se le restablezcan sus derechos.

Expediente T-194414

El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia de 6 de noviembre de 1998, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor HECTOR

ZAMORA MORENO, esto es, el trabajo, debido proceso y asociación sindical, en virtud a que en el caso estudiado no se encontró violación alguna de derechos fundamentales, por lo tanto, el actor debe concurrir a la justicia laboral ordinaria, a través del respectivo proceso para hacer valer los derechos que afirma le desconocieron, por cuanto el ordenamiento jurídico laboral diseñó los mecanismos judiciales para resolver lo planteado.

Impugnado el fallo anterior por parte de los apoderados de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidió mediante providencia de 9 de diciembre de 1998 confirmarlo, por estimar que la tutela no es un mecanismo judicial para inmiscuirse en derechos de rango legal pues ello desborda su espíritu. Finalmente expuso el Tribunal que tampoco existen, en el caso concreto, perjuicio irremediable, pues mediante los procesos ordinarios laborales se puede establecer los derechos de las partes que fije la ley.

Expediente T-194623

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia de fecha 3 de noviembre de 1998, resolvió negar la acción de tutela instaurada por el actor JUAN NEMESIO JEREZ BARAJAS, con base en que el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial, como quiera que el conflicto que surge entre el patrono y el trabajador es producto de un despido unilateral del primero frente al segundo, el cual debe dirimirse mediante los procedimientos que el ordenamiento jurídico colombiano prevé.

Impugnada la decisión referida por parte de los apoderados del actor y de la empresa demandada, respectivamente, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 25 de noviembre de 1998, decidió confirmar la decisión inicial, estimando que el peticionario puede acudir al procedimiento judicial previsto en el Decreto 204 de 1957 y en los artículos 112 a 118 del C.S. del T., los cuales fijan el procedimiento especial de fuero (acción de reintegro).

Expediente T-194624

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia de 5 de Noviembre de 1998, negó la tutela de los derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso del peticionario DIEGO LIBREROS LOPEZ, al considerar que, la tutela no es la vía judicial adecuada para solicitar la protección de estos derechos. Luego de un amplio análisis de la figura del fuero sindical y de los derechos de asociación en algunas legislaciones comparadas así como en algunos documentos de la Iglesia Católica y en los artículos 38 y 39 superiores, concluyó el juez de tutela, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el procedimiento especial de reintegro de los trabajadores despedidos que gozan del fuero es la vía principal que se debe utilizar para solucionar el conflicto suscitado entre el trabajador y su empleador.

Impugnado el anterior fallo por parte del apoderado del actor, correspondió conocer en segunda instancia a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, donde en providencia de 30 de Noviembre de 1998, se confirmó la sentencia inicial, argumentando que el afectado cuenta con otros medios de defensa judicial, especialmente el previsto en el Decreto 204 de 1957 y los artículos 114 a 118 del Código de Procedimiento Laboral.

Expediente T-194625

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en fallo de 16 de octubre de 1998, resolvió negar la tutela a los derechos fundamentales de trabajo, asociación sindical, petición y debido proceso, aduciendo que las condiciones en que fue despedido el actor JOSE SARMIENTO LOZANO no se ubican en el campo de los derechos fundamentales incoados en el libelo, en cuanto no surgen evidencias determinantes que permitan imputar persecución sindical, por parte del patrono, por lo tanto denegó la acción ya que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial.

Al impugnar la sentencia, el apoderado del peticionario, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 2 de diciembre de 1998, confirmó la sentencia inicial, aduciendo que la acción de tutela, según jurisprudencia de la Corte Constitucional T-01 de 1992, no es la vía judicial para resolver conflictos de carácter laboral que surgen como consecuencia de la terminación unilateral con o sin justa causa del contrato de trabajo.

Expediente T-194626

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de 6 de noviembre de 1998, resolvió negar la tutela de los derechos fundamentales del trabajo, asociación sindical y debido proceso del peticionario MIGUEL ANTONIO CADENA GUERRERO, al estimar que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, como lo es acudir a la justicia ordinaria a través de un proceso especial de fuero sindical, para determinar, si, al momento del despido, éste se encontraba efectivamente gozando del beneficio sindical o no.

El apoderado judicial del accionante impugnó el anterior fallo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 2 de octubre de 1998, confirmó el fallo de primera instancia aduciendo que, la acción de tutela, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente para resolver conflictos que nacen con ocasión de un despido con o sin justa causa de un contrato de trabajo, pues para ello cuenta el trabajador con las vías ordinarias de carácter laboral y con el proceso especial de fuero sindical.

Expediente T-194627

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 28 de octubre de 1998 resolvió no tutelar los derechos invocados por el actor JUAN CARLOS BUS-TOS GUERRA, al estimar que las condiciones particulares del despido, no implican el desconocimiento al fuero sindical, ni se erigen en conductas patronales de persecución sindical, lo cual obliga a que el actor utilice otras vías judiciales distintas a la acción de tutela para que se le restablezcan sus derechos laborales.

El apoderado de la parte actora, impugnó el contenido del fallo anterior. La sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la decisión de primera instancia en fallo de 1 de diciembre de 1998, considerando que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han estimado que la tutela es un mecanismo transitorio específico y directo para proteger derechos fundamentales y no para reemplazar la jurisdicción ordinaria laboral.

Expediente T-194628

El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá en fallo de 3 de noviembre de 1998 resolvió negar la acción de tutela de los derechos fundamentales de trabajo, asociación sindi-

cal y debido proceso del peticionario argumentando que el actor DANIEL ROJAS MATEUS cuenta con otros medios de defensa judicial, expresamente los definidos en el artículo 405 del C.S. del T. y 1° de la Ley 362 de 1997, por lo tanto, la tutela no es procedente para proteger el fuero sindical, ni mucho menos para decidir conflictos de trabajo que surgen con ocasión de la terminación unilateral del vínculo laboral.

Al impugnarse el anterior fallo, por parte del apoderado del actor, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Laboral, confirmó la decisión anterior mediante fallo de fecha 1 de diciembre de 1998, estimando que el actor puede disponer de otros medios de defensa judicial, específicamente los previstos en los numerales 4 del artículo 405 del C.S.T., y 38 de la Ley 50 de 1990 los cuales regulan el procedimiento especial de fuero sindical.

Expediente T-194629

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante fallo de 6 de noviembre de 1998, resolvió negar la acción de tutela de los derechos al trabajo, asociación sindical y debido proceso, invocados por el peticionario WILMER ARIAS GALINDO, estimando que el actor posee otros medios de defensa judicial tales como el proceso especial de fuero sindical (acción de reintegro) en el cual el trabajador debe demostrar si en realidad es aforado o no, según la ley.

Impugnada la decisión anterior por parte de los apoderados tanto del actor como de la empresa demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de fecha 1 de diciembre de 1998, decidió confirmar la sentencia de primera instancia, aduciendo que la doctrina y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, han sido enfáticas en establecer que la acción de tutela no es el mecanismo judicial que puede utilizarse, para reemplazar la justicia laboral ordinaria, como consecuencia de lo anterior, el actor debe utilizar las acciones judiciales previstas en el artículo 59 del C.S.T. y 38 de la ley 50 de 1990 y 114 a 188 del C. de P.L.

Expediente T-194636

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de Noviembre 5 de 1998, resolvió negar el amparo solicitado por el peticionario a sus derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso, al estimar que el actor VICTOR JULIO ROJAS GARCIA cuenta con otros medios judiciales de defensa, ya que del caso concreto se desprende que el patrono despidió unilateralmente al trabajador, terminando el contrato de trabajo a término indefinido, frente a lo cual el trabajador posee, según el ordenamiento nacional, un medio de defensa judicial distinto a la tutela.

Al impugnar el fallo anterior por parte del apoderado del peticionario, la Sala Laboral de Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 1 de diciembre de 1998, resolvió confirmar la sentencia inicial, estimando que, del contexto del caso, no se desprende ningún perjuicio irremediable para el trabajador, ya que el peticionario posee otras vías judiciales para resolver la controversia planteada, es decir, el actor puede utilizar los mecanismos previstos en el C. de P.L. (Art. 451 y ss.).

Expediente T-196672

El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 10 de noviembre de 1998, resolvió negar la tutela de los derechos invocados por el actor ALCIDES

T-326/99

QUINTERO, estimando que la tutela es improcedente, ya que en el caso *sub judice*, no se presenta violación de ningún derecho fundamental, el actor puede concurrir ante la justicia laboral para que ésta dirima la controversia relativa a la terminación con o sin justa causa del contrato de trabajo por parte del patrono.

Impugnada la sentencia de primera instancia por parte del apoderado del actor, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 11 de diciembre de 1998, decidió confirmar la decisión inicial, estimando que el trabajador debe acudir al procedimiento señalado en el artículo 6 del Decreto 204 de 1957, ya que la tutela no puede reemplazar a la justicia ordinaria del trabajo, en virtud del carácter subsidiario y supletivo de la misma.

Expediente T-196743

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 4 de noviembre de 1998, resolvió negar la tutela de los derechos al debido proceso, trabajo y asociación sindical del actor OMAR GIRALDO TORRES, en virtud a que éste cuenta con otros medios de defensa judicial en virtud del carácter residual de la acción de tutela, y por lo tanto ésta no puede desplazar la jurisdicción ordinaria laboral, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, desde la sentencia T-01 de 1992. Y la sentencia de 6 de marzo de 1997 del Tribunal de Bogotá, M.P. Dr. Reinaldo Valderrama Meza.

Impugnado el fallo por parte del apoderado del actor, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, decidió confirmar la decisión inicial, estimando que la tutela es un instrumento jurídico subsidiario e inmediato que no puede reemplazar a la justicia ordinaria del trabajo, para lo cual se apoya a la sala Laboral, en diversas sentencias de la H. Corte Constitucional que han negado la utilización de la acción de tutela para resolver controversias de carácter laboral.

Expediente T-196745

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 5 de noviembre de 1998, resolvió negar el amparo solicitado por el actor HERMES QUIMBAYO PARRA de los derechos fundamentales de trabajo, asociación sindical y debido proceso, al estimar, luego de citar algunos documentos de la Iglesia Católica, así como jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, que no es la tutela la vía judicial pertinente para resolver sobre el conflicto laboral suscitado con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo a término indefinido, pues el actor puede utilizar las vías judiciales ordinarias para proteger el fuero sindical.

Impugnada la sentencia anterior por parte del apoderado de la empresa demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la decisión inicial mediante providencia del 11 de diciembre de 1998, aduciendo que el actor dispone de otros medios de defensa judicial, tales como acudir al procedimiento especial de fuero sindical previsto en el artículo 7 del Decreto 204 de 1957.

Expediente T-196755

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 4 de noviembre de 1998, resolvió negar la tutela de los derechos invocados por el actor MANUEL ROJAS ALVARADO, en consideración a que el demandante posee otros medios de

defensa judicial para reclamar lo impetrado, y bajo esa premisa declaró improcedente la acción de tutela.

Impugnado el anterior fallo por parte del apoderado del peticionario, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en providencia de 11 de diciembre de 1998, decidió confirmar la decisión inicial, estimando que el peticionario debe acudir a la acción judicial prevista en el Decreto 204 de 1957, el cual establece el procedimiento especial de fuero sindical, por lo cual el actor no se encuentra ante un perjuicio irremediable.

Expediente T-196756

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 5 de noviembre de 1998, resolvió declarar improcedente la acción de tutela de los derechos invocados por el actor NICOLAS PULIDO CHACON al debido proceso, trabajo y asociación sindical, en virtud a que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la tutela es improcedente cuando el actor cuenta con otros medios de defensa judicial. Para el caso concreto no existe prueba alguna donde se desprenda que se haya vulnerado derecho fundamental alguna, por lo que el actor debe acudir al procedimiento ordinario para discutir si existe o no justa causa para despedir al trabajador vinculado mediante un contrato de trabajo.

Impugnado el fallo de primera instancia por parte de los apoderados de las partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, resolvió confirmar la decisión recusada, mediante fallo de 11 de diciembre de 1998, considerando que la tutela solo resulta procedente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, tal como lo señala el artículo 86 de la Carta y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la Sentencia T-01 de 1992. En este orden de ideas, en criterio de la Sala, el actor puede utilizar los procedimientos ordinarios laborales que existen en el ordenamiento jurídico laboral vigente.

Expediente T-196770

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia de 6 de noviembre de 1998, resolvió declarar improcedente la acción de tutela de los derechos fundamentales al trabajo, asociación sindical y debido proceso de la actora MARIA FUENTES BLANCO, por estimar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, son enfáticos en establecer que cuando un peticionario cuenta con otros medios de defensa judicial éstos desplazan la acción de tutela, la cual no se puede utilizar para iniciar procesos paralelos o alternativos, máxime cuando la ley prevé, para el caso concreto, el proceso especial de fuero o reintegro, o, el ordinario laboral para establecer la legalidad del despido.

Impugnado el fallo referido por parte de los apoderados del actor y de la empresa cuestionada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la decisión recusada, mediante providencia de 11 de diciembre de 1998, considerando que en el presente caso el actor cuenta con el procedimiento previsto en el artículo 7 del Decreto 204 de 1957, ya que tiene la calidad de aforado sindical y de constituyente y fundador de la organización sindical "Sintracomero".

Expediente T-196772

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia de fecha 5 de noviembre de 1998, resolvió no conceder la tutela de los derechos fundamentales al trabajo,

asociación sindical y debido proceso del actor EDILFONSO MORENO BEJARANO, por estimar que el peticionario posee otros mecanismos de defensa judicial, y que en virtud de los hechos expuestos en la demanda, no hay prueba alguna que permita establecer que se ha vulnerado ningún derecho fundamental, ya que la tutela no es el escenario para establecer si hubo o no despido o terminación injusta del contrato de trabajo entre el peticionario y la empresa demandada.

Impugnado el fallo por parte de los apoderados del actor y de la empresa demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la decisión recusada, mediante providencia de 11 de diciembre de 1998, por estimar que en el presente caso el actor puede acudir al procedimiento previsto en el Decreto 204 de 1957, ya que tiene la calidad de aforado sindical como constituyente y fundador de la organización sindical "Sintracomeramo".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y el Decreto 2591 de 1991.

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, en relación con los múltiples casos que se revisan, esta Corte estima necesario advertir, que la acción de tutela que instauraron los trabajadores contra una empresa particular, es procedente, dada la relación de subordinación que entre ellos existía al momento de ser incoadas las acciones y el carácter fundamental de los derechos que alegan los trabajadores son vulnerados por una de las partes. En efecto, esta Corte ha estimado múltiples veces que la procedencia de la tutela está supeditada, entre otros preceptos a *"que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular"*. En los casos analizados, valga decir, cuando sucedieron los hechos que obligaron a la acción de tutela, los actores eran empleados de la empresa demandada, vinculados por contrato de trabajo a término indefinido, según consta en la totalidad de los expedientes. Como lo ha señalado esta Corte, el hecho de la existencia de una relación laboral entre las partes, coloca a los peticionarios en una relación de subordinación con la acusada, aspecto esencial para incoar acciones de tutela entre particulares, tal como ha sido definido por esta Corte, desde la sentencia C-134 de 1994 y reiterada entre otras decisiones en la T-290 de 1997 y SU-342 de 1995 a propósito de lo regulado por el Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate

Los trabajadores, actuando mediante apoderado judicial, instauraron, en sendas demandas, acciones de tutela contra la sociedad Comercial Ramo S.A., tendientes a obtener amparo constitucional a los derechos de asociación sindical, trabajo y debido proceso, consagrados en los artículos 25, 29 y 39 de la Constitución Política.

Afirman los peticionarios, que una vez constituido y fundado, el 6 de julio de 1998, la organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de Comercial Ramo S.A. "SINTRACOMERAMO" de la que son fundadores, intentaron, mediante el presidente y el secretario de la organización sindical, notificar a la empresa demandada de la existencia del ente gremial, debidamente registrado en el Ministerio de Trabajo, según Resolución No. 001770 del

15 de julio de 1998. Aducen que la Jefe de Relaciones Industriales, se negó a recibir la documentación respectiva, sobre la creación del ente sindical. Afirman que todos los actores fueron despedidos unilateralmente y sin justa causa los días 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de julio de 1998, a sabiendas de que se encontraban amparados por el fuero sindical, en su calidad de fundadores, desconociendo las previsiones contenidas en el artículo 7 del Decreto 204 de 1957 y en el artículo 57 de la Ley 50 de 1990, con lo que la empresa, ha violado el debido proceso y el derecho al trabajo que la Carta les otorga, pues, nunca tramitó permiso judicial para levantar el fuero sindical y terminar la relación laboral que existía entre las partes.

Por su parte, el apoderado judicial de la empresa demandada, expuso, reiteradamente, en los memoriales de impugnación y en la actuación de primera y segunda instancia, que en los casos concretos, se está frente a conflictos jurídicos de carácter individual, los cuales tienen su origen en la terminación unilateral y con justa causa del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre los accionantes y la Empresa Comercial Ramo S.A.; lo que conduce, a su juicio, a que el conocimiento de esta clase de asuntos de carácter legal, esté radicado, únicamente, en cabeza de la justicia ordinaria, por mandato expreso del artículo 12 del Código de Procedimiento Laboral. Afirma que en ningún caso es asunto de competencia del juez de tutela, por lo cual, solicitó, insistentemente, en que se deberán negar estas acciones por improcedentes, ya que el Juez de tutela carece de competencia para dirimir este tipo de conflictos.

Tercera. El derecho de asociación sindical, el derecho al trabajo, el debido proceso y la acción de reintegro

El tema de la sindicalización de los trabajadores colombianos ha sido ampliamente analizado en esta Corporación¹ a lo largo de su doctrina jurisprudencial. La Carta de 1991, introdujo, en esta materia, un cambio de gran importancia, al reconocer expresamente el derecho de todos los empleadores y trabajadores de constituir organizaciones sindicales, a excepción de los miembros de la Fuerza Pública. El artículo 39 superior otorga pleno reconocimiento a los representantes sindicales, del fuero y las demás garantías para el cumplimiento de su gestión y defensa de sus intereses.

Por su parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 del Decreto 204 de 1957, definió el fuero sindical, como *“la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo”*.

Ha sostenido esta Corte, que la institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el

¹ Sentencias C-593 de 1993, C-3998, SU-036 de 1999, entre otras.

traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.

En este orden de ideas, por mandato del artículo 406 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el Decreto 2351 de 1965, a su vez derogado por el artículo 57 de la ley 50 de 1990, están amparados por el fuero sindical, el siguiente conjunto de trabajadores, a saber:

a) “Los fundadores de un sindicato desde el día de su Constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de 6 meses”.

b) “Los trabajadores que, con antelación a la inscripción en el registro sindical, ingresan al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores”.

c) “Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes y los miembros de los comités, Seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hace efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más”.

d) “Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designan los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva, por seis (6) meses más, sin que pueda existir en la misma empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupa el mayor número de trabajadores”.

Ahora bien, esta Sala debe anotar que, el artículo 407 del citado código, aclara aún más la materia al expresar que:

“cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo se extiende a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato pase al patrono”.

Por su parte, el legislador, en el artículo 410 del C.S.T. subrogado por el artículo 8 del Decreto 204 de 1957, señala taxativamente las justas causas que permiten levantar el fuero sindical. En efecto, “son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero las siguientes:

“a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y

b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo.” los cuales fueron, a su vez, modificados por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965”.

No obstante lo anterior, la Corte debe enfatizar que las mismas deben agotarse, de conformidad con los procedimientos que el estatuto de trabajo prevé para cada una de ellas, de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- y la ley.

En consecuencia, la demanda para obtener la autorización judicial del despido debe sujetarse, al igual que el trámite procesal, a lo dispuesto en los artículos 25, 113, 114, 116, 117 del C. P.L.

y 2, 3, 4 del Decreto 204 de 1957; por lo tanto, en la misma se deberá expresar la justa causa invocada y contener una relación pormenorizada de las pruebas que la demuestren.

Como puede entenderse, el legislador colombiano, en desarrollo de la garantía foral, prevista en el artículo 39 superior, diseñó las acciones de reintegro y la de restitución para que el trabajador amparado por el fuero sindical, **no pueda ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, ni trasladado a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto**, sin la **previa autorización judicial**; hecho que implica el agotamiento de un proceso especial para el levantamiento de la garantía constitucional del fuero. En consecuencia, el artículo 118 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 6 del Decreto 204 de 1957, dispone que **“la demanda del trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido, sin el permiso del juez del trabajo, se tramitará conforme al procedimiento dispuesto en los artículos siguientes de este Código”**, cuya competencia, en virtud de la ley 362 de 1997, es la asignada a la Justicia Laboral Ordinaria.

Como se puede observar, la acción de reintegro tendrá lugar, cuando el trabajador ha sido despedido y la de restitución, cuando el trabajador ha sido desmejorado o trasladado a otro sitio.

Corolario de lo anterior, es que el legislador ha establecido un régimen especial, de carácter procesal, para la defensa de los trabajadores amparados con la garantía del fuero sindical, que por su naturaleza desplaza a la acción de tutela presente en el artículo 86 de la Carta Política.

Cuarta. El caso concreto. Existencia de otro medio de defensa judicial. Aplicación de la sentencia de unificación SU-036 de 1998.

En reciente sentencia de unificación, esta Corporación, sostuvo, que con la expedición de la ley 362 de 1997, el mecanismo de la acción de reintegro o de reinstalación es más ágil y expedito que la misma acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores amparados por el fuero sindical, ya que introdujo un cambio al Código de Procedimiento Laboral, en su artículo 2, al asignar competencia a la jurisdicción laboral ordinaria **“para conocer de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos”**.

En efecto, en la sentencia SU-036 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expresa la Corte, lo siguiente:

*“La entrada en vigencia de la mencionada ley -febrero 21 de 1997-, trajo dos consecuencias trascendentales: la primera, que la administración para despedir, desmejorar las condiciones laborales o trasladar a un servidor público amparado por fuero sindical, deberá contar con la autorización del juez laboral -calificación judicial-. Para ello, será menester agotar el trámite establecido en los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, que regula todo lo referente a esta autorización. La segunda, que el servidor público podrá hacer uso de la **acción de reintegro** que consagra el artículo 118 del mismo código, ante el juez ordinario laboral, cuando ha sido despedido, sus condiciones laborales desmejoradas o trasladado sin la mencionada calificación.*

*Acción que, **dado el procedimiento breve y sumario que el legislador ha previsto para su trámite**, hace improcedente la acción de tutela, aun como mecanismo transitorio para la*

protección de los derechos fundamentales a la asociación y a la libertad sindical, tal como lo había reconocido esta Corporación, toda vez que si un servidor público o trabajador particular, amparados por la garantía del fuero sindical son despedidos, trasladados o sus condiciones laborales desmejoradas, sin la calificación judicial previa, la acción de reintegro es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos en mención. Veamos.

De conformidad con el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, la acción de reintegro se tramitará conforme al procedimiento señalado en el artículo 114 y siguientes de ese código. Esto es, recibida la demanda de reintegro, el juez, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, debe notificar personalmente al empleador y citarlo para audiencia. En la audiencia, que debe celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, se intentará la conciliación. Si ésta fracasa, se practicarán las pruebas solicitadas por las partes y se pronunciará la decisión correspondiente. En caso de que la decisión no pueda dictarse en esa audiencia, se debe citar a una nueva, que debe celebrarse dentro de los dos (2) días siguientes.

Como puede observarse, el juez laboral está obligado a fallar la acción de reintegro a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la correspondiente demanda. Términos que son de estricta observancia.

Por tanto, es necesario concluir que la acción de reintegro es un mecanismo judicial ágil y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de asociación y libertad sindical de los empleados públicos o particulares amparados con fuero sindical, despedidos sin la calificación judicial previa, esencia de esta garantía, que desplaza y hace improcedente la acción de tutela”

De otra parte, en el acervo probatorio obrante en el expediente acumulado, aparece un memorial dirigido al Despacho del Magistrado Sustanciador de este proceso de fecha 23 de marzo de 1999, suscrito por el apoderado de la parte demandada, en donde éste acompaña sendas copias de las demandas de fuero sindical presentadas por los actores mediante apoderado judicial y admitidos por autos de fechas 8, 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de septiembre de 1998, ante diferentes Juzgados Laborales de Santafé de Bogotá, así como las contestaciones a las mismas por parte de la empresa demandada (folios 249 a 326 Expediente T-194376).

En consecuencia, estima esta Sala de Revisión, que, al estar pendiente el trámite de las mismas, fundamentadas en el despido de trabajadores amparados por el fuero sindical, ante las autoridades competentes de la justicia laboral, es claro entonces, que existe otro medio de defensa judicial, que, por lo mismo, excluye la acción de tutela. La Sala reitera entonces que, estando en curso varios procesos especiales de fuero sindical, no son procedentes las acciones de tutela acumuladas en el presente caso. Pues, repárese que el Juez de tutela no puede invadir órbitas y competencias de la justicia ordinaria. En virtud a la existencia de las demandas de fuero sindical incoadas por los extrabajadores de Comercial Ramo, en donde se corrobora lo manifestado en los escritos de demandas de tutela de primera instancia y reiterado en los recursos de impugnación de la segunda instancia; es claro que, en criterio de la Corte, se configura una sustracción de materia que obliga a esta Corporación, a negar las acciones de amparo de los procesos acumulados. En consecuencia confirmará las decisiones de primera y segunda instancia proferidos en los procesos de tutela acumulados en esta ocasión

en los expedientes T-194376, T-194378, T-194381, T-194385, T-194386, T-194398, T-194403, T-194405, T-194406, T-194408, T-194409, T-194413, T-194414, T-194623, T-194624, T-194625, T-194626, T-194627, T-194628, T-194629, T-194636, T-194672, T-194743, T-196745, T-196755 T-196756, T-196770 y T-196772, pero por las razones expuestas en esta providencia.

DECISION

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

Primero.- **CONFIRMAR** los fallos proferidos por el H. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Laboral, los cuales a su vez confirmaron las providencias dictadas por los Juzgados 1, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 Laborales del Circuito de Santafé de Bogotá, al resolver sobre las acciones de tutela radicadas bajo los siguientes números correspondientes a los peticionarios que se indican a continuación, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:

T-194376 Luis Humberto Páez Cortés, T-194378 Rafael Reyes Velandia, T-194381 Ricardo De Bustos Moreno, T-194385 Jesús Carrascal Pardo, T-194386 Luis Hernando Cuervo Guerra, T-194398 Héctor Forero Medina, T-194403 Marco Aurelio Salazar Zambrano, T-194405 Rafael Cruz Gómez, T-194406 José Benito Castañeda, T-194408 Germán Esquivel González, T-194409 Jesús Burgos Moreno, T-194413 Manuel Torres Camacho, T-194414 Héctor Zamora Romero, T-194623 Juan Nemesio Jerez Barajas, T-194624 Diego Libreros López, T-194625 José Sarmiento Lozano, T-194626 Miguel Antonio Cadena Guerrero, T-194627 Juan Carlos Bustos Guerra, T-194628 Daniel Rojas Mateus, T-194629 Wilmer Arias Galindo, T-194636 Víctor Julio Rojas García, T-194672 Alcides Quintero, T-194743 Omar Giraldo Torres, T-194745 Hermes Quimbayo Parra, T-196755 Manuel Rojas Alvarado, T-196756 Nicolás Pulido Chacón, T-196770 María Fuentes Blanco y T-196772 Edilfonso Moreno Bejarano.

Segundo. **LIBRAR** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-338/99
mayo 12 de 1999

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Nueva valoración funcional y suministro de educación especial a menor excluido del manual de actividades, intervenciones y procedimientos

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS CON DISMINUCION FISICA Y PSIQUICA-Suministro de terapias físicas y psicológicas especiales excluidos del manual de actividades, intervenciones y procedimientos

Referencia: Expediente T-170948

Demandante: María Eugenia Collazos Lizarazo.

Procedencia: Sala Laboral Tribunal Superior de Bucaramanga.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá D.C., a los doce (12) días del mes de mayo mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo el estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de la referencia.

I ANTECEDENTES

A. Hechos

María Eugenia Collazos Lizarazo, actuando en representación de su menor hijo Jhon Edison Rodelo Collazos, presenta los siguientes hechos en su demanda:

1. El Señor Tomas Rodelo, en su condición de padre del menor Jhon Edison Rodelo, es cotizante a la seguridad social bajo el número de afiliación 5714856.
2. El menor esta afiliado al Seguro Social como beneficiario y padece desde su nacimiento, un retardo sicomotor que requiere educación especial.
3. El Jefe de la División de Servicios de Salud del Instituto de Seguros Sociales autorizó, en nota de julio 27 de 1994, la educación especial para el menor pero hasta la fecha no se le ha

brindado esta atención. Se le respondió en marzo de 1997 que “los servicios de Educación Especial que brinda el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Santander, son los recursos contratados ambulatorios, previa comprobación de derechos”.

4. Considera vulnerados los derechos fundamentales de los niños, y solicita que el juez constitucional ordene atención médica a su hijo, en aras de contribuir a su desarrollo integral.

5. Enterado el ISS de esta acción de tutela, respondió la información solicitada por el juez de primera instancia, señalando que los servicios que presta dicha entidad se sujetan al llamado POS (Plan Obligatorio de Salud) y que las cuestiones de carácter educativo están excluidas del mencionado plan, razón por la cual no se atiende al menor.

B. Decisiones que se revisan

Las sentencias de instancia niegan la tutela con los mismos argumentos expuestos por la accionada, en el sentido de que el “POS tiene limitaciones y al tenor de lo dispuesto en el D. R. 1938/94, Art. 15, el servicio especializado que solicita la peticionaria quedaría inmerso dentro de las situaciones allí descritas, lo cual significa que la entidad demandada no tiene adscrita la obligación de ofrecer dicho tratamiento.”

C. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

La Sala Novena de Revisión ordenó a Medicina Legal de Bucaramanga emitir un concepto sobre el tratamiento especial recomendado al menor y su opinión respecto a si la omisión del mismo podría afectar al menor en su desarrollo sico-físico y en su calidad de vida futura. El ISS respondió no tener en su poder la hoja clínica del menor y Medicina Legal inicialmente, no pudo emitir concepto sin la remisión de la respectiva historia clínica. Por segunda vez se requirieron ambas entidades con el siguiente objetivo: “Desea saber el Despacho si el retardo sicomotor de nacimiento que padece el menor requiere la práctica de un tratamiento especial y si la omisión del tratamiento adecuado en su etapa de desarrollo trae consecuencias futuras en la calidad de vida del menor”. Finalmente, el Instituto de Medicina Legal, Seccional Bucaramanga, respondió lo siguiente:

“Enfermedad actual : Refiere la madre que el menor John Edinson Rodelo, nació por cesárea con problemas neurológicos graves que le produjeron retraso sicomotor severo: gateo a los dos años, no se sentó, caminó a los cuatro años. Desarrollo del lenguaje: retraso severo: sólo dice mamá, juega con los demás niños, aunque su comportamiento en ocasiones es agresivo Examen mental: Porte adecuado, actitud irritable, alerta, no es posible examinar orientación y memoria. Atención dispersa. No se puede explorar pensamiento. Lenguaje verbal: expresión sonidos ininteligibles. En la comprensión: ordenes sencillas. Conducta motora: permanece sentado con expresión de aburrimiento.

“Conclusión: Se trata de un paciente de edad escolar, quien según la madre presenta retraso del desarrollo sicomotor desde el nacimiento, por posible lesión prenatal. Su cuadro clínico de retraso sicomotor moderado, le afecta principalmente la inteligencia, el lenguaje y el comportamiento con muy buena motricidad. Este paciente y todos los demás niños que presentan este cuadro y que conservan una capacidad mental residual, requieren un diagnóstico funcional hecho en un Centro Especializado. De acuerdo a esta evaluación se

propondrá un plan de educación o entrenamiento que aproveche sus capacidades residuales y desde luego el desarrollo futuro y la calidad de vida de un niño que reciba tratamiento especializado frente a quien no lo reciba serán evidentemente ventajosos”.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991.

B. La Materia

Se trata en esta oportunidad de reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con los tratamientos excluidos del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, contenido en el Decreto 1938 de 1994, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

C. La exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. La jurisprudencia constitucional cuando está en juego la salud de los niños

Esta Corporación se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales¹.

El niño Jhon Edison Rodelo Collazos padece de un retardo sicomotor de nacimiento que impone un tratamiento de educación especial, recomendado además desde 1994 por el Jefe de la División de Servicios de Salud del ISS. La entidad se niega a prestar dicho tratamiento por que no se encuentra autorizado dentro del Plan Obligatorio de Salud, según las disposiciones del Decreto 1938 de 1994.

Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego derechos fundamentales de un niño, y al respecto no debe perderse de vista que la propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. De igual forma ha resaltado la Corte (Cfr. T-556 de 1998 y T-514 de 1998), que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen reconocidos el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.

¹ Al respecto, ver Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-114 y T-640 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

El menor a nombre del cual se instauró la acción de tutela es beneficiario del Plan Obligatorio de Salud. Recuérdese a este respecto, que según el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud “permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”. Además, el artículo 153 del mismo estatuto consagra la protección integral como una de las reglas del servicio público de salud, al establecer que “el Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”. (Cfr. T-514 y T-556 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Así pues, en anteriores Sentencias relativas a la salud de los niños, se ha aplicado la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Constitución, pues señaló la Corte que la disposición legal en la cual se basaba la negativa de entregar ciertos aparatos que mejoran la salud de los niños, desconocía el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 *Ibidem*, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores. (Convención de los Derechos del niño, artículos 3, 6, 23, 24, 26 y 27).²

La omisión de un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas sicomotores afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano. Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia, se atenta contra la dignidad³ de los menores cuando deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señala en cuanto a ser humano.⁴

Al respecto, ha dicho la Corte:

“La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposiciones de carácter reglamentario, como es la que excluye del Plan Obligatorio de Salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados.

Si bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De

² Cfr. T-514 de 1998, T-556 de 1998 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Cfr. sentencia T-556 de 1998, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo: tutela contra el I.S.S., ante la negativa del suministro de una silla de ruedas a una menor.

⁴ Argumentos similares sirvieron para conceder la tutela a un menor a quien la empresa Humana Vivir S. A. le negó el suministro de unos audífonos. Expediente T-187919, Magistrado Ponente Dr. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el Plan Obligatorio de Salud, cuando se afectan los referidos derechos” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-640 del 1 de diciembre de 1997. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Igualmente, en sentencia más reciente, T-556 de 1998, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo también se señaló:

“Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.). Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños y, por tanto, se inaplicarán, en el presente caso, las disposiciones que van dirigidas a imponer limitaciones”. (Negritas fuera de texto).

Ahora bien, la negativa del Seguro Social, en este caso, aparece sustentada en el literal n) del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, que expresamente excluye del Plan Obligatorio de Salud las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, **distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas.**(El resalto es nuestro).

No discute la Corte que la educación especial, como proceso en el tiempo que demanda el desarrollo del menor, está excluido del Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, atendiendo la peritación emitida por el Médico forense especializado del Instituto Nacional de Medicina Legal, es posible proteger los derechos del afectado, ordenando al Seguro que emita una nueva valoración funcional del menor y le proporcione todas las terapias físicas y psicológicas especiales, que sean ordenadas por los médicos tratantes, en el supuesto de ser consideradas como estrictamente necesarias para el manejo médico de la patología que afecta al menor.

Estima esta Sala que las anteriores afirmaciones son pertinentes para resolver el caso que se revisa, reiterando la jurisprudencia constitucional recogida en la sentencia SU-225 de 1998 en donde se reafirma que en tratándose de niños con problemas físicos y síquicos, como es el presente caso, las normas que restringen los tratamientos terapéuticos y similares, desconocen los preceptos constitucionales en la medida en que no tienen en cuenta la especial protección que la Carta ha brindado a los menores.

I DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga el 11 de mayo de 1998.

Segundo. **CONCEDER** el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenar al ISS, Seccional Bucaramanga, que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice una nueva valoración funcional del menor JHON EDINSON RODELO COLLAZOS, y le proporcione las terapias físicas y psicológicas especiales, que sean ordenadas por los médicos tratantes, y que se consideren como estrictamente necesarias para el manejo médico de la afección que padece el actor.

Tercero. **DAR** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-339 **mayo 13 de 1999**

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto

LICENCIA DE MATERNIDAD-Aplicación ultraactiva de norma

LICENCIA DE MATERNIDAD-Trámite para reconocimiento y pago de prestaciones económicas

Referencia: Expediente T-209.531

Acción de tutela presentada por Carmen Orfilia Ramos Ledesma contra el Instituto de Seguro Social, Seccional Chocó.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Sentencia aprobada en Santa Fé de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida el 25 de febrero de 1999, por el Tribunal Superior de Quibdó, en la acción de tutela interpuesta por Carmen Orfilia Ramos Ledesma contra el Instituto de Seguro Social, Seccional Chocó.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte, en auto de fecha 26 de abril de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

LANTECEDENTES

La demandante, a través de apoderado, presentó, el 15 de enero de 1999, acción de tutela ante el Juez único Laboral del Circuito de Quibdó, por los siguientes hechos :

a) Hechos

La actora manifiesta que trabajó en el Ministerio de Transporte desde el 22 de marzo de 1996, y fue inscrita en el Seguro Social desde el 1o. de agosto de 1996. Señala que en el mes de

abril de 1998 fue despedida de la entidad mencionada, estando en el octavo mes de embarazo. El 23 de mayo de 1998 nació su hija en el Hospital San Francisco de Asís, parto que fue atendido por el Seguro Social.

Durante los meses de abril (desde el 6 de abril), y mayo de 1998, bajo la responsabilidad de la oficina de Alfredo Potes Gamboa, que es su apoderado en esta tutela, se cancelaron las cuotas del servicio de afiliación asistencial de la señora Ramos Ledesma al Seguro Social. Sin embargo, cuando finalmente le fue recibida el 4 de noviembre de 1998, la documentación correspondiente para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el Instituto le contestó que no tenía derecho, con el argumento de que no existe una relación laboral entre la señora Ramos Ledesma y el señor Alfredo Potes, sino una sociedad conyugal.

La parte actora considera que el derecho a la asistencia y a la protección integral a la maternidad ya había sido adquirido por la señora Ramos Ledesma cuando fue despedida del Ministerio, pues tenía 8 meses de embarazo y estaba afiliada desde el mes de agosto de 1996.

Al escrito de tutela, se acompañaron documentos encaminados a demostrar la época de afiliación de la actora.

b) Actuación procesal

Una vez admitida la demanda, el juez ordenó notificar al demandado y citó a la actora para conocer sobre su situación económica.

En su declaración, la actora manifestó que el señor Alfredo Potes Gamboa es su compañero. Que fue desvinculada del Ministerio el 22 de marzo de 1998, y que se volvió a vincular al Instituto de Seguro Social desde el mes de abril de 1998, con su nuevo empleador, que es el señor Potes Gamboa. Al ser preguntada por la suma a que asciende su ingreso mensual, la actora señaló que éste difiere según el trabajo que se realice en el mes correspondiente.

Por su parte, el Gerente Seccional Administrativo (e) del ISS, en comunicación del 26 de enero de 1999, dirigida al juez del conocimiento de esta tutela, expuso las razones para no reconocer y liquidar la licencia de maternidad de la demandante. Sus razones se resumen así :

Cuando la hija de la demandante nació, el 22 de mayo de 1998, ya se había expedido el Decreto 806 del 30 de abril de 1998, que entró en vigencia desde su publicación en el Diario Oficial, el 5 de mayo de 1998. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 de este Decreto, la actora no tiene derecho a las prestaciones económicas por la licencia de maternidad, pues no cotizó por un periodo igual al de gestación. Señala el Gerente que ‘Como el Decreto 806 de 1998, no estableció un régimen de transición que hubiera sido lo correcto, para las mujeres que se encontraban en estado de embarazo al momento de entrar en vigencia, su aplicación es obligatoria y sin excepción alguna, para quienes culminen su estado de embarazo con parto con criatura viable a partir del 5 de mayo de 1998.’ (folio 35).

Además, la Vicepresidencia de la EPS del ISS, a través de la circular 193, del 10 de julio de 1998, precisó este asunto, señalando que los efectos del artículo 63 se aplican desde el 5 de mayo de 1998.

También, el Gerente de la Seccional señaló que no es procedente el pago a la demandante de la licencia de maternidad, pues ella aparece afiliada “por el cónyuge y en la sociedad

conyugal”, no existe, por lo tanto, una relación laboral, al no cumplirse los elementos del Código Sustantivo del Trabajo (subordinación y remuneración).

c) Sentencia de primera instancia

En sentencia del primero (1o.) de febrero de 1999, el Juzgado único Laboral del Circuito de Quibdó, denegó la tutela pedida. El juez consideró que en el caso concreto, es evidente que la actora tiene otro medio de defensa judicial, y no está demostrado el perjuicio irremediable que pudiera sufrir la actora por el no pago oportuno de la licencia, pues “se admite que la accionante está empleada con la oficina jurídica que tiene su apoderado judicial y compañero permanente doctor Alfredo Potes Gamboa. No es de recibo, pues, las afirmaciones de que la situación económica de la accionante no le permitan la espera de un proceso judicial que se siga para el cobro, si es que tiene derecho a la licencia por maternidad.” (folio 43).

d) Impugnación

El apoderado de la demandante considera que la licencia se debe pagar tan pronto se produzca y no someter a la beneficiaria a un trámite tan dispendioso, que la cuantía no lo justifique. Además, sí existe el perjuicio, pues, en la actualidad la señora Ramos Ledesma se encuentra desempleada y la suma que el ISS le adeuda la necesita para resolver sus problemas económicos.

e) Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Sala Civil, Familia, Laboral, en sentencia del 25 de febrero de 1999, confirmó la decisión impugnada. Consideró que se está ante un hecho cumplido, pues la hija de la actora ya nació. Además, no hay prueba de afectación del mínimo vital de la madre por el no pago de la licencia. Lo que hay, en el fondo, es una discusión entre el ISS y la demandante sobre la existencia del derecho, controversia que debe ser debatida por la jurisdicción ordinaria laboral, a pesar de que pueda parecer irrisoria la suma objeto de la discusión.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera.- Competencia

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate. Reiteración de jurisprudencia

Los jueces de instancia analizaron esta acción desde el punto de vista de la discusión jurídica que existe entre el Instituto de Seguro Social y la demandante, sobre si hay vínculo laboral o no, entre ella y su empleador quien, a su vez, es su compañero. En consecuencia, consideraron que para dirimir tal conflicto está la justicia ordinaria laboral y no la acción de tutela, aunado a la circunstancia de que ya hay un hecho consumado, el hijo ya nació, y no existe prueba del perjuicio irremediable.

Sin embargo, esta Sala de la Corte considera que el asunto es distinto. En efecto, la discusión sobre la naturaleza del vínculo laboral o no de la demandante en la oficina de su compañero es materia que compete establecer a la justicia ordinaria, y no al juez de tutela. Pero lo que está en discusión es distinto. Lo que está en discusión es si la demandante, al haber sido desvinculada del Ministerio de Transporte en el mes de marzo de 1998, en avanzado estado de embarazo, aproximadamente de 8 meses, y habiendo cotizado al ISS, al menos desde el mes de agosto de 1997 (según fotocopias de los carnet del seguro que obran a folio 24), había adquirido el derecho a la prestación económica de la licencia de maternidad.

Al respecto, hay que recordar que cuando la demandante fue afiliada al ISS, inició la gestación y fue desvinculada del Ministerio al que prestaba sus servicios, se encontraba bajo la vigencia del Decreto 1938 de 1994. Pero cuando tuvo a su hija, acababa de entrar en vigencia el Decreto 806 de 1998. Se verá qué le implicó a la demandante, en cuanto a sus derechos a la protección a la maternidad, el cambio de régimen, de acuerdo con lo que consagran tales normas.

El artículo 24 del Decreto 1938 de 1994, en lo pertinente a este asunto, dice:

“Artículo 24. (...)

“Parágrafo 3o. La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a periodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un periodo mínimo de doce (12) semanas antes del parto”.

El artículo 63 del Decreto 806 de 1998, que entró en vigencia el 5 de mayo de 1998, dice:

“Artículo 63. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo un periodo igual al periodo de gestación.”

El Gerente (E) de la Seccional del ISS, en su intervención en esta tutela, señaló que *“Como el Decreto 806 de 1998 no estableció un régimen de transición, que hubiera sido lo correcto, para las mujeres que se encontraban en estado de embarazo al momento de entrar en vigencia, su aplicación es obligatoria y sin excepción alguna, para quienes culminen su estado de embarazo con parto con criatura viable a partir del 5 de mayo de 1998.”* (folio 35).

Al respecto, obra en el expediente que, al menos desde el mes de agosto de 1997, la demandante estaba vinculada al ISS (folio 24). Existen fotocopias que señalan que para el mes de febrero de 1998 la demandante estaba en el “registro individual de afiliados” al ISS, del Ministerio de Transporte (folio 17), y para el 30 de marzo de 1998, aparece la demandante en una relación de empleados del Ministerio para ser atendidos por el ISS (folio 23). No cabe duda, pues, de que para cuando tuvo la hija la actora, esta cumplía y excedía el número de semanas exigido en el Decreto 1938 de 1994 para el reconocimiento del derecho, y que, también, si se cuenta con la documentación apropiada, cumplía con las semanas exigidas por el artículo 63 del Decreto 806 de 1998.

Es decir que, al contrario de la forma como lo enfocaron los jueces de instancia y el propio ISS, la demandante, al momento de su desvinculación del Ministerio, ya había adquirido el

derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas con ocasión del embarazo y parto que culminó el 23 de mayo de 1998.

Esta clase de prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, según jurisprudencia consolidada de esta Corporación, involucra derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela. En efecto, la Corte, al analizar los artículos 43 y 44 de la Constitución, ha dicho que en esta clase de prestaciones al estar involucrados los derechos de la mujer, del recién nacido y la protección integral a la maternidad, adquieren una connotación más allá de los derechos meramente económicos, y que reglamentaciones encaminadas a ponerle límites o a entorpecer su reconocimiento, pueden resultar violatorias de la Constitución.

En la sentencia T-568 de 1996, la Corte señaló el objeto de la licencia de maternidad, así: *“La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.”*

En la sentencia T-792 de 1998, concretamente sobre el caso del cambio de legislación entre el Decreto 1938 de 1994 y el 806 de 1998, esta Corporación manifestó: “Como la situación particular de la señora Salazar García se sometió a un cambio legislativo, la norma aplicable será aquella que la beneficie y garantice la protección especial que al respecto señala la misma Carta Política. Es así como se estará dando una aplicación ultraactiva del Decreto 1938 de 1994, sólo en el presente caso y no se aplicará por lo tanto el Decreto 806 de 1998”. Esta misma jurisprudencia se aplicó en la sentencia T-093 de 1999.

En consecuencia, en este caso concreto, también es procedente proteger los derechos de la demandante, reiterando lo que en este sentido ha dicho la Corte. Por ello, se ordenará, al Instituto de Seguro Social, Seccional Chocó, el reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad de la demandante, ya que está de por medio la vulneración de sus derechos fundamentales, en la forma anteriormente explicada.

Sobre la afiliación de la demandante, después de su desvinculación del Ministerio, que en concepto del ISS contiene irregularidades, ya que, al parecer, no se cumplen los elementos de la relación laboral, es asunto ajeno a ser resuelto por la tutela, y no puede ser factor capaz de interferir en el derecho que se había ya causado en favor de la demandante, como es el reconocimiento de la licencia mencionada.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero: **REVOCAR** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Sala Civil, Familia, Laboral, de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y nueve

(1999), en la acción de tutela presentada por Carmen Orfilia Ramos Ledesma contra el Instituto de Seguro Social, Seccional Chocó. En consecuencia, se concede la tutela pedida.

Para el cumplimiento de lo ordenado en esta tutela, el Instituto de Seguro Social, Seccional Chocó, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, deberá iniciar los trámites correspondientes para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencia de maternidad de la demandante.

Segundo: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-340
mayo 13 de 1999

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-196797

Peticionario: Hernán Antonio Chamorro Pacheco

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El señor Hernán Antonio Chamorro Pacheco, en calidad de presidente y representante legal de la Central Unitaria de Trabajadores –CUT– Subdirectiva Atlántico, interpone acción de tutela contra el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital General de Barranquilla, ante la negativa de este en transferir los descuentos correspondientes al 5% del valor total de las cuotas sindicales ordinarias, descontadas a los afiliados de ANTHOC Distrital, por concepto de los aportes sindicales que debe pagar mensualmente dicha asociación sindical a la CUT. Solicita el amparo del derecho de asociación sindical por violación del mínimo vital. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), rechazó por improcedente la acción de tutela, al considerar que existe otro medio de defensa judicial.

El Magistrado Sustanciador, mediante autos del 1 de marzo y 23 de abril de 1998, ordenó oficiar al Director del Hospital General de Barranquilla, para que informara si existía en esa entidad petición o autorización escrita de la asociación sindical denominada ANTHOC Seccional Distrital de Barranquilla, para que ese hospital pudiera efectuar la retención y entrega del 5% del valor total de las cuotas sindicales ordinarias, descontadas a los afiliados de ANTHOC, por concepto de los aportes que debe pagar mensualmente dicha asociación sindical a la CUT Subdirectiva Atlántico y en caso afirmativo enviara copia de la respectiva comunicación.

Mediante oficio OJ-0180, el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital General de Barranquilla, señor Danilo Ortega Quintero, informó que dicha empresa canceló a la Central Unitaria de Trabajadores Subdirectiva Barranquilla, las cuotas del 5% sobre el valor de las nóminas que tenía pendientes y allegó fotocopias de los comprobantes de egreso de ese hospital y comprobantes de ingreso en donde la CUT da fe de haber recibido dichos pagos.

En consideración a lo anterior, en la actualidad ya no se puede predicar vulneración alguna de los derechos del demandante, porque la situación que dio origen a la tutela se encuentra superada¹. Los aportes sindicales reclamados por el representante legal de la CUT Subdirectiva Atlántico ya le fueron cancelados, razón por la cual carecería de sentido conceder la tutela e impartir una orden para que se pagaran dichas sumas.

En consecuencia, la acción de tutela no está llamada a prosperar, pues actualmente no existe vulneración de derecho fundamental alguno, por lo tanto habrá de confirmarse el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, por las razones expuestas en esta providencia.

Por lo aquí expuesto, la Sala Tercera de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Segundo. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Sentencias T-036/92 y T-033/94 Magistrado Ponente Dr. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T-467/96, T-349 y 463 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; T-321 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Dr. Antonio Barrera Carbonell; T-281 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Dr. Alejandro Martínez Caballero y T-288 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Dr. Fabio Morón Díaz. Entre otras.

SENTENCIA T-341

mayo 13 de 1999

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas

Los pensionados gozan de especial protección del Estado, en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo y son titulares de un derecho de rango constitucional a recibir puntualmente las mesadas que les corresponden. De allí, que la Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir, cuando constituyen el único ingreso del pensionado y éste se encuentra en circunstancias apremiantes.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente 196222

Peticionario: José Hernán Nieva,

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El señor José Hernán Nieva es pensionado del Municipio de Buenaventura y desde el mes de julio de 1998 no se le cancelan las mesadas correspondientes. Se ha visto en la necesidad de acudir a préstamos con altas tasas de interés, y ello ha perjudicado el mantenimiento de sus hijos, que se encuentran cercanos a aguantar hambre y a suspender los estudios del colegio. Considera lesionados sus derechos a la vida, dignidad, salud, seguridad social. Mediante escrito enviado al juez de primera instancia, el Alcalde de Buenaventura señala que este es un Municipio “no viable financieramente” y que dicha situación podría prolongarse por dos años más, mientras es posible una solución estructural a la problemática financiera del Municipio.

La sentencia de primera y única instancia reconoce la precaria subsistencia en que se encuentra el actor, pero niega la tutela, considerando que dada la crisis del Municipio accionado es imposible acceder a las peticiones de la demanda.

Los pensionados gozan de especial protección del Estado, en cuanto su situación jurídica tiene por base el trabajo y son titulares de un derecho de rango constitucional (art.53 C. P.) a

recibir puntualmente las mesadas que les corresponden. De allí, que la Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir, cuando constituyen el único ingreso del pensionado y este se encuentra en circunstancias apremiantes.¹ En el proceso de la referencia, es clara la situación de indigencia en que la falta de mesadas ha colocado al actor y a sus hijos, y no quedan dudas de la clara vulneración a sus condiciones mínimas para vivir².

Por ello, la Corte ha sostenido que no obstante las crisis administrativas y financieras que atraviesan los Municipios, con la mora en los pagos de las mesadas pensionales, las autoridades municipales no solo vulneran los derechos fundamentales de los pensionados, a quienes abandonan a su suerte, si no que resultan también inaplicados principios constitucionales de primer orden, como los del artículo 209 de la Carta, que deberían haber guiado la gestión de quienes tienen el manejo presupuestal y administrativo del Municipio³. Por ello, se accederá a la protección solicitada, ordenando se reanude el pago de las mesadas pensionales, por cuanto para las pasadas el actor puede acudir a la vía ordinaria para reclamar su pago.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Buenaventura, y en consecuencia **TUTELAR** los derechos a la vida y a la seguridad social del señor José Hernán Nieva. Se ordena al Alcalde de Buenaventura que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia reanude el pago de las mesadas del actor, siempre y cuando exista partida presupuestal disponible. En caso contrario, deberá iniciar dentro de dicho plazo, los trámites pertinentes para cumplir con lo ordenado.

Segundo. Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Cfr. Sentencia T-001 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

² Esta Corte ha sostenido que el no pago oportuno de la pensión, en lo que constituye el mínimo vital de subsistencia, puede poner en peligro la vida del pensionado y la de su familia. Cfr. en el mismo sentido T-076 de 1996, T-017 y T-130 de 1999.

³ Cfr. T-089 de 1999.

SENTENCIA T-342
mayo 13 de 1999

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto/DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

PENSION DE JUBILACION-Improcedencia de reconocimiento por tutela.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente 197347

Peticionaria: Martha Elena Rodríguez de Turbay

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Indica la peticionaria, Martha Elena Rodríguez de Turbay, que desde hace más de 13 meses radicó en la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, los documentos necesarios para el reconocimiento de la pensión correspondiente, sin que hasta la fecha de presentar la tutela se hubiese proferido resolución en tal sentido. Considera que dicha entidad ha puesto en peligro derechos fundamentales reconocidos en los artículos 11, 12, 13, 14, 23, 29, 43, 48 y 53 del estatuto constitucional.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el amparo al derecho de petición, el cual fue confirmado por el Consejo de Estado, y ordenó a la entidad accionada informar a la interesada sobre el procedimiento que se ha seguido con la solicitud de pensión de jubilación y la fecha en que sería resuelta.

Las instancias concedieron la protección del derecho de petición, el cual efectivamente aparecía vulnerado, según los datos que se aprecian en el expediente, pero extraña a la Corte la manera como se emitieron las ordenes proferidas por ambas instancias. En efecto, la intención era proteger el derecho de petición, pero ordenaron a la accionada, no una respuesta de fondo a las peticiones de la actora¹, sino una información sobre el procedimiento que se había seguido con la respectiva solicitud de pensión.

¹ Art. 23 C. P.

A pesar de que ya la accionada, en virtud del cumplimiento del fallo de primera instancia, respondió a la peticionaria, lo que supone un hecho superado, deberán repetirse, una vez más, los criterios acogidos en constante y reiterada jurisprudencia², de acuerdo con los cuales el derecho de petición no se satisface con la respuesta del trámite interno que la accionada está obligada a seguir. La garantía del artículo 23 constitucional se satisface sólo con **respuestas**, y en el marco del derecho de petición, sólo tiene la categoría de respuesta, aquello que decide, que concluye, que afirma una realidad, que satisface una inquietud, que ofrece certeza al interesado³.

Es casi obvio, deben entenderlo las instancias, que toda solicitud está en trámite. Por ello resulta inane proteger a un ciudadano en su derecho de petición, ordenándole a la entidad obligada a responder **que proporcione información sobre el trámite que ha seguido con la respectiva solicitud**. Lo que se requiere cuando se eleva petición es conocer el resultado de un trámite, la decisión de la Administración en torno a dicho trámite y, sobre todo, una respuesta de fondo frente a lo pedido. Desde luego, tal como lo ha precisado la Corte, el derecho de petición supone una “resolución” de lo planteado y no una simple referencia, sin contenido, al trámite que se sigue. La protección efectiva del derecho en este caso apuntaba a emitir una orden que produjera una determinación de fondo y una respuesta que concretara de manera cierta lo que decidía la respectiva autoridad en torno a las peticiones de la actora, favorable o desfavorablemente⁴. En este punto, y frente al caso concreto, es preciso recordar también que la tutela no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación, tal como lo pretende la demandante⁵.

Se confirmarán las decisiones de instancia, por las razones expuestas en esta sentencia.

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR**, por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido por el Consejo de Estado el 10 de diciembre de 1998.

Segundo.- Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² Ver Sentencia T-296 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada por los fallos: T 363 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 368 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 370 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 392 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 498 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 505 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 506 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 544 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 545 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 628 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 629 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 631 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 634 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 637 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara y T 068 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³ T- 439 de 1998.

⁴ Cfr. Sentencias T-305 de 1997 y T-438 de 1998.

⁵ T-392 de 1994.

SENTENCIA T-343 **mayo 13 de 1999**

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD- Procedencia ante amenaza o vulneración de derechos fundamentales

DERECHO A LA SALUD- Inexistencia de afectación por la falta de montura de lentes

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-199717

Peticionario: Emigdio Brand Brand

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Manifiesta el actor que sufre de una lesión ocular que conlleva la pérdida de la visión y por ello necesita utilizar lentes permanentes. Señala, que éstos siempre se le han proporcionado junto con un porcentaje adicional en dinero para cubrir el costo de la montura. El año pasado Unimec le informó que tiene derecho a una parte en dinero para los lentes, pero no para las monturas, las cuales no se encuentran dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Considera afectados sus derechos a la vida, igualdad, protección a la tercera edad y seguridad social. Las sentencias de instancia niegan la tutela, al considerar que es justificada la actitud de la accionada en negar las monturas, pues está cumpliendo con un imperativo legal que no permite tal cubrimiento.

La Corte Constitucional se ha ocupado de innumerables casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales.¹

¹ Cfr. T-114 de 1997, T-640 de 1997 y 784 de 1998

Sin embargo, es necesario señalar que la inaplicación de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, sólo procede cuando implica vulneración o amenaza de derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado,² pues no se puede obligar a las entidades promotoras de salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ello no peligran tales derechos, sino solamente se obtiene un nivel mejor u óptimo de salud.³ En esta última hipótesis se ubica el caso del actor, puesto que con la falta de la montura de sus lentes, no se le está vulnerando su vida ni integridad personal.

Conforme con las sentencias de instancia, es legítima la actitud de la entidad promotora de salud, la cual se encuentra amparada por la resolución 5261 de 1994 emitida por el Ministerio de Salud y el acuerdo 08 de 1994, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Por lo anterior, la presente tutela resulta improcedente.⁴

DECISION:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia emitida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín en cuanto negó la tutela interpuesta por Emigdio Brand Brand.

Segundo. **LIIBRENSE** por Secretaria General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU 111 de 1997.

³ Cfr. T-757 de 1998 y T-042 de 1999.

⁴ Cfr. T-757 de 1998 y T-042 de 1999.

SENTENCIA T-344 **mayo 13 de 1999**

**DERECHO DE PETICION Y DEBIDO PROCESO EN VIA GUBERNATIVA-Resolución
oportuna de recurso de reposición**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-203583

Peticionaria: Lucila Reyes Duarte

Magistrado Ponente. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Mediante resolución No. 03389 de abril 16 de 1998, el ISS- Seccional Cundinamarca- le reconoció a la señora Lucila Reyes Duarte la pensión de jubilación por aportes. Por no estar de acuerdo con alguna de las consideraciones del mencionado acto administrativo, el día 2 de junio de 1998, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los que a la fecha de interponer la tutela, enero de 1999, no habían sido resueltos por la entidad accionada. Invoca el amparo a los derechos de petición y debido proceso. En primera y única instancia se niega la tutela, pues según expone el juez, en el presente caso ha operado el silencio administrativo negativo, y la actora puede acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La falta de respuesta al recurso de reposición presentado por la actora hace necesario conceder la tutela pues, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la inobservancia de los términos para resolver oportunamente los recursos presentados contra los actos administrativos, transgrede el debido proceso y el derecho de petición¹, por cuanto el administrado debe recibir una pronta respuesta al recurso presentado en tiempo. La administración con su proceder compromete los principios de eficacia y celeridad señalados en el artículo 209 de la C.P. como propios de la función pública.

En este sentido esta Corporación ha repetido² que la autoridad administrativa no puede abstenerse de responder, argumentando el silencio administrativo negativo, pues de hacerlo

¹ Cfr. sentencias T-294, T-454 de 1997, T-240, T-281, T-291, T-306 y T-365 de 1998.

² Sentencias T-011 de 1998, T-663, T-369, T-069 de 1997, T-148 de 1996, T-213 de 1996, T-241 de 1996, T-700 de 1996.

vulnera el núcleo esencial del derecho de petición, el cual debe originar una respuesta clara, pronta y sustancial con relación a lo solicitado. Incluso, la Corte ha dicho reiteradamente que el silencio es la principal prueba de la transgresión del derecho fundamental de petición³.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Segundo. **CONCEDER** el derecho de petición y debido proceso a la accionante y ordenar al ISS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, responda el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 03389 de 16 de abril de 1998.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

³ Cfr. Sentencias T-242 de 1993 y T-369 de 1997

SENTENCIA T-345 **mayo 13 de 1999**

BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar la remisión

BONOS PENSIONALES-Certificación sobre monto de cotizaciones realizadas
por empleador

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-200652

Peticionaria: Martha Bedoya de Cruz

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Considera la actora vulnerado su derecho de petición, por cuanto desde el año 1996 solicitó ante el ISS, el reconocimiento de su pensión de sobreviviente, pero hasta el momento de presentar la tutela, no se había dictado resolución de reconocimiento. La entidad accionada afirma, que las Empresas Públicas Municipales, en donde el esposo de la accionante prestó sus servicios, no ha emitido el correspondiente bono pensional. La sentencia de primera y única instancia, niega la tutela, y encuentra razonable que el ISS no resuelva sobre el reconocimiento de la pensión, hasta que no se cancele el bono que le sirve de soporte financiero. No advierte la instancia violación de ningún derecho constitucional.

La pensión de sobreviviente que debe otorgar el ISS a la actora, depende en este caso concreto, de los bonos que emitan las Empresas Públicas de Medellín, por tratarse de una pensión especial de las referidas en la ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios¹; dichas pensiones, requieren para su reconocimiento, la liquidación previa del bono pensional a cargo de otras entidades obligadas al cubrimiento parcial de la misma. La remisión de los bonos pensionales, a la entidad que finalmente debe reconocer y pagar la pensión, ha sido ordenada

¹ El reconocimiento de las pensiones, esta regulado por el Decreto 11748 de 1995, modificado por el 1474 de 1997 y 11513 de 1998, donde se indica que el I.S.S. pagará y reconocerá pensiones a partir del 1 de abril de 1994, una vez sea emitido el respectivo bono pensional a que tenga derecho el beneficiario.

por la Corte en casos similares² para proteger el derecho a la vida y la seguridad social de los accionantes. En este caso, se observa lo siguiente: 1. El ISS solicitó a las Empresas Públicas, la liquidación, emisión y pago del bono pensional correspondiente al señor Cruz Sepúlveda. 2. De conformidad con el Decreto 1513 de 1998 para la liquidación del bono pensional, se deben tener en cuenta las vinculaciones con cotización al ISS, anteriores al corte, requisito necesario para la expedición y pago del bono. 3. A la fecha de la tutela, el ISS no había certificado aún, con destino a las Empresas Públicas de Medellín, el monto de las cotizaciones realizadas por el empleador del Señor Cruz Sepúlveda al ISS, lo que ha impedido que la empresa finalmente emita y pague el respectivo bono, y de contera ha dificultado el reconocimiento de la pensión misma.

Observa la Corte, que resulta inaceptable la prolongación en el tiempo, y la dilación de los trámites administrativos de un asunto que lleva implícitos derechos fundamentales como el de la vida, seguridad social y el derecho al pago oportuno de las pensiones. Por lo anterior, se protegerán los derechos de la demandante con la siguiente orden.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Medellín. En consecuencia conceder la tutela al derecho a la vida y seguridad social de la señora Martha Bedoya de Cruz.

Segundo. **ORDENAR** al ISS, que si aún no lo ha hecho, en el lapso perentorio de quince días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, certifique con destino a las empresas públicas de Medellín, el monto de las cotizaciones realizadas por el empleador del señor Alfredo de Jesús Cruz Sepúlveda al ISS.

Tercero. **ADVERTIR** al ISS, que una vez cuente con el bono pensional, continúe con los trámites necesarios para el reconocimiento de la pensión al demandante.

Cuarto. **LIBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² Cfr. sentencias C-177 de 1998 y T-241, T-360, T-440, T-551 y 549 de 1998.

SENTENCIA T-346

mayo 13 de 1999

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-203640 y 203649 Acumulados

Peticionarios: Jorge Barreto Rodgers y Nancy Cardozo Arias

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los ciudadanos, Jorge Barreto Rodgers y Nancy Cardozo Arias, impetraron acción de tutela contra la Alcaldía del Municipio de Soledad (Atlántico) por considerar violados sus derechos de petición. En efecto, los actores se dirigieron al alcalde, solicitando en un caso la cancelación de prestaciones y en otro, el pago de honorarios profesionales. A la fecha de presentar la tutela, no se les había comunicado en ningún sentido sobre la suerte de sus peticiones. Las sentencias revisadas niegan las tutelas al considerar que no se trata de peticiones propiamente dichas, sino de solicitudes que necesariamente provocan una erogación de la administración local. Para ello, afirman las sentencias, los petentes cuentan con otra vía de defensa judicial.

El derecho de petición, según lo tiene entendido la jurisprudencia de esta Corporación¹, es aquel que permite presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y obtener de ellas una respuesta oportuna y completa sobre el particular. Existen en ambos expedientes peticiones sin contestar, y a ello se obligará a la entidad demandada, advirtiendo que el núcleo esencial del

¹ Ver Sentencia T 296 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada por los fallos: T 363 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 368 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 370 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 392 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T 498 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 505 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 506 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 544 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 545 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 628 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 629 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 631 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 634 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 637 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T 068 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

mencionado derecho radica en una respuesta pronta y eficaz, pero que puede ser negativa o positiva a las pretensiones solicitadas. No se puede olvidar que la resolución de fondo de una petición no implica que la misma se adopte en el sentido esperado por el peticionario². Es claro que las instancias confunden el fondo de lo que se solicita, con el derecho constitucional a obtener una respuesta. De allí, que nieguen las tutelas al estimar que de concederse la petición, fuere preciso acceder a lo pedido. Valga recordar que no es lo mismo el derecho fundamental de petición, que en esta ocasión aparece vulnerado en tanto no se han dado respuestas en ningún sentido, que el derecho de los interesados- que pueden tener o no, a la luz de la ley – al pago de lo que solicitan³.

Por lo anterior, se ordenará al Alcalde del Municipio de Soledad, responder, si aún no lo ha hecho, positiva o negativamente las peticiones presentadas desde el año pasado por los accionantes.

DECISION:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Soledad, (Atlántico) en los expedientes de la referencia.

Segundo. **CONCEDER** las tutelas al derecho de petición. Por lo tanto, se ordena al Alcalde del Municipio de Soledad (Atlántico) que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dar respuesta de fondo a las peticiones presentadas por Nancy Cardozo Arias y Jorge Barreto Rodgers.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² Ver la Sentencia T-012 de 1.992, Magistrado Ponente Dr. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³ En lo que respecta al derecho de petición y el derecho a lo pedido, consultar, entre otras, las sentencias T-242 de 1993 y T-390 de 1997.

SENTENCIA T-347

mayo 13 de 1999

LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno

La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre. Así mismo la Constitución Política de 1991 estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-202951, T-203315, T-203545, T-204657 y T-205442. Acumulados.

Peticionarias: Shirly Patricia Martínez Recio y otras.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Las accionantes, señoras Shirly Patricia Martínez Recio; Olga Lucía Cabrera Tamayo, Sonia Martínez Useche, María Rosmira Jaramillo Caro y Adriana Jaimes Sanabria, interponen acción de tutela, las cuatro primeras contra el Instituto del Seguro Social y la última contra Saludcoop E.P.S., ante la negativa de las accionadas a pagarles la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con fundamento en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, según el cual para tener derecho al pago de la licencia, se requiere haber cotizado un tiempo siquiera igual al de la gestación. Manifiestan las accionantes que se afiliaron a las Empresas Promotoras de Salud demandadas, en vigencia del Decreto 1938 de 1994, el cual establecía un mínimo de 12 semanas de cotización para tener derecho a las prestaciones derivadas de la incapacidad por licencia de maternidad. Consideran violados sus derechos al debido proceso, vida, trabajo y seguridad social.

Mediante sentencias de fechas, 29 de enero de 1999 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, Expediente T-202.951; 1 de febrero de 1999 proferida en segunda instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, expediente T-203.315; 8 de febrero de 1999 proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, expediente T-203.545; 4 de febrero de 1999, proferida por el Juzgado 6 Laboral del circuito de Cartagena expediente T-204.657 y 17 de febrero de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín expediente T-205.442, se negó por improcedente la protección de los derechos invocados por las demandantes. Consideraron los falladores de instancia que existe otro medio de defensa judicial para obtener el pago de la prestación económica reclamada.

La situación planteada es similar a la que esta Corte ha tenido oportunidad de abordar en casos pasados y en donde ha puesto de presente que la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre¹. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991 estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción².

De otro lado, en los casos bajo estudio, las demandantes se afiliaron a las entidades de salud accionadas, bajo la vigencia del Decreto 1938 de 1994 y encontrándose en estado de gravidez, se presentó un cambio legislativo, Decreto 806 de 1998, que modificó los requisitos para obtener el pago de la prestación económica por ellas solicitada. Por manera que en los presentes casos, siguiendo las pautas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación, la norma aplicable debe ser aquella que las beneficie y garantice la protección especial que señala la Constitución Política, que para el asunto bajo estudio es, por aplicación ultraactiva, el Decreto 1938 de 1994 norma que existía al momento en que las accionantes iniciaron su periodo de buena esperanza³.

Por lo anteriormente expuesto, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de las accionantes; se revocarán los fallos de instancia y se ordenará al Instituto del Seguro Social E.P.S. y a Saludcoop E.P.S., que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, adopten las medidas dirigidas a pagar la licencia de maternidad a las demandantes.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, expediente T-202.951; 1 de febrero de 1999 proferida en segunda instancia por

¹ Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Sentencias T-606/95; T-106/96; T-568/96; T-694/96; C-710/96; T-662/97.

³ Sentencias T-792/98, T-093/99, T-175/99 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra; T-093/99, T-104/99 y T-149/99 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-347/99

el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, expediente T-203.315; del 8 de febrero de 1999 proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, expediente T-203.545; del 4 de febrero de 1999, proferida por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Cartagena expediente T-204.657 y del 17 de febrero de 1999, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, expediente T-205.442, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de las señoras, Shirilly Patricia Martínez Recio; Olga Lucía Cabrera Tamayo, Adriana Jaimes Sanabria, Sonia Martínez Useche y María Rosmira Jaramillo Caro, respectivamente.

Segundo. **ORDENAR** al Instituto del Seguro Social E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, adopte las medidas dirigidas a pagar la licencia de maternidad a las demandantes señoras Shirilly Patricia Martínez Recio, Olga Lucía Cabrera Tamayo, Sonia Martínez Useche y María Rosmira Jaramillo Caro.

Tercero. **ORDENAR** a Saludcoop E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, adopte las medidas dirigidas a pagar la licencia de maternidad a la demandante señora Adriana Jaimes Sanabria.

Cuarto. Líbrense por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional Cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-348

mayo 13 de 1999

DERECHO A LA IGUALDAD EN REGIMEN DE CESANTIAS PARCIALES-Cambio de legislación/DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES-Respuesta sobre reconocimiento no sujeta a disponibilidad presupuestal

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-195658, T-196031, T-196042, T-196060, T-196572, T-197195, T-197248, T-198722, T-198684, T-199054, T-199666, T-200905, T-200067, T-201229, T-201294, T-203586, T-204694, T-208630 y T-210916. Acumulados.

Peticionarios: Magola Marulanda Grajales y otros

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Manifiestan los demandantes que son funcionarios de la Rama Judicial en distintas Seccionales. En varios de los casos objeto de revisión, los demandantes solicitaron sus cesantías parciales en los meses de marzo, mayo y agosto de 1998, sin obtener respuesta al respecto. En otros casos, les fueron expedidas las resoluciones correspondientes, sin que hasta la fecha hubieren obtenido el pago de dicha prestación. Finalmente en un solo caso, las cesantías parciales se cancelaron pero el actor requiere el pago de la indexación. En vista de lo anterior, consideran violados sus derechos fundamentales a la igualdad, petición y trabajo. Solicitan por lo tanto, se ordene a la Administración Judicial en la Dirección Seccional correspondiente, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, procedan al reconocimiento y liquidación de las cesantías parciales solicitadas junto con su indexación, así como también, se hagan las apropiaciones presupuestales correspondientes para su efectiva cancelación.

En las sentencias objeto de revisión, la decisión final fue la de denegar la protección por vía de tutela, argumentándose en la mayoría de los casos, la existencia de otros medios judiciales de defensa y la imposibilidad de la Rama Judicial de prever dentro del presupuesto de la Rama, las cesantías parciales que en el transcurso del año solicitan sus empleados. Finalmente, en uno sólo de los expedientes, se concedió la tutela y se ordenó a los demandados pagar la indexación solicitada por la actora. Finalmente, en el expediente T-204694, el juez de instancia tuteló el derecho de petición, para lo cual ordenó a la Dirección Seccional de Administración

Judicial de Bogotá - Cundinamarca que en los 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, resuelva de fondo la petición de la actora.

En numerosos fallos proferidos por esta Corporación,¹ en relación con tutelas iniciadas por funcionarios judiciales con base en hechos similares, la Corte ha señalado que la tutela no es el mecanismo idóneo para hacer efectivo pagos de este carácter. Sin embargo, ha aceptado su procedencia en razón a la violación del derecho a la igualdad,² dado el trato discriminatorio del cual son objeto aquellos empleados que permanecieron bajo el antiguo régimen prestacional de cesantías. Ahora bien, resulta a su vez violatorio del derecho de petición, el supeditar el reconocimiento de las cesantías solicitadas, a la disponibilidad de los recursos para su efectivo pago. En este sentido esta misma Corporación en varias de sus sentencias señaló que dicha excusa no es válida, pues una cosa es tener o no el derecho a la prestación solicitada y otra es su efectivo pago³.

En cuanto al pago de la indexación, la Corte ha señalado que este se debe dar en razón al perjuicio ocasionado por la depreciación del dinero en una economía inflacionaria como la nuestra, más aún, cuando los pagos esperados por los solicitantes de dichas cesantías son autorizados en una fecha y cancelados dos y tres años después⁴.

En los casos objeto de estudio las cesantías ya fueron reconocidas, razón por la cual sólo se está ante la violación del derecho fundamental a la igualdad, por no haberse hecho efectivo su pago. En otros casos no se ha dado respuesta a la petición, razón por la cual el derecho fundamental de petición se encuentra violado.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** los fallos proferidos por la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Manizales, Bogotá, Medellín, Popayán, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, el Juzgado Ochenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, al resolver sobre las acciones de tutela radicadas bajo los siguientes números y correspondientes a los peticionarios que se indican a continuación:

T-195658 Magola Marulanda Grajales

T-196031 William Gonzalo Zapata Quiroz

T-196042 Félix Antonio Casanova

T-196060 Oscar Eduardo Díaz Figueroa

T-196572 Resfa Inés Ortiz Bedoya

¹ Cfr. sentencias T-418 de 1996 ;T-098, T-175, T206, T-228, T363, SU-400, T-499 de 1997 ; T-435 y T-609, T-780 de 1998 ; T-006, T-039 y T-072 de 1999 entre otras.

² Ver sentencia T-175 del 8 de abril de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

³ Ver sentencias T-206 ,T-363 de 1997 y T-609 de 1998, entre otras.

⁴ Ver sentencia C-448 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

- T-197195 María Gerardina Martínez de Fernández
 T-197248 Alvaro Rodríguez Rodríguez
 T-198722 Carlos Arturo Silva Cardona
 T-198684 Manuel José Gómez Díaz
 T-199054 Alvaro Ancízar Vargas Taborda
 T-199666 Alfonso Zuluaga Villegas
 T-200067 Carlos Humberto Betancourt Gutiérrez
 T-201229 Carlos Humberto Rincón Barrera
 T-203586 María Nelssy Reyes Salcedo.
 T-208630 Olga Meyendorff de Moreno.
 T-210916 Beatriz Helena Mora Forero.

Segundo. En relación con los expedientes citados en el anterior numeral, **CONCEDENSE** las tutelas solicitadas por violación de los derechos a la igualdad y petición y en consecuencia, **ORDENASE** a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en sus diferentes seccionales, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda, si aún no lo ha hecho, a resolver en uno u otro sentido, es decir, reconociendo o negando la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales solicitadas por los peticionarios.

En el evento en que la Administración Judicial profiera resolución ordenando el reconocimiento y pago de cesantías parciales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, deberá situar, si ya no lo hubiere hecho, los fondos indispensables para el pago de cesantías parciales solicitadas por los peticionarios junto con su correspondiente indexación, siempre que hubiere apropiación presupuestal suficiente.

Si no hubiere apropiación presupuestal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá iniciar los trámites indispensables a fin de efectuar las pertinentes adiciones presupuestales.

SE ORDENA a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a las respectivas seccionales que, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al momento en que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sitúe los fondos respectivos, procedan, si ya no lo hubieren hecho, al pago de las cesantías parciales que se adeudan a los demandantes, indicados en el numeral 1°, indexando las sumas debidas, tal como lo dispuso la sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, proferida por la Sala Plena de esta Corporación.

Tercero. **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado 3°, Laboral del Circuito de Valledupar y en su lugar **NEGAR** la protección tutelar sobre la acción de tutela radicada bajo el número T-201294 correspondiente a la señora Mirna Isabel Zapata Cruz.

Cuarto. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, del 18 de diciembre de 1998, en la tutela radicada bajo el número T-204964 correspondiente a la señora Lucía Cristina Vargas Vásquez.

T-348/99

Quinto. **CONFIRMAR** el fallo proferido por Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, del 20 de noviembre de 1998, en la tutela radicada bajo el número T-200905 correspondiente a la señora Janeth Hortúa Uribe. Sin embargo, se adicionará en el sentido de ordenar que junto con las cesantías parciales se pague la correspondiente indexación, siempre que hubiere apropiación presupuestal suficiente.

Sexto. Por lo expuesto en esta sentencia, una vez se disponga de los recursos para realizar los pagos respectivos, las entidades responsables de los pagos, deberán respetar el orden de los turnos de solicitud de las cesantías.

Séptimo. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-349

mayo 13 de 1999

PREVENCION A ADMINISTRACION MUNICIPAL-Previsión de partidas presupuestales necesarias para pago oportuno de salarios

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-196217

Peticionario: Edgar Riscanevo

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El peticionario, Edgar Riscanevo, es empleado de la Alcaldía de Arauca, y afirma que recibe su salario de manera parcial y atrasada. Para la fecha de la tutela, la Alcaldía le adeudaba los meses de octubre y noviembre de 1998, por lo que considera afectados sus derechos a la vida, salud, y seguridad social. Igualmente el no pago de los aportes en salud conlleva la suspensión del servicio, lo que ocasiona el total desamparo de él y de su familia. La Alcaldesa de Arauca respondió que los gastos de funcionamiento del Municipio son superiores a los ingresos, y que esa situación deficitaria le impide cumplir los compromisos laborales con sus empleados. Sin embargo, en el transcurso de la tutela, se canceló el mes de octubre de 1998. La instancia considera que el no pago del salario del mes de noviembre se debe a la difícil situación que atraviesa el ente territorial demandado y niega la tutela ante la ausencia de un perjuicio irremediable.

Al tenor de la jurisprudencia¹ de esta Corporación, las entidades públicas deben prever las partidas presupuestales necesarias para garantizar el pago oportuno de la nómina. De no

¹ Sobre el pago oportuno de la remuneración, consultar Sentencias T-167 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-015 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-063 de 1995 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-146 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviña Díaz, T-437 de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-565 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-641 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-006 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-081 de 1997 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, T-234 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviña Díaz, T-273 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviña Díaz, T-527 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-529 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-012 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-210 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-211 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-212 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-213 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-220 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-103 de 1999 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

hacerlo, la falta de salario pone en peligro la subsistencia del trabajador y de su familia. Sin embargo, en el presente caso, a pesar de que no se aprecia vulneración al mínimo vital del actor, se le hará una prevención a la entidad demanda para que, una vez cuente con las partidas presupuestales necesarias, se ponga al día con el pago adeudado al actor y en adelante proceda a cancelar los salarios oportunamente².

En relación con la protección que la sentencia de instancia ordenó para los derechos a la salud y a la vida del actor, existe, a la hora de este fallo, una sustracción de materia por cuanto la accionada ya dio cumplimiento a lo allí establecido³.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Arauca, en cuanto tuteló el derecho a la salud del actor. Por las consideraciones aquí expuestas, declárese en este aspecto la sustracción de materia.

Segundo. **PREVENIR** a la Administración Municipal para que una vez se normalice su situación financiera se ponga al día en el pago de los salarios adeudados al actor, y en adelante proceda a cancelarlos oportunamente.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² En casos similares, ante la ausencia del salario debido, también ha dispuesto la jurisprudencia que se incumple con el principio de "confianza legítima" en las autoridades estatales, quienes están en la obligación de cumplir con sus deberes como empleadores (T- 045 de 1999).

³ Folios 34 a 36 del expediente.

SENTENCIA T-350
mayo 13 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

Jurisprudencialmente, esta Corporación ha señalado, que al ser la tutela un mecanismo judicial subsidiario, en sentido general no es viable para obtener el pago de acreencias laborales ante la existencia de otros medios de defensa judicial, excepcionalmente procede cuando las circunstancias especiales del caso así lo ameritan, como cuando el medio de defensa judicial no es lo suficientemente eficaz para la protección inmediata del derecho; cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable; cuando se trate de personas de la tercera edad cuya estado de indefensión no permita esperar los trámites propios de un proceso ordinario y finalmente cuando esté de por medio el mínimo vital del accionante o de su familia.

**DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES- Pago oportuno de salarios/
DERECHO A LA VIDA DIGNA- Pago oportuno de salarios**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-204487

Peticionaria: Maritza Camperos Durán

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La señora Maritza Camperos Durán, actuando a través de apoderado, informa que trabaja para el Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, y que a pesar de los múltiples requerimientos que ha realizado no ha sido posible que le cancelen los salarios que le adeudan desde el mes de diciembre de 1998, como tampoco la prima de vacaciones; vulnerando con tal actitud sus derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas. El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante providencia del once (11) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), denegó el amparo solicitado, al considerar que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, y no se encuentra frente a un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela.

Jurisprudencialmente, esta Corporación ha señalado, que al ser la tutela un mecanismo judicial subsidiario¹, en sentido general no es viable para obtener el pago de acreencias laborales² ante la existencia de otros medios de defensa judicial, excepcionalmente procede cuando las circunstancias especiales del caso así lo ameritan, como cuando el medio de defensa judicial no es lo suficientemente eficaz para la protección inmediata del derecho; cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable; cuando se trate de personas de la tercera edad cuyo estado de indefensión no permita esperar los trámites propios de un proceso ordinario y finalmente cuando esté de por medio el mínimo vital del accionante o de su familia.

En el caso bajo estudio se observa que a la peticionaria le han vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo y a la subsistencia, al no recibir por parte del empleador su salario en forma oportuna, siendo este el único ingreso económico con el que cuenta para atender sus necesidades básicas y así llevar una vida en condiciones dignas y justas. Por lo tanto, es evidente la existencia de un perjuicio irremediable, al ver afectado con este incumplimiento su derecho al mínimo de condiciones para vivir³.

Por las consideraciones expuestas, esta Corporación revocará la sentencia de instancia y procederá a conceder la protección solicitada, ordenando al demandado reanudar en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, el pago de los salarios a la actora de este proceso de tutela. En cuanto a los salarios ya causados y no pagados, y a las demás prestaciones, la demandante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para exigir su pago.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** por las razones expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el once (11) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Segundo. **CONCEDER** la tutela impetrada y en consecuencia ordenar al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, a través de su Gerente y Representante Legal, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reanudar el pago del salario de la señora Maritza Camperos Durán siempre y cuando cuente con la debida disponibilidad presupuestal. En caso contrario, dentro del mismo término deberá iniciar las acciones para cumplir con el pago ordenado.

Tercero. **LIBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Cfr. Sentencias, T-01, T-100, T-119 y SU-111 de 1997, T-047, T-048 y T-449 de 1998, entre otras.

² Cfr. Sentencias T-332 y T-335 de 1997, T-048 de 1998, entre otras.

³ Cfr. Sentencias T-075, T-289, T-165, T-170, T-284 y T-696 de 1998, T-008 y T-125 de 1999.

SENTENCIA T-351

mayo 13 de 1999

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-

Pago oportuno de salarios

Nuestra Carta Política consagra la posibilidad que tiene toda persona de trabajar en condiciones dignas y justas, existiendo para el empleador la obligación de pagar en forma oportuna y completa el salario, pues de no hacerlo estaría violando no sólo el derecho al trabajo, sino también poniendo en peligro la subsistencia misma.

ACCION DE TUTELA-Procendencia excepcional pago de acreencias laborales

La Corte Constitucional jurisprudencialmente ha sostenido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela en sentido general no es el medio idóneo para obtener el pago de acreencias laborales. Sin embargo, de manera excepcional es viable cuando el incumplimiento del empleador afecta no sólo el mínimo vital del trabajador sino también el de su familia, quienes de igual forma, ven vulnerados sus derechos, ante la carencia de medios congruos para subsistir. Por lo tanto, el objetivo principal del amparo es el de lograr la protección inmediata de los derechos afectados.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-205510

Peticionario: Emel Alcides Márquez López

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los trece (13) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)

El ciudadano Emel Alcides Márquez López, vinculado como conductor al servicio de la Empresa Social del Estado Hospital Sandiego de Cereté, manifiesta que este le está vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la educación y a la estabilidad familiar, al haber suspendido el pago de sus salarios y demás prestaciones desde el mes de julio de 1998.

El Juzgado Penal Municipal de Cereté, en sentencia del dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), denegó el amparo solicitado, al determinar que el peticionario no demostró el perjuicio irremediable causado por la falta de pago. De otra parte, consideró que la omisión del demandado obedece a la crisis económica por la cual está atravesando. El Juzgado Penal del Circuito de Cereté, mediante providencia del cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), confirmó.

Nuestra Carta Política consagra la posibilidad que tiene toda persona de trabajar en condiciones dignas y justas, existiendo para el empleador la obligación de pagar en forma oportuna y completa el salario, pues de no hacerlo estaría violando no sólo el derecho al trabajo, sino también poniendo en peligro la subsistencia misma.

La Corte Constitucional jurisprudencialmente¹ ha sostenido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela en sentido general no es el medio idóneo para obtener el pago de acreencias laborales. Sin embargo, de manera excepcional es viable cuando el incumplimiento del empleador afecta no sólo el mínimo vital² del trabajador sino también el de su familia, quienes de igual forma, ven vulnerados sus derechos, ante la carencia de medios congruos para subsistir. Por lo tanto, el objetivo principal del amparo es el de lograr la protección inmediata de los derechos afectados.

De otra parte, la Sala no comparte el criterio esbozado por los falladores de instancia, al justificar la omisión del demandado en la crisis económica por la que atraviesa, pues en casos similares³ la Corte ha considerado que esta situación no excusa el cumplimiento de las obligaciones laborales. Además, el empleador en ningún momento debe trasladar la carga a los trabajadores al suspender o retardar el pago de los salarios, en razón a que éstos prestaron sus servicios y por lo tanto esperan su retribución.

Por las consideraciones expuestas, esta Corporación⁴ revocará la sentencia de segunda instancia y procederá a conceder la protección solicitada, ordenando al Director del Hospital Sandiego de Cereté que, si todavía no lo ha hecho, proceda dentro de un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, a cancelar al accionante los salarios atrasados, siempre que exista la debida disponibilidad presupuestal. En caso contrario, deberá, dentro del mismo término, iniciar las gestiones encaminadas a obtener los recursos para cumplir con lo ordenado. En cuanto al pago de las demás prestaciones solicitadas, el demandante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para exigir su pago.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté el cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Penal Municipal de Cereté el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), el cual negó la tutela interpuesta por el señor Emel Márquez López.

¹ Cfr. sentencias T-010, T-035, T-047, T-139, T-166, T-332, T-335, T-364, T-418, T-423 y T-611 de 1998.

² Cfr. sentencias T-075, T-289, T-165, T-170, T-284 y T-696 de 1998, T-008 y T-125 de 1999.

³ Cfr. Sentencias T-020 y T-146 de 1999

⁴ En el mismo sentido, contra la misma entidad puede verse la T- 284 de 1999

Segundo. **CONCEDER** la tutela impetrada. En consecuencia, se ordena al Director del Hospital Sandiego de Cereté que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, cancele los salarios debidos al actor, siempre y cuando exista la debida disponibilidad presupuestal. En caso contrario, deberá dentro del mismo término iniciar las gestiones encaminadas a obtener los recursos para cumplir lo ordenado. En cuanto al pago de las demás prestaciones solicitadas, el demandante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para exigir su pago.

Tercero. **PREVENIR** al Director del Hospital Sandiego de Cereté (Córdoba), para que evite volver a incurrir en las omisiones ilegítimas que originaron esta tutela, so pena de las sanciones legalmente establecidas.

Cuarto. **LIBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-352
mayo 13 de 1999

DERECHO A LA VIDA-Suministro de tratamiento de hemodiálisis

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Afilación múltiple

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Afilado beneficiario que debe ser cotizante

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cancelación de inscripción como beneficiarios
de aquellas que deben tener calidad de cotizantes

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-196971.

Peticionario: Luis Carlos Solarte Montenegro.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

L ANTECEDENTES

Se inició la presente acción de tutela en contra de la empresa promotora de salud Coomeva, quien amenaza gravemente, dice el demandante, su derecho constitucional fundamental a la vida.

Señala que es afiliado cotizante de dicha entidad, desde el mes de diciembre de 1996, razón por la cual venía recibiendo los servicios del plan obligatorio de salud, específicamente tres hemodiálisis con bicarbonato semanales desde el mes de febrero de 1998. Agrega que las mismas le fueron suspendidas por Coomeva junto con su afiliación, en vista de que le advirtieron que debía acreditar antigüedad en el sistema para que pudiera seguir practicándosele el tratamiento, para la cual allegó una certificación del Instituto de Seguros Sociales en donde aparecía como beneficiario de su cónyuge desde 1995.

Entonces, Coomeva E.P.S. advirtió que dicha afiliación como beneficiario no había sido cancelada, no obstante la nueva afiliación como cotizante y, por tal motivo, comunicó al demandante que la misma quedaba suspendida en cumplimiento del artículo 49 del Decreto 806 de

1998, según el cual, interpretó Coomeva, en caso de afiliación múltiple subsiste la más antigua y se cancelan las posteriores, sugiriéndole dirigirse al I.S.S. para que él continuara a cargo del tratamiento.

Finalmente, el demandante dice que desde el mes de noviembre de 1998 no ha recibido el tratamiento del cual, sin lugar a dudas, depende su existencia, y solicita al juez de tutela que le ordene a Coomeva continuar a cargo del tratamiento.

II. EL FALLO EN REVISIÓN

En sentencia del 3 de diciembre de 1998, el Juzgado 5 Civil Municipal de Palmira (Valle) negó el amparo solicitado, pues “*no hay duda (sic) que el derecho a la vida del actor está en grave riesgo*”, pero en la actualidad debe ser atendido por el I.S.S. a cuyo plan obligatorio de salud se encuentra afiliado como beneficiario, de manera que no existe tal amenaza para el derecho invocado, argumentó el a quo.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Esta Sala de Revisión es competente para pronunciarse en el asunto de la referencia, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

De entrada se observa que el derecho a la vida del demandante se encuentra amenazado, en vista de que en el expediente no existe prueba de que vengán practicándose las hemodiálisis desde el mes de noviembre de 1998, sino que el juez de instancia confió, sin sustento probatorio alguno, en que dicho tratamiento se esté prestando por cuenta del I.S.S.

Entonces, es necesario determinar si Coomeva puede ser señalada como responsable de la amenaza, en razón de haber suspendido unilateralmente la afiliación del demandante, bajo el supuesto de que la suspensión de servicios de salud que ponga en peligro los derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad física del afiliado hace procedente la acción de tutela para restablecerlos, pues, en estos casos, se trata de particulares a cargo de un servicio público¹.

El argumento de la E.P.S. para proceder a la suspensión de la afiliación, como quedó expuesto, consistió en que cuando se trata de afiliación múltiple debe prevalecer la que lleva más tiempo² y, en el asunto sujeto a revisión, la que el actor tenía como beneficiario de su esposa en el I.S.S. porque venía desde 1995.

La Sala no comparte esta aplicación del Decreto 806 de 1998, pues en ninguna de las disposiciones pertinentes -artículos 48 a 53- se utiliza como criterio de solución para esta situación la antigüedad en el sistema, sino: 1) la última afiliación legalmente efectuada; 2) la receptora de un afiliado trasladado, cuando el traslado obedezca a un error no imputable a él y 3) la afiliación al régimen contributivo cuando una persona esté vinculada a este y al subsidiado.

¹ Decreto 2591 de 1991, artículo 42.

² Dijo la Representante Legal de Coomeva Palmira, en declaración visible a folio 16 del expediente.

Pero en realidad la situación del demandante frente a Coomeva no se encontraba regulada por ninguna de las anteriores disposiciones, contenidas en el artículo 50 del Decreto citado, sino directamente por el artículo 51, norma especial para el caso concreto y que dispone:

“ Afiliado beneficiario que debe ser cotizante. Las entidades promotoras de salud cancelarán la inscripción como beneficiarias de aquellas personas que deben tener la calidad de cotizantes...”

Entonces, si el demandante en diciembre de 1996 adquirió las condiciones para ser cotizante, la afiliación que debía cancelarse era aquella que tenía en el I.S.S. como beneficiario y no la de Coomeva, y al haber procedido esta E.P.S., a cancelar la afiliación con base en criterios legalmente inexistentes, puso en serio peligro de muerte al demandante, pues de las tres hemodiálisis con bicarbonato semanales dependía, como anteriormente se anotó, su existencia, al punto que él tuvo que iniciar la presente acción de tutela en el mes de diciembre de 1998, en vista de que el tratamiento no le fue practicado durante todo el mes de noviembre.

La Sala no tiene conocimiento del estado de salud actual del demandante, pero espera que la suspensión del tratamiento, convalidada por la decisión de instancia, no traiga consecuencias funestas para él. Esto aunado a que más razón legal le cabe al I.S.S. para suspender la vinculación del demandante, en tanto que él figura como beneficiario debiendo ser cotizante, y quién sabe si actualmente esté recibiendo el tratamiento del cual depende su vida o si, por el contrario, el I.S.S. también le haya cancelado la afiliación.

Finalmente, observa la Sala que Coomeva estaba buscando, como fuera, eludir la obligación de continuar practicando el tratamiento al demandante, teniendo en cuenta que es un procedimiento de alto costo, hasta que encontró una razón precaria para suspenderlo: su doble afiliación. Esta conclusión se desprende del hecho de que haya exigido al demandante, en primer lugar, antigüedad para que pudiera seguir con el tratamiento y luego, al verificar que estaba afiliado también al I.S.S., proceder a la suspensión de la vinculación y a la prestación de los servicios. Pero no hizo la misma investigación, no tuvo el mismo interés por detectar cualquier circunstancia que impidiera la afiliación, ni siquiera le preguntó al demandante al momento de inscribirlo si figuraba como cotizante o beneficiario de otra E.P.S., al fin de advertirle sobre los periodos mínimos necesarios para cambiar de entidad y, sobre todo, de las consecuencias que su doble afiliación podía acarrearle. Solamente le preocupó la afiliación múltiple cuando entendió que el demandante no le traía ningún beneficio, sino, por el contrario y dado el alto costo de la hemodiálisis, pérdidas. Actuaciones como esta son las que rompen con el deber de solidaridad al que se refirió el Constituyente en el artículo 95 de la Carta.

Pero definitivamente y como reiteradamente lo ha dispuesto la jurisprudencia de esta Corporación, los derechos simplemente económicos no pueden sacrificar los derechos inherentes a la persona humana³ y, por ello, se tutelará el derecho a la vida del demandante, amenazado por la actuación ilegal de Coomeva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

³ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-265 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, y Sala Octava de Revisión, sentencias T-639 de 1997 y T-357 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

RESUELVE

Primero. **REVOCAR** la sentencia expedida por el Juzgado 5 Civil Municipal de Palmira, el 3 de diciembre de 1998.

Segundo. **TUTELAR** el derecho constitucional fundamental a la vida de Luis Carlos Solarte Montenegro. En consecuencia, ordenar a la Entidad Promotora de Salud Coomeva que, dentro de las doce (12) horas siguientes a la notificación de esta providencia, lo afilie nuevamente como cotizante del plan obligatorio de salud y reanude el tratamiento de hemodiálisis con bicarbonato que venía practicándosele semanalmente hasta el mes de octubre de 1998.

Tercero. **REMITIR** una copia de la presente providencia con destino al Instituto de Seguros Sociales, para que proceda a suspender la afiliación que el demandante tiene como beneficiario de su cónyuge, de conformidad con el artículo 51 del Decreto 806 de 1998.

Cuarto. Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-353
mayo 13 de 1999

EMPLEADOR-Discrecionalidad para trasladar a trabajadores no es absoluta/ADMINISTRACION-Discrecionalidad para trasladar a trabajadores no es absoluta

Esta Corporación ha establecido en diferentes pronunciamientos que la facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53. En su jurisprudencia, la Corte ha señalado que la facultad discrecional de la administración para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios no puede ser utilizada en forma arbitraria, y que, en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con objeto de evitar perjuicios considerables.

**ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional revocación de traslado
laboral atendiendo entorno del trabajador**

Referencia: Expediente T-190343

Actora: Jenny Carolina Gallego Rodríguez

Tema: Alcances y límites del *ius variandi*

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela número T-190343, promovido por Jenny Carolina Gallego Rodríguez contra la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A.

ANTECEDENTES

1. La menor Jenny Carolina Gallego Rodríguez instauró una acción de tutela, en nombre propio y en el de su hermano –de diecisiete años–, contra la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. –donde labora su padre –, con objeto de solicitar que se ordene la suspensión de la orden dada por ésta en el sentido de trasladar a su padre a la ciudad de Florencia. Afirma que la mencionada orden vulnera, entre otros, sus derechos a la vida y a la salud –pues padece de una enfermedad en el riñón que requiere de tratamiento–, y a la unidad familiar y la educación. Agrega que presenta la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

2. Los hechos que dieron lugar a la interposición de la presente acción de tutela son los siguientes:

2.1 El señor Aristóbulo Gallego Andrade trabaja, desde 1979, en la Empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A., en la planta de Pamplona, Norte de Santander, donde ejerce el cargo de Jefe de Laboratorio.

El día 11 de septiembre de 1998, mediante escrito, el gerente de la planta de Cúcuta le comunicó su decisión de trasladarlo a la planta de la misma empresa en la ciudad de Florencia, Caquetá, a un cargo equivalente y con las mismas condiciones salariales. El traslado debía efectuarse a partir del día 20 del mismo mes.

2.2. El 19 de septiembre, el señor Aristóbulo Gallego respondió de la siguiente forma a la misiva del 11 de septiembre:

“... me permito manifestarles mi total y absoluto rechazo a la actitud mal intencionada y poco noble utilizada por la Empresa con el único propósito de provocar mi renuncia, la que desde ya les manifiesto ‘no presentaré’. Sea ésta la oportunidad para recordarles que no fue pactado en mi contrato de trabajo el traslado cuando éste ocasione desmejora en las condiciones de trabajo y menos cuando cause perjuicios al trabajador, y además para señalarles que en nota fechada junio 1 de 1998 se me comunicó textualmente que ‘en desarrollo de las normas del Código Sustantivo del Trabajo, las obligaciones laborales y económicas causadas y las que se generen serán a cargo directamente de Cementos Diamante de Bucaramanga S.A.’. Se me pretende trasladar a Florencia, Caquetá, sin que en dicho lugar exista planta de Cemento dependiente de mi actual empleadora. Es de anotar, además, que la labor que he venido desarrollando en la planta de Cúcuta es la de jefe de laboratorio de la planta de cemento, y, por lo que se me ha informado, se pretende mi traslado a una planta de concretos, sin que en ella exista el cargo que en la actualidad desempeño, sin existir razones humanas o sociales que lo justifiquen, sin que existan razones o necesidades de organización o producción, ni la necesidad de llenar vacantes que no puedan proveerse, por cuanto es bien sabido y fácil de demostrar que el común denominador que en la actualidad existe en la Empresa no es otro que el de reducción

de la nómina de personal. Se pretende con mi traslado desconocer de plano mis derechos como trabajador por espacio superior a los 19 años de servicio, los derechos constitucionales y legales de mis hijos menores, de mi esposa y de mi familia como tal, desconociéndose además que toda mi vida la he permanecido en esta ciudad y que mis lazos afectivos, familiares, económicos y sociales se encuentran precisamente en Cúcuta y no en Florencia. Aprovecho la oportunidad para manifestarles que la presión a la que se me ha sometido en estos últimos días me ha ocasionado quebrantos de salud, que he sentido aún más en el día de hoy, cuando se me hizo entrega del tiquete Cúcuta-Bogotá-Cúcuta y de las instrucciones para reclamar en el aeropuerto El Dorado, en las oficinas de Aviatur, el tiquete Bogotá- Florencia- Bogotá, los que me permito remitirles de nuevo.

“El rechazo a la actitud asumida por ustedes con los propósitos ya enunciados y los perjuicios a que se me ha sometido, me obligan a no aceptar el traslado en la forma en que lo han señalado, solicitándoles en consecuencia se reconsidere esa decisión, ya que con ella, además, se me desconocen todos mis derechos constitucionales y legales, y se pone en peligro mi vida, pues para nadie es un secreto que el Caquetá es una de las zonas de mayor violencia en el país”.

3. El 21 de septiembre de 1998, la menor Jenny Carolina Gallego Rodríguez instauró una acción de tutela ante la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta, en nombre propio y en el de su hermano, a fin de evitar el perjuicio irremediable que se causaría a ella y a su familia en caso de que se cumpliera la orden de trasladar a su padre, impartida por la Empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. En consecuencia, solicita que se suspenda la mencionada orden y que se disponga que su padre debe continuar trabajando en Cúcuta, todo ello en aras de la protección de los derechos de los niños y de los derechos a la vida, al trabajo, a la salud y a la familia que poseen tanto ella como sus familiares.

Manifiesta que la decisión de la empresa demandada de trasladar a su padre a la ciudad de Florencia fue motivada por el rechazo de éste a la propuesta de que presentara su renuncia, a cambio de una suma de dinero que le había sido ofrecida por un funcionario de la empresa. Expone que esta decisión atenta contra su vida y la de su familia, puesto que la ciudad de Florencia se encuentra en una zona de alto riesgo, a causa de la violencia. Además, expresa que su padre ha presentado quebrantos de salud, y que, en el caso de que ella y su familia se trasladaran con él, su vida correría peligro, puesto que, además de tener que abandonar sus estudios, tendría que suspender el tratamiento médico que “desde hace varios años vengo haciendo por presentar constante infección en las vías urinarias altas”.

Afirma que la empresa utiliza el traslado para provocar la renuncia de su progenitor –quien le ha brindado a la empresa más de la mitad de su vida–, situación que atenta contra sus derechos humanos.

La actora acompaña a su demanda distintos certificados médicos acerca de su enfermedad. Entre ellos se encuentra una constancia suscrita el día 2 de febrero de 1998, por el Doctor Marco Aurelio Nossa Mendoza, en la que se certifica lo siguiente:

“A quien corresponda:

“Me permito informar que el día 13 de julio de 1993 vi por primera vez a la niña Jenny Carolina Gallego Rodríguez de 4,6 años de edad, historia de infección urinaria a repetición tratada en múltiples ocasiones.

“Al examen estado general bueno.

“Una urografía mostraba signos indirectos de reflujo izquierdo el cual se demostró en un cistouretrograma, la que fue calificada como grado II a III.

“Bajo anestesia se demostró estenosis N° 10 Fr. del Anillo de Lyon, que se trató con uretrotomía distal interna sin complicaciones. 8 días después del procedimiento la niña describía mejoría muy importante en las características del chorro urinario.

“Posteriormente, a esta fecha (26 de julio de 1993) no ha vuelto a ser vista. Se habló de practicar un control cistográfico al año”.

También se anexa una ecografía de sus vías urinarias, realizada el día 17 de septiembre de 1998, por el Doctor Gustavo Salgar Villamizar, de la Clínica San José, cuyo diagnóstico fue el siguiente: “Probable infección de vías urinarias altas. Engrosamiento de la pared de la vejiga (¿cistitis?)”.

Igualmente, se adjuntó una certificación de la historia clínica de la menor suscrita el 12 de marzo de 1998 por el Doctor Federico Bencardino Carpio, de Cúcuta, en la que se expresa: “Paciente de 9 años con antecedentes de infecciones urinarias a repetición al parecer por R.V.U. Da en Bogotá y traslado en ese entonces con dilatación del manto uretral. Presentó en el mes de enero/98 infección urinaria alta (...) por lo cual se hospitaliza para tratamiento. Los exámenes realizados no mostraron defecto alguno. Continúa en tratamiento profiláctico.”

4. El 22 de septiembre, la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta admitió la demanda y ordenó oficiar a Cementos Diamante de Bucaramanga, para que contestara un cuestionario. Igualmente, ordenó oficiar a la Cámara de Comercio de Florencia, Caquetá, para que informara si la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. había registrado la existencia de una planta de producción de cemento, concreto o similares en dicha Cámara de Comercio.

La Sala le solicitó también a la Clínica San José de Cúcuta que remitiera una copia de la historia clínica del señor Aristóbulo Gallego y determinó oír en declaración al señor Gallego —el padre de la actora—, al gerente de la planta de Cementos Diamante S.A. y al Doctor Federico Bencardino, este último para informar sobre la enfermedad que padece la menor Jenny Carolina Gallego.

4.1 El 24 de septiembre, el señor Aristóbulo Gallego Andrade rindió declaración ante la Sala Laboral. Manifestó que su hija instauró la acción de tutela a fin de evitar el traslado ordenado por la empresa donde labora, el cual le causa graves perjuicios a él y a su familia. Agregó que tiene una historia laboral intachable.

Expresó que “el 5 de septiembre el señor Juan Carlos Rincón Restrepo me ofreció dinero a cambio de una renuncia voluntaria... yo no acepté porque yo le dije que lo que quería era continuar con mi puesto, hasta cumplir el tiempo de jubilación, o sea que me están coartando el derecho al trabajo y aun más, el derecho a obtener la pensión, la cual estoy a punto de adquirir”. Expone que en el último tiempo han sido trasladados varios compañeros de trabajo y que otros han presentado renuncia voluntaria ante el inspector de trabajo, a cambio de una compensación que les ofreció la empresa. Expresa que entre los meses de julio y agosto la empresa redujo su nómina y canceló el contrato laboral a tres empleados.

Explica que no tiene conocimiento de que en Florencia exista una planta o sucursal de Cementos Diamante. Manifiesta que lo que sí existe “es una planta de triturado el Cóndor y una constructora, pero no sé si pertenece a Cementos Diamante”. Concluye que “se están violando derechos constitucionales como el derecho al trabajo, el derecho a la salud de mi familia porque mi menor hija, quien es la que interpone la presente acción de tutela, tiene una enfermedad congénita en el riñón, que requiere cuidados especiales y permanentes, que no los tendría en la ciudad de Florencia, que ocasionaría graves perjuicios a la menor”.

4.2. El 25 de septiembre, el Gerente de la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. respondió el cuestionario que le fuera remitido. En el escrito manifiesta que la empresa Concretos Diamante Samper S.A., que pertenece al mismo grupo empresarial que Cementos Diamante de Bucaramanga S.A., “tiene en la ciudad de Florencia (Caquetá) una operación de procesamiento y elaboración de concreto para una obra específica la cual es el contrato que se tiene con Latinco S.A., quienes son contratistas en el túnel que se está construyendo en la vía Florencia-Suaza, y adicionalmente para surtir las necesidades locales de este producto en el mercado de construcción de la zona”.

Expone que para el adecuado y normal funcionamiento de las operaciones señaladas, la empresa requiere “personal en las áreas de mantenimiento, producción, aseo industrial, distribución, colocación del producto y muy especialmente en el control y aseguramiento de la calidad del mismo”. Explica que un contrato como el suscrito en Florencia exige alcanzar altos estándares de calidad, y que, en la actualidad, la sociedad no dispone en esa ciudad de una persona que garantice la obtención de esos niveles de calidad. Para fundamentar esta aseveración, anexa escritos en los que Latinco le solicita al vicepresidente de Concretos de Cementos Diamante Samper de Medellín el pronto envío de un empleado que tome bajo su responsabilidad el control de calidad a la obra de Florencia. Agrega también que el laboratorio de Cúcuta goza de una alta tecnificación, lo cual “permite que la presencia del señor Aristóbulo Gallego no sea tan indispensable en esta operación como sí lo es en la operación de Florencia”.

Respecto a los traslados efectuados por la empresa, destaca que son prácticas “muy utilizadas en nuestro grupo empresarial”. Explica de la siguiente manera el funcionamiento de la política de traslados: “[e]n términos generales consiste en el traslado de la persona vía aérea con su familia, algún tiempo de estadía en el hotel de la ciudad... un bono de traslado cuyo valor mínimo es de \$2.360.000, el trasteo completo de los bienes y enseres de propiedad de la familia, entre otros.” Adicionalmente, expone que la anterior circunstancia está contemplada en los contratos de trabajo, por lo cual la persona al ingresar a la empresa “conoce de manera explícita la posibilidad de que se presente esta eventualidad, la cual es aceptada por la misma al momento de la firma de su contrato de trabajo”. Añade también que no es la primera vez que se le solicita al señor Gallego su apoyo en otra de las operaciones del grupo, pues, en 1989, trabajó en la ciudad de Ibagué, en el montaje del laboratorio y en la calibración y puesta en servicio de un equipo de rayos X. Señala que esta práctica de apoyo en las distintas áreas y empresas del grupo está muy arraigada dentro de la organización y “tiende a la maximización de los recursos físicos y humanos, y a la mayor productividad de nuestras operaciones al efectuarse la transferencia y homologación de tecnología en todas ellas”.

Finalmente, expone que el señor Gallego, representado por su apoderado, y el representante de la empresa sostuvieron, el 16 de septiembre, una audiencia de conciliación ante el Ministerio

de Trabajo de la ciudad, para tratar sobre la inconformidad del primero para con la orden de traslado impartida por la empresa. Manifiesta que en la audiencia no se obtuvo ningún acuerdo y que en ella “no se explicitó por parte del demandante, que incumpliría con la orden de traslado dada por parte de la empresa, lo cual sí hizo, al devolver los tiquetes de avión, reservas de hotel y anticipos de gastos de viaje”.

4.3. El 24 de septiembre, la Clínica San José de Cúcuta envió al Tribunal copia de la fórmula médica y del certificado de incapacidad dado al Señor Aristóbulo Gallego, el día 19 de septiembre de 1998. Allí el médico que lo atendió hace constar lo siguiente: “el paciente citado presenta cuadro de crisis hipertensiva tipo urgencia que amerita reposo absoluto.” Al señor Gallego se le formuló un antihipertensivo y dieta, y se le reconoció una incapacidad de cuatro días.

4.4. El 28 de septiembre, el gerente de Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. rindió declaración ante la Sala Laboral del Tribunal. Señala que solamente a través de la demanda de tutela había conocido sobre la bonificación que dice el señor Gallego que le fue ofrecida para que se retirara voluntariamente de la empresa. Expone que el señor Juan Carlos Rincón es el vicepresidente de recursos humanos del grupo Diamantes Samper, y que desconoce si entre sus atribuciones se encuentra la de ofrecer dinero para obtener renunciaciones voluntarias. Respecto a la pregunta acerca de si sabía de otros trabajadores que hubieran tenido que presentar renuncia ante el inspector de trabajo, para poder obtener las bonificaciones ofrecidas por la empresa, sostiene que en la parte que él maneja –operaciones–, no ha habido casos de retiro forzado ni voluntario.

Al preguntársele sobre las razones para el traslado del señor Gallego, sostuvo que, en vista de que una de las filiales del grupo Diamante Samper suscribió un contrato de suministro de concreto en la zona de Florencia, Caquetá, y de que una de las exigencias del contratante era el aseguramiento de la calidad de los productos suministrados, “el Vicepresidente de Concretos solicitó al Grupo o a los otros Vicepresidentes candidatos para este cargo; especialistas en el laboratorio de Control de calidad entre los más o menos 2.500 trabajadores del Grupo había unos 15 en total en todo el país, el Vicepresidente de Concretos señor Miguel Suárez, quien conoce personalmente al señor Aristóbulo Gallego y sabe de sus altas capacidades en la materia, solicitó al Vicepresidente de Operaciones, señor Mario Medina, la posibilidad del traslado al mismo cargo en la planta de Florencia, por la alta tecnificación alcanzada en la planta de Cúcuta, las labores del señor Gallego se vieron disminuidas concretamente: informes de producción, calidad, de energía, quedando con muy escasas funciones por esta razón se dio visto bueno al traslado del señor Gallego, sin desmejorar sus condiciones salariales, son tan normales los traslados en el grupo que hay definidas unas políticas de traslado...”

Expresa que desconocía las condiciones de salud de la hija del señor Gallego, pero que sí sabía que el señor Gallego había presentado una incapacidad de ocho días en la empresa.

Finalmente, sobre la existencia o no de una planta de concretos en Florencia sostiene que “[e]l contrato mencionado anteriormente de Concretos Diamante Samper por la compañía Latinoamericana de Construcciones es por suministro de concreto para el cual se emplean los agregados de la planta de triturados El Cóndor, pero en sí la mezcla del concreto, el transporte del concreto y la colocación del mismo los efectúa Concretos Diamante Samper”.

4.5. En la misma fecha, el urólogo Federico Bercardino Carpo rindió declaración ante la Sala Laboral del Tribunal. Señala que comenzó a tratar a la menor Jenny Carolina Gallego en enero

de 1998 y que ella estuvo hospitalizada por una infección urinaria severa. Relata que la menor tiene una enfermedad congénita denominada reflujo vésico ureteral, y que actualmente “se encuentra bajo tratamiento profiláctico de su infección para evitar cuestiones mayores que comprometan su riñón”. Expone que, en la mayoría de los casos, esta enfermedad se regula sola después de los diez años de edad, y que si esto no ocurre los pacientes deben ser sometidos a otra intervención.

Ante la pregunta acerca de si el traslado de la menor a la ciudad de Florencia puede ocasionarle graves problemas a su salud, responde que “[e]l problema es que no conocemos la infraestructura médica en dicha ciudad, y no sé si allá se puedan hacer los controles eficaces para prevenir problemas posteriores, en cuanto al traslado no hay inconveniente, refiriéndome única y exclusivamente al viaje.” De otro lado, respecto al traslado en sí manifiesta que este no representa problemas para la salud de la menor. Finalmente, expone que la menor debe continuar con el tratamiento de antibióticos profilácticos “hasta que no exista evidencia clínica y sintomática de una enfermedad activa”.

4.6. El 2 de octubre la Cámara de Comercio de Florencia comunicó a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta que la Empresa Diamante de Bucaramanga S.A no se encontraba registrada ante dicha Cámara de Comercio.

5. El 2 de octubre de 1998, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta concedió la solicitud de tutela entablada por la actora contra la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. En primer lugar, sostiene la Sala que la potestad del empleador de variar las condiciones de trabajo de sus empleados se enmarca dentro de ciertos límites. Señala que estas restricciones *del ius variandi* no se extinguen por el hecho de pactar las partes que el patrono se reserva la facultad de hacer uso de esta facultad cada vez que lo estime conveniente. Sostiene que una cláusula así pactada “no es dable interpretarla en el sentido de que con ella es posible afectar la dignidad, la seguridad y el honor de sus trabajadores o sus intereses o derechos mínimos, ni tomar como razones válidas aquellas que condujeran a esas afecciones”. Señala que, según la Corte Constitucional, el traslado de un trabajador a un hábitat distinto, por disposición patronal, sólo se justifica si existen razones humanas o sociales, y de realizarse debe causar el menor perjuicio posible al trabajador y a su familia. De ahí, concluye, “que los traslados siempre tengan una significación excepcional”.

Sostiene que el traslado ordenado para el señor Aristóbulo Gallego por parte de Cementos Diamante de Bucaramanga genera graves traumatismos para éste y su familia. Considera que, “habida consideración de su enfermedad congénita”, la vida de la menor Jenny Carolina Gallego quedaría amenazada si se efectúa el traslado de su padre a Florencia, puesto que no se conoce la infraestructura médica de dicha ciudad, ni tampoco si se pueden proveer los controles médicos que requiere para la prevención de problemas posteriores. Además, sostiene que el traslado se ordenó de manera intempestiva, lo cual dejó al señor Gallego y a su familia sin oportunidad de solucionar problemas tales como el de la salud de la menor y los de la educación de los hijos.

Por lo anterior, y porque los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, decide proteger los derechos invocados y ordena la suspensión de la orden de traslado del

señor Gallego por parte de Cementos Diamante, “mientras subsista el tratamiento que recibe la petente”.

6. El 7 de octubre de 1998, el gerente de Cementos Diamante de Bucaramanga S.A impugna la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Como fundamentos de su impugnación presenta los siguientes: 1) antes de la orden de traslado, el señor Gallego no había informado a la empresa que su hija se encontraba en estado delicado o grave de salud; 2) el señor Gallego convive con su esposa, quien es la madre de sus hijos; 3) los aspectos mencionados sobre la ciudad de Florencia obedecen a criterios subjetivos; 4) si bien es cierto que el *ius variandi* no puede atentar contra distintos derechos del trabajador, lo cierto es que en cada caso específico debe demostrarse cuáles han sido los derechos vulnerados, no siendo suficiente su simple enunciación; 5) el trabajador ha debido, por lo menos, trasladarse y constatar las circunstancias reales de la ciudad donde debía prestar sus servicios, para luego informarle a la empresa de las dificultades que encontrara, para que ésta le diera una respuesta adecuada, justa y equitativa; 6) en otras oportunidades el trabajador ha prestado sus servicios en otras ciudades; 7) aunque el padre es cabeza importante de la familia, “la madre frente a sus hijos cumple una labor de protección y atención mucho más importante e indispensable que la del padre”.

Afirma que la empresa que gerencia no ha pretendido atentar contra ningún derecho fundamental del señor Gallego o de su familia. Añade que aunque las razones expuestas por la actora solamente fueron dadas a conocer a raíz del traslado, “si cumplida la orden impartida por la compañía se dan circunstancias que ameriten su análisis y estudio, así se hará”.

7. El 23 de octubre de 1998, el señor Gallego le envía un escrito a la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga, en el que solicita que cese la hostilidad que se había generado en su contra desde que se tuvo conocimiento de que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta había decidido tutelar sus derechos y suspender la orden de traslado. Sostiene que en la empresa hay un ambiente laboral distinto al usual, “con el propósito de presionar mi renuncia”.

8. El 5 de noviembre de 1998, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de primera instancia. Señala que, de acuerdo con el registro de nacimiento, la menor Jenny Carolina Gallego cumpliría diez años el 3 de diciembre de 1998. La Sala efectúa un análisis de las certificaciones médicas anexadas al expediente sobre el estado de salud de la menor y concluye que ésta “no se encuentra en peligro de muerte y que tampoco puede considerarse como un riesgo inminente contra su vida, el traslado a Florencia, Caquetá. Su tratamiento puede adelantarse en esta ciudad, pero de no existir tal posibilidad, lo cual no ha sido establecido, podría continuarse sin interrupción trasladándose a Cúcuta o a Bogotá cada dos o tres meses, para efecto de los controles médicos que se le vienen practicando, contando con el ofrecimiento de la empresa accionada, de proceder al análisis y estudio de las dificultades que se llegaren a presentar para darles una respuesta adecuada justa y equitativa”. De otra parte, no considera vulnerados los derechos del hermano de la accionante.

Sostiene que la tutela no procede como mecanismo transitorio, puesto que no se presentaron las pruebas suficientes para demostrar el perjuicio irremediable. Al respecto trae a colación que el médico tratante señala que el tratamiento al que está sometida la menor es profiláctico y que no se trata de un caso que ponga en peligro inminente su vida. Por lo tanto, revoca la

decisión de primera instancia mediante la cual se suspendió la orden de traslado del señor Gallego y deniega la tutela, “sin perjuicio de que la empresa accionada estudie analice y resuelva en una forma adecuada justa y equitativa las dificultades que le puedan acarrear al señor Aristóbulo Gallego su traslado en cuanto a la imposibilidad de que los menores Jenny Carolina y Andrés Enrique puedan continuar sus estudios y la niña, además, su tratamiento médico”.

9. El 4 de enero de 1999, el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo presentó ante esta Corporación un escrito de insistencia en el que solicita que el proceso sea seleccionado para revisión.

Sostiene que las cláusulas de traslado no son absolutas ni incontrovertibles, pues no pueden “trastornar una equilibrada relación laboral” ni afectar derechos de carácter fundamental del trabajador. Para el caso concreto, considera que el empleador debió consultar la afectación de los derechos de las personas que constituyen el núcleo familiar del trabajador, y, específicamente, los de su hija, actora de la tutela. Al respecto, señala: “la menor, hija del trabajador a quien se le está aplicando la cláusula laboral de traslado, perfectamente válida, está sometida a un tratamiento médico por una afección congénita, que bien puede resultar afectado en su eficacia si es interrumpido o alterado por el cambio de plaza a la que se vería sometido su núcleo familiar como consecuencia del traslado de su padre”. En su concepto, la menor tiene el derecho fundamental a seguir recibiendo el tratamiento en las mismas condiciones, derecho que prevalece sobre la obligación de cumplir una cláusula de carácter convencional. Por lo tanto, sostiene que debe procederse como lo hizo el juez de primera instancia, y suspenderse la orden de traslado mientras subsista el tratamiento médico que la menor recibe en la actualidad.

10. Mediante auto del 20 de abril, el Magistrado Sustanciador le solicitó al Instituto de Medicina Legal de Bogotá que respondiera un cuestionario acerca de la enfermedad que padece la menor.

En su respuesta, el Instituto de Medicina Legal expresó que el reflujo vésico ureteral “[e]s una enfermedad que se produce por incompetencia de la válvula vésico uretral que, en condiciones normales, impide el paso o reflujo de orina de la vejiga hacia el uréter; puede ser congénita o adquirida.” Expone que las causas más frecuentes de esta enfermedad son: a) Inserción anormal del uréter en la vejiga; b) Defectos uretrales congénitos: hidroureter - megauréter; c) Cistitis recurrente; d) Obstrucción uretral; e) Trastorno neurológico congénito o adquirido.

Respecto a la pregunta acerca de si la enfermedad mencionada amenaza la vida de quienes la padecen, respondió que ello solo ocurre cuando “hay complicación renal como insuficiencia renal o infecciosa como Sepsis”. Y en relación con el interrogante acerca de si el paso de los años disminuye la gravedad de la enfermedad, contestó que no, pero que lo que sí ocurre es que “a medida que el paciente crece ya se han controlado ciertos factores agravantes o concomitantes y por lo tanto la gravedad dependería de lo oportuno del tratamiento”.

Preguntado concretamente sobre si la enfermedad en cuestión representaba algún peligro para menores de 10 o más años que recibían tratamiento profiláctico, respondió: “Si el paciente

está siendo tratado actualmente con terapia profiláctica significa que: No hay peligro actual. Eso no quiere decir que se encuentre exento de aquel por complicaciones”.

El Instituto señala que el tratamiento que usualmente se sigue para este tipo de enfermedades es el siguiente:

- “a) Tratar médica o quirúrgicamente la causa predisponente;
- b) Controlar la infección urinaria;
- c) Descartar y tratar la obstrucción de cuello vesical o uretra;
- d) Descartar los vaciados frecuentes para evitar la distensión vesical;
- e) Favorecer los vaciados frecuentes para evitar la distensión vesical;
- f) Tratar el estreñimiento;

g) Observar cada 6 meses al paciente y realizar examen clínico y paraclínicos destinados a evaluar función renal.”

Finalmente, el Instituto respondió que el tratamiento anterior “[p]uede ser diagnosticado y tratado en un hospital que tenga los especialistas necesarios (por ejemplo, Urólogo, Neurólogo, Pediatra), dependiendo de la causa del reflujo y de sus complicaciones” y señaló que el tratamiento podía ser suministrado en la ciudad de Florencia sí allí existen los especialistas mencionados.

FUNDAMENTOS

1. La actora, quien actúa en nombre propio y en el de su hermano, afirma que la orden de traslado impartida a su progenitor, por parte de la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A., vulnera tanto los derechos a la unidad familiar y a la educación de los dos como los derechos de ella a la vida y a la salud. Expresa que sufre de reflujo vésico uretral y que su traslado a Florencia, en el departamento del Caquetá, implicaría una suspensión del tratamiento médico que recibe, con los riesgos que ello genera. Solicita que se ordene suspender la orden de traslado, con el objeto de evitar que se les cause un perjuicio irremediable.

2. La Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta concedió la tutela solicitada. Asevera que el traslado ordenado genera graves traumatismos al empleado y a su familia y amenaza la vida de la menor que instauró la tutela, puesto que no se conocía cuál era la infraestructura médica existente en la ciudad de Florencia. Por lo tanto, ordena suspender la orden de traslado hasta que termine el tratamiento médico que recibe la actora.

3. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, denegó el amparo solicitado. Afirma que, de acuerdo con las certificaciones médicas que obraban dentro del proceso, la menor no se encontraba en peligro de muerte, pues el tratamiento al que estaba siendo sometida tenía carácter profiláctico. Agrega que el traslado de la menor hacia Florencia no significa un riesgo inminente para la vida de la actora. Concluye que, puesto que no se demostró la aparición de un perjuicio irremediable para el caso de que se practicara el traslado hacia Florencia, no cabía conceder la tutela como

mecanismo transitorio. Con todo, llama la atención de la empresa para que analice a conciencia las consecuencias que podría producir el traslado en la salud de la menor, y proceda a tomar una decisión justa y equitativa.

El problema planteado

4. Se trata de establecer si el traslado del padre de la actora hacia Florencia, Caquetá, vulnera tanto los derechos de ésta y de su hermano a la educación y a la unidad familiar, como los derechos de la actora a la salud y la vida, en la medida en que tendría que suspender el tratamiento médico que se le viene practicando en su ciudad de origen.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el *ius variandi*

5. Esta Corporación ha establecido en diferentes pronunciamientos que la facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones de la Constitución Política que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53. En su jurisprudencia, la Corte ha señalado que la facultad discrecional de la administración para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios no puede ser utilizada en forma arbitraria¹, y que, en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Ello significa, en primera instancia, que los traslados solamente pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado deberá consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de evitar perjuicios considerables. En relación con este último punto y de las limitaciones del juez de tutela para conocer sobre las demandas contra el uso de *ius variandi* ha precisado esta Corporación:

“en ocasiones muy especiales, debe atenderse el conjunto de condiciones que afectan el desarrollo mismo de la actividad laboral del funcionario. Y se enfatiza que muy especiales, porque, desde el punto de vista del juez constitucional solamente circunstancias extraordinarias justifican la limitación del uso de la facultad administrativa de traslado de los funcionarios, en aras de los intereses del servicio. Esto significa que las posibilidades de obtener a través de la tutela la revocación de un traslado son necesariamente reducidas. El debate ante el juez constitucional se realiza desde el prisma de la Constitución, la cual, en vista de su textura abierta, da pie para ser desarrollada en formas diferentes y en ocasiones hasta contradictorias. Ello significa que tanto el Legislativo como el Ejecutivo gozan de un espacio amplio de configuración normativa y administrativa, que debe ser respetado por el juez constitucional. Por el contrario, al nivel de la jurisdicción Contencioso-Administrativa el enfrentamiento procesal gira alrededor de normas mucho más concretas y específicas, generadas precisamente a partir del comentado espacio de configuración normativa y administrativa, hecho este que permite un análisis más minucioso de las circunstancias de caso bajo examen.”².

¹ Ver, por ejemplo, las sentencias T-483/93 M.P. José Gregorio Hernández; C-356/94 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz y T-715/96 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² T-715/96 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6. En distintas sentencias, esta Corporación se ha pronunciado sobre diferentes circunstancias especiales que podrían conducir a revocar una orden de traslado laboral a través del mecanismo de la tutela. Así, por ejemplo, la Corte ha manifestado que consideraciones acerca de la salud del mismo funcionario hacían que la tutela fuera procedente para ordenar su traslado a una ciudad en donde pudiera ser asistido debidamente –siempre y cuando existiera una vacante en la que pudiera ser reubicado– o para revocar una orden de traslado, cuando la localidad de destino carecía de las condiciones necesarias para el cuidado médico del empleado.³

Por el contrario, la Corte ha denegado las tutelas interpuestas contra órdenes de traslado laboral en los casos en los que los actores han argumentado que la reubicación significa una ruptura de la unidad familiar - bien sea porque las actividades escolares de los niños dificultarían su mudanza, o bien porque los problemas del embarazo de la mujer le impiden desplazarse junto con su esposo, o bien porque los padres del funcionario son de avanzada edad.⁴ Igualmente, ha procedido así cuando el demandante ha argüido que el traslado le implica el abandono de sus estudios, en perjuicio de su derecho a la educación⁵.

La Corte también se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la incidencia que la salud de los familiares del empleado puede tener en la decisión acerca de la constitucionalidad de los traslados laborales. Así, en un caso concedió la tutela solicitada por la empleada de una empresa privada, que pedía ser retornada a Bogotá, donde residían sus hijos menores de edad, dos de ellos afectados por graves problemas de salud⁶. Igualmente, en una ocasión concedió el amparo solicitado por una educadora que solicitaba tanto su traslado como el de su marido, también educador, a la capital, en razón de que su hija sufría microcefalia, con retraso en el habla y graves problemas de aprendizaje. La actora señalaba que, a pesar de que desde hacía varios años había solicitado a la Secretaría de Educación de Cundinamarca su traslado a Bogotá, con el objetivo de que su hija recibiera el tratamiento adecuado para la enfermedad que padecía, no se había efectuado. En dicha oportunidad, se ordenó a la Secretaría de Educación de Cundinamarca que, en caso de presentarse vacantes en un lugar más adecuado para la prestación de los servicios médicos de la menor, se atendiera de manera preferente la solicitud de traslado de los padres de la menor. Importa recalcar que en aquella ocasión se dejó claramente expuesto que esta orden obedecía a las especiales condiciones de gravedad del caso y que, por lo tanto, tenía aplicación únicamente respecto del caso concreto:

“Esta Corporación considera que no puede abstenerse de tutelar los derechos prevalentes de la menor Heliana Chavarro Herrera porque, como se ha explicado, encuentra justificadas las razones expuestas por la peticionaria, en relación con los derechos a la salud y a la unidad familiar invocados por ella, y juzga necesario proteger en su integridad el estatuto jurídico de la niña. Al ordenar a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, que en la medida de lo posible proceda a efectuar el traslado de sus padres a un lugar más adecuado para la prestación de los servicios médicos que su hija requiere, no pretende la Sala sentar un precedente general,

³ Ver, entre otras, las sentencias T-330 de 1993, T-483 de 1993, T-131 de 1995, T-181 de 1996, T-514 de 1996 y T-516 de 1997.

⁴ Así se ha dispuesto, por ejemplo, en las sentencias T-615 de 1992 y T-311 de 1993.

⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-016 y T-362 de 1995.

⁶ T-593/92 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández.

sino que por vía excepcional, habida cuenta de las delicadas circunstancias en que se encuentra la niña, este pronunciamiento tiene vigencia sólo respecto del caso concreto y no puede considerarse extendible a situaciones genéricas”⁷.

La solicitud de tutela de la actora

7. Como se observa, esta Corporación ha indicado que en circunstancias muy especiales las condiciones del entorno del trabajador que ha sido trasladado, o solicita serlo, deben ser tenidas en cuenta para la decisión sobre la reubicación laboral, y que, en caso de no serlo, es posible solicitar la revisión de la decisión de la autoridad o del particular implicado a través de la acción de tutela. Así, pues, a continuación habrá de establecerse si las condiciones aducidas por la demandante constituyen un fundamento suficiente para la concesión del amparo solicitado.

8. La actora plantea que el traslado ordenado a su progenitor por parte de la empresa Cementos Diamantes de Bucaramanga S.A. vulnera los derechos de ella y de su hermano a la unidad familiar y a la educación. Sin embargo, como ya se señaló, la Corte ha estimado que las consecuencias que en este sentido puedan ser producidas por los traslados no ameritan la revocatoria de estos a través de la acción de tutela. Evidentemente, toda reubicación laboral implica la necesidad de realizar acomodamientos en términos de la vida familiar y de la educación de los hijos; y si se aceptara que estos ajustes fueran fundamento suficiente para suspender los traslados, en la práctica se impediría la movilidad de los funcionarios que es requerida por la administración pública y por las empresas privadas para poder cumplir con sus fines.

9. Asimismo, la demandante manifiesta que su desplazamiento hacia Florencia le impediría continuar con el tratamiento que recibe para la enfermedad que la aqueja. Como se ha señalado, las condiciones de salud de los familiares del trabajador que es trasladado pueden justificar, en casos muy especiales, que se ordene por parte del juez de tutela la suspensión de la decisión del empleador de que el trabajador mude su lugar de labores. Sin embargo, cabe recordar que en este evento debe demostrarse que la mudanza ocasionaría un perjuicio considerable en la salud de las personas. Así, pues habrá de determinarse si ello ocurre en el presente caso.

10. La enfermedad que padece la actora de la presente tutela, reflujo vésico ureteral, podría ser vista como una circunstancia especial, que justificaría que el padre de la demandante objetara el traslado laboral ordenado. Sin embargo, las condiciones actuales de la enfermedad que afecta a la demandante permiten llegar a la conclusión de que su dolencia está controlada y de que no representa ningún peligro actual para su salud y su vida.

De la información anexada al expediente se desprende que la menor viene siendo tratada de dicha enfermedad desde 1993 y que recibe una constante supervisión médica desde entonces. De acuerdo con el certificado expedido por el doctor Nossa, en 1998, el examen que le fuera practicado a la actora permitía llegar a la conclusión de que su estado general era bueno. Asimismo, según certifica el doctor Bencardino Carpio, la menor viene siendo sometida a un tratamiento profiláctico, para evitar que se le presenten complicaciones mayores. Lo anterior significa que ella ha recibido un tratamiento médico oportuno, con lo cual, según lo expresado

⁷ T-447 /94 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

por el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, ya se habrían controlado los factores agravantes o concomitantes que podrían conducir a un recrudecimiento de la enfermedad. Es por eso que el mismo Instituto precisa que la actora no se encontraría en ningún peligro actualmente, puesto que está siendo tratada con la terapia profiláctica.

La actora requiere continuar con su tratamiento para evitar que se presenten complicaciones en su enfermedad. Ella plantea que el cuidado médico que precisa no lo podría obtener en Florencia, Caquetá, y que ello le significaría un riesgo para su salud. Sin embargo, el Instituto de Medicina Legal afirma que el tratamiento puede ser brindado en todos aquellos centros hospitalarios que cuenten con los médicos especialistas necesarios, tales como un urólogo, un neurólogo o un pediatra. Considera la Sala de Decisión que es absolutamente razonable presumir que en la ciudad de Florencia, que es capital de departamento, se encuentren médicos de estas especialidades. Si ello es así, se puede deducir que la actora podrá proseguir recibiendo en esa ciudad el tratamiento que requiere. Así las cosas, no existe ninguna razón que permita concluir que el traslado a Florencia puede constituir para ella un peligro para su vida. Por lo tanto, habrá de confirmarse la sentencia de tutela dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con la aclaración de que, tal como lo expresa esa Corporación, la empresa habrá de observar con detenimiento si las condiciones médicas existentes en Florencia sí responden a las necesidades de la demandante, con miras a examinar si debe revisarse la decisión de trasladar a su padre a esa ciudad.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** la sentencia de tutela dictada, el 5 de noviembre de 1998, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se decidió revocar la providencia de primera instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y, en su lugar, denegar el amparo solicitado por la menor Jenny Carolina Gallego Rodríguez.

Segundo: Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-354
mayo 18 de 1999

ORGANIZACION NO GUBERNAMENTAL DE DERECHOS HUMANOS-Presentación
de tutela a favor de menores

DERECHO A LA EDUCACION-Carencia de la preparación adecuada por docentes y actitud
omisiva del Estado/**PROCESO EDUCATIVO**-Carencia de preparación adecuada
por docentes

Quando se imparten clases por personas que carecen de la preparación adecuada para asumir tan exigente y delicada tarea, y ello ocurre bajo la mirada impasible del Estado -que entonces incurre en grave omisión- se están desconociendo los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la educación y su adecuada prestación como servicio público, y, por supuesto, tal situación llevaría en casos concretos a una evidente vulneración de ese derecho fundamental en cabeza de los menores sometidos al deficiente proceso educativo.

SECRETARIA DE EDUCACION-Verificación si militares que desempeñan función docente
cumplen requisitos de idoneidad

MINISTERIO DE EDUCACION-Inspección y vigilancia sobre idoneidad en el ejercicio
de la docencia

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-No constituye centro de operaciones castrenses
que amenace la vida de menores

SERVICIO PUBLICO EDUCATIVO-Papel de las Fuerzas Militares

Referencia: Expediente T-194458

Acción de tutela incoada por Yenly Angélica Méndez Blanco contra la Secretaría de Educación de Santa Fe de Bogotá

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a revisar los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Dieciséis de Familia de Santa Fe de Bogotá y por la Sala de Familia del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial.

I. INFORMACION PRELIMINAR

YENLY ANGELICA MENDEZ BLANCO, actuando en su condición de miembro de “Humanidad Vigente Corporación Jurídica”, organización no gubernamental de derechos humanos, instauró acción de tutela contra la Secretaría de Educación de Santa Fe de Bogotá, a fin de lograr la protección de los derechos a la vida y a la educación de los menores estudiantes de los centros educativos distritales “Santa Bárbara”, “Canadá” y “José María Córdoba”.

Afirmó la demandante que desde hace aproximadamente diez años los mencionados planteles –ubicados en la localidad Ciudad Bolívar de la capital de la República– han sido administrados por la Escuela de Artillería adscrita a la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional, y que durante ese periodo se han presentado las siguientes irregularidades:

“a) Los cargos de Dirección de los Centros Educativos y de profesores son desempeñados por Suboficiales y soldados del Ejército Nacional, quienes carecen de idoneidad profesional y pedagógica para adelantar estas importantes funciones. Además, los suboficiales y soldados no ejercen funciones con continuidad pues el suboficial que desempeña el cargo de Director es cambiado varias veces por año. Así, entre 1990 y 1998, el Centro Educativo Distrital Canadá ha tenido 21 suboficiales ejerciendo dicho cargo (...);

b) Incongruencias en la elaboración de libros reglamentarios, entrega de boletines, archivo de notas y certificaciones, alteración de notas en los años anteriores;

c) Bajo nivel académico como consecuencia de la falta de preparación y los cambios constantes de los soldados que hacen las veces de profesores;

d) Incumplimiento y alteración en los horarios de la jornada laboral por parte de los soldados “profesores”;

e) Irresponsabilidad ante el manejo, daño y pérdida del inventario institucional.

f) Irregularidades por falta de informes sobre la destinación de los dineros aportados como cuota para la Asociación de Padres de Familia y que son recaudados y administrados por las directivas militares de las escuelas;

g) Señalamiento constante contra estudiantes, docentes, padres y miembros de la comunidad que intentan plantear críticas constructivas para el mejoramiento de la problemática institucional;

h) Utilización de diferentes mecanismos de “control disciplinario” como intimidación por faltas de los adolescentes: gritos, señalamiento público de líderes estudiantiles;

i) La ambientación y decoración de las escuelas implementadas por la administración militar es agresiva y de carácter bélico: murales en los que se plasman amenazas para los niños, el mural de la fachada de la Escuela Canadá es un tanque de guerra, etc. (...);

- j) Ambigüedad creada a los estudiantes, frente a los criterios de evaluación utilizados por los soldados;
- k) Vinculación de personas como docentes sin que se aclare su condición y cumplimiento de requisitos formales;
- l) Los soldados mantienen con las niñas estudiantes relaciones afectivas y en ocasiones se han presentado abusos y tratos irrespetuosos para con ellas;
- m) Los soldados aplican a los niños castigos propios de la vida militar como cuclillas, correr largas distancias, etc.”.

La peticionaria también señaló que el Comandante de la Décima Tercera Brigada, mediante Directiva N° BR13-B5-524 del 21 de marzo de 1994, estableció la creación de un “Distrito de Educación de Ciudad Bolívar”, cuyo objetivo va dirigido a desarrollar “la acción psicológica” y el “aprovechamiento de esta actividad para el cumplimiento de los planes operacionales de la Brigada”.

Agregó que las instalaciones de los centros educativos son utilizadas por la Escuela de Artillería como lugar de habitación de soldados, “donde adelantan labores propias de su condición de militares, portan armas, permanecen uniformados, alteran el curso normal de la comunidad educativa. Así mismo, grupos de contraguerrilla móvil tienen dichas instalaciones como lugar de llegada y tránsito”.

Aseveró la demandante que desde hace aproximadamente dos años los miembros de la comunidad, padres de familia, profesores y estudiantes se han quejado de estas irregularidades ante la Secretaría de Educación, pero que no han obtenido una solución a los problemas planteados. Además, dijo que también se había denunciado la situación ante la Procuraduría General de la Nación y ante la Alcaldía, autoridades de las cuales tampoco obtuvieron una respuesta satisfactoria.

Por último, aseveró que el principal objetivo consignado en una “Directiva” (no señala ni el número ni la fecha), consiste “en obtener logros estratégico-militares en una zona de importancia para las fuerzas militares, pues en ella se surten desarrollos del conflicto armado, pues en los alrededores hay presencia guerrillera”.

Las pretensiones de la actora son las siguientes:

“Por todo lo anterior, señor Juez respetuosamente solicito a su despacho proteja los derechos fundamentales de estos niños a la educación y a la vida, ordenando a la Secretaría de Educación Distrital de Santa Fe de Bogotá que asuma la administración de los Centros Educativos Canadá, Santa Bárbara, José María Córdoba, nombre los maestros y directivas idóneos para prestar el servicio público con función social y de derecho fundamental de los niños a la educación; así como ordenar a la Escuela de Artillería adscrita a la Décima Tercera Brigada retirar sus hombres de las instalaciones de los Centros Educativos Canadá, Santa Bárbara, José María Córdoba a fin de proteger el derecho a la vida de los niños que hasta ahora ha permanecido bajo grave amenaza”.

El juez de primera instancia solicitó a la Secretaría de Educación que enviara un informe acerca de los hechos que generaron la proposición de la acción de tutela en referencia. Esta

contestó mediante oficio del 18 de septiembre de 1998 que en ninguno de los centros educativos en cuestión carecen de docentes y que “sólo faltan por nombrar los directivos (...), dos de los cuales ya fueron ubicados pero no se les permitió ejercer su función por parte de los militares que allí se encuentran” (ver folio 78 del expediente).

Se aportó el oficio N° CCB-0358 del 17 de septiembre de 1998, suscrito por la Coordinadora del Centro Educativo de Educación Local –Cadel 19–, mediante el cual se hace un relato sobre las acciones desarrolladas por esa oficina desde el año 1996 respecto de los planteles educativos en referencia (folios 58 y siguientes del expediente).

Se anexaron al expediente varios escritos de la comunidad, mediante los cuales se hace una defensa de la labor cumplida por el Ejército en los mencionados colegios. También se aportaron copias de las quejas presentadas por la comunidad ante varias autoridades por las irregularidades, especialmente aquellas relacionadas con el desempeño de la labor docente por parte de esa fuerza armada.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

El Juzgado Dieciséis de Familia de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia del 25 de septiembre de 1998, consideró:

“En el caso en particular es evidente que el Estado, representado por la accionada, no se encuentra cumpliendo a cabalidad con este precepto de índole constitucional para con los infantes educandos de las instituciones objeto de la acción, pues si bien es cierto no constituye violación al derecho a la educación que tal servicio se haga por intermedio de personal militar, sí lo es que el mismo se preste con irregularidades y que la entidad responsable de velar por el óptimo cumplimiento de tan importante deber, limite su responsabilidad a intentar buscar un diálogo con los oficiales encargados como directivos e igualmente a informar que falta por nombrar los directivos docentes.

Pónese entonces de manifiesto una vulneración al derecho a la educación por parte de la SECRETARIA DE EDUCACION DE SANTA FE DE BOGOTA, para con los alumnos de los Centros Educativos Distrital Canadá, Santa Bárbara y José Antonio Córdoba (sic) de localidad de ciudad Bolívar de esta ciudad por omitir o retardar la designación de personal docente para los cargos de directivos de estas instituciones, al igual que, al no gestionar en forma efectiva la posesión de los referidos docentes en el ejercicio de sus funciones, debiéndose entonces conceder la tutela sobre el particular.

Respecto a la denuncia de vulneración al derecho a la Vida de la premencionada población escolar, resulta evidente en el presente caso que las vidas de los niños alumnos de los planteles antes citados están en un inminente riesgo al encontrarse rodeados de personal militar durante todo el horario académico, máxime en tratándose de un sector que presenta un alto índice de presencia subversiva, como es el de ciudad Bolívar de esta capital”.

El juez concedió la tutela de los derechos invocados y dispuso:

“Segundo: Como consecuencia de lo anterior se ORDENA a la accionada nombrar personal docente en los cargos directivos para los precitados establecimientos escolares, dispo-

niendo lo que sea necesario para su posesión, lo que deberá ser cumplido antes del inicio del próximo periodo escolar.

Tercero: Igualmente se ORDENA a LA ACCIONADA, y en forma oficiosa a LA ESCUELA DE ARTILLERIA adscrita a la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional, separar todo el personal militar de la población escolar de los Centros Educativos Distrital Canadá, Santa Bárbara y José Antonio Córdoba (sic) de la localidad de ciudad de Bolívar de esta ciudad, agotando para ello los medios con que cuenten, a lo que se deberá dar cumplimiento antes de iniciar el nuevo periodo académico de 1999, remitiendo copias del cumplimiento de esta tutela a este despacho”.

La demandante impugnó el fallo porque el *a quo* no precisó el término para cumplir la orden impartida.

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá restringió su análisis a la disconformidad expresada por la peticionaria y, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Decreto 2591 de 1991, mediante providencia del 4 de noviembre de 1998, adicionó el fallo del juez de primera instancia así:

“...en el sentido de señalar que tanto esta como la ESCUELA DE ARTILLERIA adscrita a la DECIMA TERCERA BRIGADA DEL EJERCITO NACIONAL, deben iniciar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, todas las acciones que sean necesarias para el cumplimiento de lo resuelto por el juez de primera instancia, de manera que para la fecha que fije la SECRETARIA DE EDUCACION DE SANTA FE DE BOGOTA, D.C., como iniciación de las labores académicas para el año de 1999 en esta ciudad capital, se haya acatado plenamente lo ordenado en la sentencia de tutela”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos en referencia, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 86 y 241 de la Carta Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Legitimidad de la peticionaria

Aunque la integrante de la O.N.G. que ha promovido el proceso no demuestra y ni siquiera dice tener un interés directo en el asunto, la Corte considera que podía ejercer la acción de tutela, ya que, según el artículo 44 de la Constitución, tratándose de los derechos fundamentales de los niños –que son los aquí comprometidos–, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

3. Los derechos a la vida y a la educación de los menores. La continuidad en la prestación del servicio público educativo. La formación de los niños dentro de un ambiente que promueva la convivencia pacífica. La Ley General de Educación y el papel de las Fuerzas Militares respecto del servicio público educativo.

En el presente caso debe la Corte establecer si los derechos a la educación y a la vida de los niños han sido amenazados o puestos en peligro por la conducta omisiva de la cual se acusa a

la Secretaría de Educación, consistente en no haber asumido la administración de los centros educativos “Canadá”, “Santa Bárbara” y “José María Córdoba” –los cuales son administrados por la Escuela de Artillería–, y en no haber nombrado directivas y maestros idóneos para prestar el servicio público educativo en dichos planteles, teniendo en cuenta que ha habido cambios continuos del personal administrativo y que las clases son impartidas en ciertas ocasiones por militares que no están preparados para asumir de manera idónea esa tarea.

En primer lugar, es necesario recordar que, según lo prescribe la Constitución, la educación es un derecho fundamental de los niños (artículo 44) y que, por expresa disposición del 67 *ibidem*, aquella se define como un servicio público que tiene una función social. Además, la Carta ha señalado que el Estado, la sociedad y la familia comparten la responsabilidad en la labor educativa.

También declara la Constitución que al Estado le corresponde regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, “con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos” (art. 67).

En relación con la enseñanza, el artículo 68 establece que estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, y que la ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Así pues, cuando se imparten clases por personas que carecen de la preparación adecuada para asumir tan exigente y delicada tarea, y ello ocurre bajo la mirada impasible del Estado –que entonces incurre en grave omisión– se están desconociendo los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la educación y su adecuada prestación como servicio público, y, por supuesto, tal situación llevaría en casos concretos a una evidente vulneración de ese derecho fundamental en cabeza de los menores sometidos al deficiente proceso educativo.

Cabe resaltar que el Constituyente aludió expresamente a la función del educador y quiso darle una connotación especial al referirse a las condiciones –morales y académicas– que debía reunir este, lo cual se refleja además en las atribuciones de control que, en los términos de la preceptiva constitucional, se han encomendado a las autoridades estatales, justamente con miras a asegurar la excelencia en la prestación del servicio educativo.

En el presente asunto, según el informe rendido por la Secretaría de Educación de Santa Fe de Bogotá (folio 78 del expediente), en ninguno de los centros educativos en referencia hacen falta docentes. No obstante, como del expediente resulta que la actividad docente ha sido confiada a miembros de la Fuerza Pública –lo que en sí mismo no está prohibido, siempre que cuenten con la autorización de las jerarquías castrenses y se asegure la idoneidad académica de quienes asuman esa labor–, pero no está acreditado que todos cumplan los requerimientos legales pertinentes –con enorme perjuicio para la formación de los menores– es necesario que dicha autoridad, en ejercicio de sus competencias legales (artículos 4 y 6 de la Ley 60 de 1993; y 147 y 151 de la Ley 115 de 1994), ejerza el control y la vigilancia efectivos sobre la actividad académica en los mencionados planteles. Para tal efecto, deberá verificar si las personas que desempeñan la función de enseñanza cumplen o no los requisitos de idoneidad exigidos por la normatividad vigente. De tal modo que, a partir de esta Sentencia, ningún militar ni tampoco persona civil alguna podrá dictar clase en esos centros educativos si carece de los títulos y requisitos que el ordenamiento jurídico, al cuidado de la Secretaría, impone. De la presente

decisión también se enviará una copia al Ministerio de Educación para que en relación con el caso ejerza efectivamente su función de inspección y vigilancia.

En cuanto atañe a la administración de los entes educativos por parte del personal militar, la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”, establece que los cargos de dirección en el sector educativo en las entidades territoriales “serán ejercidos por licenciados o profesionales de reconocida trayectoria en materia educativa” (artículo 128), y también prevé que en caso de ausencias temporales o definitivas de directivos docentes o de educadores en un establecimiento educativo estatal, el rector o director encargará de sus funciones “a otra persona calificada vinculada a la institución, mientras la autoridad competente suple la ausencia o provee el cargo” (artículo 131 *ibidem*). En concordancia con lo anterior, el artículo 151 de la misma ley señala que las secretarías departamentales y distritales de Educación deben realizar los concursos para el nombramiento del personal docente y directivo docente del sector estatal, en coordinación con los municipios.

De esta manera, la ley ha fijado las reglas que deben seguirse en relación con el nombramiento de las directivas de los centros educativos oficiales.

Ahora bien, en el caso *sub lite*, según consta en el Oficio 478 del 18 de septiembre de 1998, expedido por la Secretaría de Educación, “sólo falta por nombrar los directivos docentes, dos de los cuales ya fueron ubicados, pero no se les permitió ejercer su función por parte de los militares que allí se encuentran”. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala ordenará a las Fuerzas Militares que respeten y acaten las decisiones de la Secretaría de Educación y que, en consecuencia, dejen ejercer los cargos a los directivos docentes que han sido nombrados. En todo caso, se remitirá copia de esta providencia al Comandante de la Décimo Tercera Brigada y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

En relación con el porte de armas del personal militar dentro de los establecimientos educativos -que no aparece probado en el expediente pero que, en caso de presentarse, sería de suma gravedad y debería ser erradicado de inmediato- considera la Corte que tal conducta, por atentar contra el derecho a la vida y la integridad de los menores, ha de ser evitado por las directivas y por las autoridades de la Secretaría de Educación. La presencia de los uniformados en las sedes educativas únicamente se justifica por la actividad docente que desempeñan -que es una contribución del Ejército a la paz y a la formación de la niñez y la juventud- y, por tanto, no pueden tomar tales instalaciones como cuarteles o centros de operaciones castrenses o de entrenamiento o prácticas que puedan amenazar o poner en peligro a los menores.

Aparte del riesgo que representa para los niños el porte de armas en los planteles, es necesario precisar que el proceso de formación debe desarrollarse en condiciones alejadas de todo elemento bélico.

Las aulas deben ser recintos destinados solamente al objeto que les es propio el -estudio y la preparación y formación intelectual, moral y física de los educandos-, dentro de un criterio civil, pues están destinadas al ejercicio de las actividades propias de la razón y no de la fuerza. En consecuencia, se ordenará al Ejército que dentro de las instalaciones educativas se abstenga de portar armas y de ejecutar prácticas que impliquen manipulación de explosivos, elementos de guerra o entrenamientos propiamente militares, todo lo cual es ajeno al interés educativo y altamente riesgoso para los menores.

Por otra parte, cabe agregar que los castigos inferidos a los niños, dentro del curso normal de su formación, no deben regirse por la disciplina castrense, pues no se trata de militares. Por tanto, se ordenará al Ejército que no les imponga sanciones ni cargas propias de esa disciplina.

La Corte anota, mirados los documentos que en el expediente obran y que provienen de la Secretaría de Educación, que mientras en unos se queja de que la Fuerza Pública no ha permitido la posesión del personal directivo docente por ella nombrado (Fl. 78), en otros expresa su satisfacción y conformidad con la presencia de los militares, no tanto como forma de vinculación docente sino como modalidad de protección de los niños (Fl. 3 del Cuaderno de Memoriales).

La actitud de la Administración deber ser coherente y efectiva, en especial cuando se trata de asunto tan delicado como la educación, y por ende, no es posible que la función de inspección, vigilancia y control de un ente público de naturaleza civil deje de ser ejercida por la decisión unilateral de autoridades militares, ni que se cumpla débilmente ante ellas, o de manera permisiva o incompleta.

Finalmente, respecto del Fallo de segunda instancia, que se limitó a precisar el término para lo dispuesto por el juez de primer grado, debe anotar la Corte que la impugnación de las decisiones judiciales en materia de tutela dota al superior de competencia plena para pronunciarse sobre los distintos aspectos objeto de controversia y que, más todavía, el juez ante quien se ataca la decisión inicial por cualquiera de las partes está obligado a establecer si la acción era procedente, en el evento de haber sido concedida, si se daban todos los presupuestos constitucionales para su otorgamiento, y si las órdenes impartidas se avienen a la preceptiva constitucional. Dar por aceptable lo dispuesto en la instancia inferior, sin un examen adecuado, y limitar el fallo a indicar cuánto tiempo tiene la parte demandada para cumplirlo, reduce en extremo la función del *ad quem* y propicia la distorsión del mecanismo de impugnación que la Carta Política contempla.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR** los fallos proferidos por el Juzgado Dieciséis de Familia de Santa Fe de Bogotá, en cuanto concedió el amparo solicitado, y por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en cuanto adicionó el fallo de primera instancia fijando el término de 48 horas para iniciar las acciones tendientes al cumplimiento de lo resuelto por el mencionado juzgado.

SE MODIFICA el alcance de la providencia confirmada, en el sentido de que no se dispone por esta Corte la salida masiva del personal militar de las instalaciones educativas sino la presencia exclusiva en ellas de personal docente, aunque pertenezca a la Fuerza Pública, siempre que acredite, a juicio de la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el pleno cumplimiento de los requisitos y grados académicos que exige la normatividad en vigor. Ninguna persona –militar o civil– a la que falten esos requisitos podrá ejercer actividades de enseñanza dentro de los establecimientos educativos a los que se refiere este Fallo.

Segundo.- La Secretaría de Educación del Distrito de Santa Fe de Bogotá ejercerá el control y vigilancia efectivos sobre la actividad docente en los planteles de la referencia. De la presente decisión se enviará una copia al Ministerio de Educación para que en relación con el caso también ejerza efectivamente su función de inspección y vigilancia.

Tercero.- Las Fuerzas Militares, a través del Comandante de la Décima Tercera Brigada y de la Escuela de Artillería, acatarán y obedecerán las decisiones de la Secretaría de Educación y, en consecuencia, dejarán ejercer los cargos a los directivos docentes que por ella hayan sido nombrados. De la presente providencia se remitirá copia a dicho Comandante y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

Cuarto.- Dentro de las instalaciones educativas sólo se justifica la presencia de militares en función docente. El personal que la cumpla se abstendrá de portar armas y de efectuar prácticas o entrenamientos con explosivos o elementos de guerra, y no impondrá a los estudiantes castigos propios de la disciplina castrense.

Quinto.- **DESE** cumplimiento a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-355/99
mayo 18 de 1999

INCIDENTE DE DESACATO- Aplicación

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL- Contradicción de medios probatorios

Referencia: Expediente T-168.352

Acción de tutela contra las Empresas Municipales de Cali (EMCALI - E.I.C.E.) por una presunta violación de los derechos a la igualdad y el trabajo.

Tema: No procede la tutela cuando el actor cuenta con otro mecanismo judicial de defensa, y no hay un perjuicio irremediable que se pueda evitar con las órdenes del juez de tutela.

Actores: Rubén Dario Sabogal Urbano y otros.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E), y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Trece Penal del Circuito y el Tribunal Superior del distrito Judicial de Santiago de Cali -Sala Penal-, en el trámite del proceso radicado bajo el número T-168.352.

ANTECEDENTES

1. Hechos

Los actores, Rubén Dario Sabogal Urbano, Yolanda Cortés, Leny Luz Ochoa Vergara, Nelson Garcera y Herlinda Alegría Mazuera, son empleados de las Empresas Municipales de Cali

(EMCALI - E.I.C.E.); y según aduce su apoderada judicial, fueron encargados por sus superiores inmediatos de desempeñar funciones que no corresponden al cargo para el cual fueron vinculados, sino a cargos con mayor categoría y remuneración, sin que se les hubiera cancelado la diferencia salarial correspondiente.

2. Solicitud de tutela

Los accionantes aducen que Yolanda Cortés y Leny Luz Ochoa Vergara fueron vinculadas como Digitadoras de Cuentas, pero vienen desempeñándose como Revisoras Analistas; Nelson Garcera Urbano está vinculado como Técnico II y Rubén Darío Sabogal como Auxiliar de Computador Procesamiento, pero desempeñan el cargo de Monitores de Red; y Herlinda Alegría Mazuera, fue vinculada como Recepcionista, pero cumple con las funciones de Revisor Analista de Cuentas.

La apoderada de los actores solicitó que, en virtud del principio a trabajo igual salario igual, el juez de tutela amparara los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad de sus poderdantes, y ordenara que se les nivele salarialmente con quienes están vinculados a los cargos que ellos realmente desempeñan y, además, se les cancele la diferencia salarial que en justicia les corresponde con la indexación correspondiente, y las prestaciones sociales a las que esa diferencia sirve de causa.

3. Fallo de primera instancia

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Santiago de Cali admitió la solicitud de tutela, ordenó y practicó las pruebas que consideró necesarias y decidió, el 26 de marzo de 1998, negar por improcedente el amparo de los derechos fundamentales reclamados por los actores. Ese Despacho consideró improcedente la acción, porque en este caso no se cumple con la residualidad, que es una característica de la naturaleza de la tutela. Las razones del a quo pueden resumirse con la transcripción siguiente:

“Quede bien claro pues, que en este caso se declara es la improcedencia de la acción y no que los actores o accionantes no puedan tener derecho a lo pretendido, lo que tiene que hacer efectivo instaurando las acciones judiciales y/o administrativas ya señaladas -y no por la vía equivocada de la tutela-, decisión ésta que entre otras cosas, está ocorde con lo ya resuelto en caso similar, pues nuestra colega la Sra. Juez 4ª Penal del Circuito de Cali, Fallo No. 004 de fecha: 19 de febrero de 1998” (folio 292).

4. Sentencia de segunda instancia

Impugnada esa decisión por la representante judicial de los actores sin manifestar los motivos de su inconformidad, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali resolvió, el 11 de mayo de 1998, confirmar la sentencia recurrida; esa Corporación no añadió razones distintas a las ya consideradas en la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, de acuerdo con los artículos 86 y 241 de la Carta Política; y correspon-

de a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Nueve del 3 de septiembre de 1998.

Es oportuno aclarar que, equivocadamente se entendió que este proceso había sido excluido de revisión y, por tanto, fue devuelto al juzgado de primera instancia (folio 325); luego, a solicitud de parte, se reconoció que de acuerdo con lo resuelto por la Sala de Selección Número Dos, la revisión de este proceso debió hacerse por medio de la sentencia T-707/98 y que, por tanto, debía someterse a revisión. En consecuencia, la Sala de Selección Número Dos, por medio del auto del 15 de febrero de 1999, refrendó lo resuelto por la Sala de Selección Número Nueve, seleccionó el proceso para revisión y lo repartió a esta Sala.

2. De lo resuelto en la sentencia T-707/98

A través de ella, esta Sala revisó los fallos de instancia proferidos en el trámite de los procesos radicados bajo los números T-162.738, T-163.676, T-164.342 y T-168.197, todos ellos correspondientes a acciones de tutela incoadas contra las Empresas Municipales de Cali - EMCALI - E.I.C.E.-, por la violación de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas.

A pesar del elevado número de accionantes, una vez considerada la situación en que se hallaba cada uno, en esa oportunidad esta Sala dividió el grupo de los actores en dos conjuntos de personas: a) uno compuesto por los actores de todos los procesos acumulados y por otros empleados de EMCALI, a quienes la empresa demandada discriminó desde que ingresaron a su servicio o posteriormente, pues el gerente les asignó o niveló discrecionalmente el salario, cuando debió hacerlo de acuerdo con el sistema de reconocimiento de méritos establecido reglamentariamente; y b) otro compuesto por el actor del proceso T-168.197, Henry Sandoval Naranjo, quien reclamó como violación de su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, que la empresa le hubiera encargado cumplir las funciones de un cargo superior al suyo, sin pagarle la diferencia de salario correspondiente.

A los actores del primero de esos grupos, se les tuteló el derecho a la igualdad, pues quedó acreditado que sí estaban siendo discriminados, y esta Sala no consideró que el comportamiento del gerente quedara justificado porque la Junta Directiva le hubiera autorizado para comportarse como lo hizo, pues ni esa, ni otra junta puede autorizar a un funcionario u otra persona para discriminar a los demás, sin violar el ordenamiento. En consecuencia, esta Corporación resolvió *“prevenir a las Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. para que se abstenga de incurrir nuevamente en actuaciones discriminatorias como las que sirvieron de causa a estos procesos, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato”*.

Respecto del segundo grupo, añadió esta Sala que *“sin embargo, ello no hace que deban prosperar todas las pretensiones contenidas en las diversas solicitudes de los demandantes, puesto que el procedimiento de tutela no es la vía procesal adecuada para reclamar intereses, agencias en derecho, u otras prestaciones sobre las cuales debe pronunciarse el juez ordinario competente. Para obtener el pago de sobresueldos debidos a encargos -caso del señor Henry Sandoval Naranjo, expediente T-168.197-, intereses moratorios, pago de perjuicios, costas y agencias en derecho, los interesados quedan en libertad de acudir ante el juez ordinario competente”*.

3. Improcedencia de la tutela en este caso

Los actores en el proceso bajo revisión aducen que desde su vinculación a la empresa demandada o después, sus superiores les encargaron desempeñar las labores propias de un empleo superior al suyo, que cumplieron con esas tareas de manera meritoria, y que no se les ha pagado el salario asignado por la empresa a los cargos que ellos realmente desempeñan.

Por su parte, el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali, atendiendo la orden del Juez Trece Penal del Circuito, informó que: a) *“Rubén Darío Sabogal Urbano desempeña el mismo cargo en el cual fue nombrado. Efectuada la revisión de la hoja de vida, no se identifica ni establece asignación de nuevas funciones o de funciones diferentes a las asignadas al cargo. Solicitó reajuste salarial. No fue factible concederlo por: Emcali E.I.C.E. se encuentra en el proceso de transformación, y no existía disponibilidad presupuestal para el efecto”*; b) *“Luis Nelson Garcera Osorio actualmente desempeña las funciones asignadas al último cargo, es decir al de Técnico II. No ha solicitado reajuste salarial. Efectuada la revisión de las hojas de vida no se establece asignación de funciones diferentes a las correspondientes para el cargo que desempeña”*; c) *“Herlinda Alegría Mazuera actualmente desempeña el mismo cargo en el cual fue nombrada. Efectuada la revisión de la hoja de vida, se identifica que no se le han asignado nuevas funciones y/o funciones diferentes al cargo en el cual se encuentra nombrada. Se le han realizado encargos temporales y se le cancela la correspondiente diferencia de sueldo. No ha solicitado reajuste salarial”*; d) *“María Yolanda Cortés V. actualmente desempeña el mismo cargo en el cual fue nombrada. Efectuada la revisión de la hoja de vida, se identifica que no se le han asignado funciones diferentes a las asignadas al cargo. No ha solicitado reajuste salarial. Se le han realizado encargos temporales y se le cancela la correspondiente diferencia de sueldo”*; y e) *“Leny Luz Ochoa Vergara actualmente desempeña el mismo cargo en el cual fue nombrada. Efectuada la revisión de la hoja de vida, se identifica que no se le han asignado nuevas funciones al cargo que desempeña. No ha solicitado reajuste salarial”* (folios 296-298).

Según los medios de prueba que obran en el expediente, de entre los actores, sólo Rubén Darío Sabogal Urbano solicitó reajuste salarial, y le fue negado por la empresa demandada el 26 de marzo de 1998, aduciendo razones que fueron objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala en la sentencia T-707/98 del 24 de noviembre del mismo año, en donde claramente se desestimaron esas razones. Así, si desde esta última fecha, alguien que consideraba tener derecho solicitó su nivelación, y ésta le fue negada por las razones aducidas por la empresa antes del citado fallo de revisión, puede acudir ante los jueces competentes para conocer, en este caso, del desacato a las órdenes de la Corte Constitucional, que son los Juzgados Quinto, Sexto y Veintiocho Penales Municipales, y el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali, los que actuaron como jueces de primera instancia en esos procesos, y conservan competencia para pronunciarse al respecto¹. Este asunto no será objeto de nuevo pronunciamiento por parte de esta Sala de Revisión.

Por lo demás, si se compara la versión de los hechos aducida por los actores con la informada por Emcali al Juez Trece Penal del Circuito de Cali, resulta claro que difieren de manera casi

¹ Artículos 36 y 52 del Decreto 2591 de 1991

diametral; ahora bien: en este caso no correspondía a los falladores de instancia, ni procede en sede de revisión, entrar a valorar los medios de prueba que respaldan las versiones encontradas, porque los actores cuentan con la vía ordinaria laboral para la defensa judicial de todos los derechos cuyo restablecimiento solicitaron al juez de tutela, y a ninguno de ellos se le está ocasionando un perjuicio irremediable que se pueda hacer cesar con la orden de amparo.

Efectivamente, las versiones encontradas de los accionantes y la empresa demandada plantean una situación procesal en la que, para establecer qué partes de ellas corresponden a la verdad sobre los hechos, procede dar curso a la contradicción de las piezas de convencimiento aportadas, y ordenar la práctica de otras. Tales labores se deben adelantar en el marco de un proceso ordinario, porque sólo de manera excepcional ha aceptado la Corte Constitucional que la tutela desplaza a la vía ordinaria en la reclamación de obligaciones de dar que tienen origen en relaciones laborales.

Efectivamente, no se trata en este caso de la protección especial que se debe a la madre durante la gestación, el parto y la lactancia, ni de la que también se debe a las personas de la tercera edad y a los niños, ni existe una discriminación claramente establecida que deba hacerse cesar de inmediato -caso de la tutela otorgada en la sentencia T-707/98-, ni se afectó el sustento mínimo vital de los demandantes, ni hay otro perjuicio irremediable que deba interrumpirse o evitarse y, en consecuencia, esta Sala confirmará lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.

DECISION

En mérito de las breves consideraciones antecedentes, la Sala Cuarta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali el 11 de mayo de 1998, mediante la cual se denegó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales reclamados por los actores.

Segundo. Comunicar esta providencia al Juzgado Trece Penal del Circuito de Santiago de Cali para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-356
mayo 18 de 1999

LIBERTAD DE ACCION DE EMPRESA-No es absoluta

El derecho a la libertad de acción de las empresas no es absoluto, y para que su ejercicio sea acorde a derecho, las firmas deben respetar los límites consagrados en la Constitución, las leyes y el acuerdo de voluntades que sirvió de origen a la empresa particular de que se trate.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Intervención por exclusión de accionista de sociedad anónima con base en causales para sociedad colectiva

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Intervención para asegurar que actuación ilegal de sociedad se ajuste a derecho

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Impugnación actos de Superintendencia

Referencia: Expediente T-192.953

Acción de tutela contra la Superintendencia de Sociedades por una presunta violación de los derechos a la igualdad, la libre empresa, el desarrollo económico, el debido proceso y las formas asociativas de propiedad.

Tema: Vigilancia, inspección y control de las sociedades.

Actor: Transportes Radio Taxi Confort S. A.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano (E), y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en el trámite del proceso radicado bajo el número T-192.953.

ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. La firma Transportes Radio Taxi Confort S.A. tiene por objeto social la explotación del transporte terrestre municipal e intermunicipal en todas sus modalidades.

1.2. *El 31 de marzo de 1977, según consta en el acta No. 82 de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de la empresa demandante, esa colectividad decidió reformar los estatutos sociales excluyendo al socio Miguel Antonio Bueno García, porque: “a) es socio de la empresa Universal Automotora de Combustibles, sociedad que desarrolla parte del objeto social que corresponde a esta empresa; b) se ha apartado de la política de saneamiento y públicamente manifiesta que nuestra sociedad se debe acabar o liquidarse; c) está atentando contra los intereses de todos los asociados al iniciar procesos contra la sociedad y su administración, bajo premisas no ciertas como ocurre con el de la Fiscalía 113 de Bogotá; d) el interés de dicho socio es el de sabotear en toda oportunidad las actuaciones sociales, e irrespetar a todos los asociados con amenazas contra la integridad física en esta asamblea y en otras oportunidades; e) se presenta a las reuniones con personas no gratas para los asociados, como el caso de los señores Carlos Martín, José Omar Mora y Pedro Moreno, quienes por la fuerza ingresaron al salón de reuniones, y hubo que sacarlos con intervención de la Fuerza Pública; dichos señores liderados por el socio a excluir insultaron y amenazaron a los accionistas presentes en esta asamblea; y f) nombrar extraños en la vigilancia de la sociedad” (folio 29 del primer cuaderno).*

1.3. *Según el libelo: “a partir del momento de tomar la decisión se le notificó al socio afectado y a la Superintendencia de Sociedades, entidad pública y persona natural, que en el lapso de más de un año guardaron silencio, especialmente Miguel Antonio Bueno García, quien ha adelantado diferentes actuaciones judiciales encaminadas a impugnar la decisión de la asamblea, resultándole adversas, porque nunca la tramitó mediante el proceso abreviado indicado en el Título 22, capítulo primero, artículo 408, numeral sexto del C. de P. C., y menos dentro del término indicado en el artículo 191 del C. de P.C., creando con ello en su contra la existencia del fenómeno de la caducidad, que jurídicamente corresponde a la pérdida del ejercicio del derecho por no haberlo efectuado mediante el procedimiento y dentro del término indicados por la ley” (folio 43 del primer cuaderno).*

1.4. La Superintendencia de Sociedades, informada por la empresa actora de la exclusión del socio Bueno García, señaló que la causal aducida por Transportes Radio Taxi Confort S.A. para proceder de esa manera “*es propia de las sociedades colectivas y no le es aplicable de ninguna manera a una sociedad anónima*” (folio 59 del primer cuaderno). En consecuencia, a través de los oficios 350-57337 de octubre 23 de 1997, 350-68427 de diciembre 16 de 1997 y 312-5680 de febrero 23 de 1998, esa Superintendencia requirió al representante legal de la firma demandante para que ajustara esa decisión a derecho, sin obtener resultado.

1.5. Así, mediante oficio 313-12112 del 24 de marzo de 1998, la Superintendencia ordenó a la sociedad demandante ajustar a derecho la expulsión del socio Bueno García, so pena de incurrir en multas hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales; en contra de este acto, el representante legal de la firma actora interpuso el recurso de reposición, que fue resuelto por medio de la Resolución No. 312-749 del 13 de marzo de 1998, confirmando la orden. Sin embargo, la Asamblea General de Accionistas de Transportes Radio Taxi Confort S.A. se reunió el 15 de julio de 1998, y “decidió por mayoría de sus votos no acatar la orden impartida por esta Superintendencia” (folio 59 del primer cuaderno).

1.6. En consecuencia, “mediante radicación No. 312-58207 de septiembre 23 del año en curso (1998), se le solicitó al representante legal de la sociedad que en un término de ocho (8) días hábiles, rindiera los descargos que considerara pertinentes con el fin de evaluar la procedencia de la aplicación de la atribución conferida a esta Superintendencia en el numeral 3° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el numeral 29 del artículo 2° del Decreto 1080 de 1996, esto es, la imposición de multas sucesivas o no hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales a quienes incumplan con las órdenes impartidas, la ley o los estatutos. A lo anterior el señor Lagos no ha dado respuesta hasta la fecha” (folio 60 del primer cuaderno).

2. Solicitud de tutela

El 6 de octubre de 1998, José Angel Lagos Rodríguez, representante legal de Transportes Radio Taxi Confort S.A., solicitó la tutela judicial de los derechos de esa firma a la igualdad, la libre empresa, el desarrollo económico, el debido proceso y las formas asociativas de propiedad, pues el socio excluido nunca tramitó la impugnación de la decisión de expulsarlo mediante el proceso abreviado civil; según afirma el representante legal de la firma actora, como operó la caducidad de dicha acción, la Superintendencia de Sociedades se arrogó competencias que no le corresponden y, de esa forma, viene vulnerando los derechos reclamados, pues: “desde principios de 1998, ha intentado por todos los medios posibles, incluyendo amenazas de sanciones, imponernos el reintegro del socio excluido, olvidando que dicha función le corresponde a un Juez de la República a través del proceso abreviado, acción que se debe iniciar o intentar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la reunión o de la inscripción del acto en el registro mercantil, situación que ha acrecentado con diferentes actos administrativos en forma oportuna se han impugnado...” (folio 43 del primer cuaderno).

En consecuencia, pidió “ordenar a la entidad demandada se abstenga de seguir conociendo las decisiones que debe tomar la justicia ordinaria, como es el caso del exsocio Miguel Antonio Bueno García, y obrar con relación a la colocación de acciones, en los términos indicados en el art. 390 del C. de C., en el sentido de autorizar la colocación si el reglamento reúne los requisitos indicados en el art. 386 *Ibídem*” (folio 46 del primer cuaderno).

3. Fallo de primera instancia

El Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá decidió denegar la tutela el 29 de octubre de 1998, pues encontró que la Superintendencia de Sociedades actuó de acuerdo con las normas que le atribuyen la inspección, vigilancia y control de entidades como

la firma actora, y que ésta cuenta con las acciones contencioso administrativas para impugnar las decisiones que ese organismo adopte.

4. Sentencia de segunda instancia.

Impugnada la decisión referida, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá resolvió, el 30 de noviembre de 1998, confirmar en su integridad el fallo recurrido, sin añadir consideraciones diferentes a las del juez *a-quo*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, de acuerdo con los artículos 86 y 241 de la Carta Política, y a la Sala Cuarta de Revisión le corresponde adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Dos del 5 de febrero de 1999.

2. Breve justificación de esta sentencia

Esta Sala de Revisión juzga que debe confirmar las decisiones adoptadas por los falladores de instancia y, en consecuencia, se limitará a una breve exposición de las razones que la llevaron a tal conclusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991.

2.1. Debe señalarse que la Superintendencia de Sociedades actuó, respecto de la empresa demandante, sin arrogarse competencias que no le hubieran sido claramente atribuidas por la ley. Efectivamente, esa entidad es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, a través del cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles (Decreto 1080 de 1996, art. 1).

De acuerdo con lo regulado en la Ley 222 de 1995: a) “En ejercicio de la función de inspección, la entidad puede solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional y en la forma, detalle y términos que determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, o sobre operaciones específicas de las mismas (artículo 83). b) Con respecto a la vigilancia, busca que las sociedades no sometidas al cuidado de otras superintendencias, en su formación, funcionamiento y desarrollo del objeto social, se ajusten a la ley y sus estatutos (artículo 84). C) Por virtud de la atribución de control, la entidad puede ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente mediante acto administrativo de carácter particular (artículo 85)” (subrayas fuera del texto, folios 60-61 del primer cuaderno).

Es claro entonces que la actuación de la autoridad demandada no obedeció a su mero capricho u obsecación, sino que fue ejecutada en procura del fin que debe lograr la Superintendencia de Sociedades con el ejercicio de las facultades de policía administrativa que le otorgan las disposiciones legales antes aludidas: que las sociedades sometidas a su cuidado se ajusten a los mandatos de la Constitución, la ley y los estatutos.

2.2. Los accionistas de Transportes Radio Taxi Confort S.A. ejercieron su derecho fundamental de asociarse para el desarrollo de una actividad económica (C.P. art.38), y la sociedad que crearon está sometida a vigilancia, inspección y control del Gobierno, a través de los organismos técnicos creados para cumplir esas funciones, y para asegurar la prestación eficiente del servicio público de transporte a todos los habitantes del territorio nacional (C.P. arts. 189-22 y 365).

Son entonces las normas legales que desarrollan esos mandatos superiores, las que asignaron competencia a la Superintendencia de Sociedades para intervenir como lo viene haciendo en la empresa demandante; tal competencia no se origina, como de manera errada se afirma en la solicitud de tutela, en el derecho subjetivo de uno de los accionistas para impugnar las decisiones que adopte la asamblea general, o en la apropiación indebida por parte de la Superintendencia de Sociedades, de la competencia que le corresponde al juez civil llamado a conocer de tal impugnación.

2.3. El derecho a la libertad de acción de las empresas no es absoluto, y para que su ejercicio sea acorde a derecho, las firmas deben respetar los límites consagrados en la Constitución, las leyes y el acuerdo de voluntades que sirvió de origen a la empresa particular de que se trate.

Un buen número de los límites jurídicos a la libertad de acción de las empresas, se desprende de la clase de sociedad que acuerden constituir los asociados fundadores, pues para cada una de esas clases de sociedad, la ley comercial regula de manera diversa los requisitos de constitución y funcionamiento, la responsabilidad patrimonial exigible a los socios, el número mínimo de éstos, las causales de liquidación, las de exclusión de alguno de los asociados, etc.

Porque esa regulación legal de las sociedades y sus implicaciones en el caso de la exclusión del señor Bueno García, son conocidas por la firma actora, resulta que la presente acción de tutela bordea la temeridad: tal y como la Superintendencia demandada viene reiterando en sus requerimientos a la empresa accionante, una sociedad anónima no puede, sin violar la ley, aplicar a la exclusión de uno de sus accionistas las causales consagradas en el Código de Comercio para las sociedades colectivas; si lo hace, el directamente afectado por la exclusión puede ejercer las acciones previstas para la defensa del derecho subjetivo que en ese evento resultaría conculcado, y de manera independiente se actualiza el deber de la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control, de intervenir para asegurar que la actuación ilegal se ajuste a derecho, sin importar para ello que el socio irregularmente excluido ejerza o no las acciones de que dispone.

Como se hace patente en este caso, la empresa que incurre en la actuación ilegal referida, no puede impugnar judicialmente la intervención de la Superintendencia en el fuero ordinario de sus negocios, sin confesar el comportamiento contrario a derecho en que incurrió, mismo que sirve de base a la actuación de la autoridad contra la que se solicita el amparo.

2.4. Finalmente, la acción de tutela incoada por Transportes Radio Taxi Confort S.A. no es procedente, porque esa empresa cuenta con las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar los actos de la Superintendencia, y no existe, en este caso, un perjuicio irremediable que se pueda evitar con las órdenes del juez de tutela.

DECISION

En mérito de la breve consideración antecedente, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 30 de noviembre de 1998, por medio de la cual confirmó la denegación de esta tutela.

Segundo. **COMUNICAR** la presente providencia al Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-361
mayo 20 de 1999

REGIMEN DE CESANTIAS-Inadmisibilidad de presiones patronales
por libertad de opción del trabajador

**PRINCIPIO DE REMUNERACION PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD
DE TRABAJO**-Discriminación en el campo de aumentos salariales

PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Aumento salarial inferior

Referencia: Expediente T-196029

Acción de tutela instaurada por Jesús Navarro Ahumada contra la empresa Rohm and Haas de Colombia S.A.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Mediante esta sentencia se revisan los fallos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, proferidos los días 13 de noviembre y 16 de diciembre de 1998, respectivamente, al resolver sobre la acción de tutela en referencia.

L INFORMACION PRELIMINAR

JESUS NAVARRO AHUMADA instauró acción de tutela en contra de la empresa "ROHM AND HAAS COLOMBIA S.A." por violación de su derecho fundamental a la libertad individual, consagrado en los artículos 16 y 28 de la Constitución, así como por desconocimiento de su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 C.P.).

El peticionario fundó su demanda en los siguientes hechos:

Desde el año de 1969 viene laborando para la empresa aludida, en la cual se inició como analista de laboratorio, pasando luego por diferentes cargos como los de Jefe de Control de Calidad, Jefe de la División de Laboratorio, Gerente de Control de Calidad, hasta ser ascendido en enero de 1992 al cargo de Gerente de Aseguramiento de la Calidad.

El actor dijo haber recibido en varias oportunidades felicitaciones y premios por su buen desempeño en la empresa.

En mayo y julio de 1994 adquirió los títulos de Auditor de Calidad nivel 1 y Auditor Líder de Calidad, y fue designado en octubre de 1994 como Representante de la Dirección en el Sistema de Calidad, con autoridad y responsabilidad para garantizar que el sistema de calidad de la empresa fuera eficaz y cumpliera con los requisitos de la Norma ISO-9002, reportando directamente al Presidente de la compañía.

Cuando la Empresa, en diciembre de 1994, decidió aplicar la Ley 50 de 1990, las cosas cambiaron pues aquella entregó a todos sus trabajadores un formato mediante el cual debían manifestar que se acogían “voluntariamente” al régimen de cesantías adoptado por dicha ley, a lo cual el peticionario no accedió y prefirió mantenerse dentro del régimen anterior, ya que, según lo que entonces entendió y sigue ahora entendiendo, la misma ley respeta la libertad de opción.

Su actitud disgustó mucho a los directivos de la empresa, quienes llegaron inclusive a discutir acerca de su retiro de la misma, mediante una negociación que finalmente no se realizó, motivo por el cual el accionante continuó en la compañía ya bajo presiones y represalias, según afirma en el escrito de tutela.

El Presidente de la empresa le manifestó que no podía seguir siendo el Representante de la Dirección por no ser “leal ni fiel” a la compañía y que en adelante sus aumentos salariales serían sólo del 7% por año, para que la retroactividad de sus cesantías compensara la inflación.

Finalmente lo despojaron de su cargo de Gerente de Aseguramiento de la Calidad, dándole el de Gerente de Control de Calidad, cargo que ya había desempeñado en octubre de 1988 y hasta enero de 1992, lo cual le ha producido un desmejoramiento en sus funciones y beneficios. Además, le quitaron las funciones de Representante de la Dirección y hasta el vehículo que se le había asignado para el cumplimiento de sus funciones le fue retirado.

Señaló el solicitante que todo lo dicho ocurrió como represalia por no haberse acogido al régimen de la Ley 50 de 1990, desmejorando sus condiciones laborales. “Como se puede dar cuenta, “Rohm and Haas” ha violado mis derechos, pues después de alcanzar un estado de Gerente, un cargo de dirección y confianza, al interior de la empresa, ahora me tratan como cualquier empleado más por mantenerme de manera libre y espontánea en el régimen anterior a la Ley 50 de 1990”, manifestó en su escrito de tutela.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en fallo del 13 de noviembre de 1998, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del peticionario, ordenando a la empresa accionada cancelar al accionante el equivalente a la diferencia entre el porcentaje reconocido como incremento salarial del 18.23% y el que debió reconocer de 18.5%, en otras palabras, el 0.27%, sobre el salario devengado por el accionante en 1997, con retroactividad al 1 de enero de 1998 y tenerlo en cuenta, en su momento, para efectos de la liquidación de prestaciones sociales.

Manifestó el Tribunal que, en relación con el cambio del cargo de Gerente de Aseguramiento de Calidad a Gerente de Control de Calidad, se encuentra que en memorándum del 29 de

marzo de 1996, dirigido al peticionario, se comunicó a éste que en cumplimiento del sistema de calidad, "...El cargo de Gerente de Aseguramiento de Calidad ha sido renombrado por el de Gerente Control de Calidad; así mismo se mantienen sus funciones..."es decir, que no se produjo alteración sustancial del cargo.

Según el Tribunal, los documentos examinados en torno al segundo punto objeto de las pretensiones del actor, esto es, el relativo a los cambios en cuanto a los cargos por él desempeñados, sólo acreditan las modificaciones en el contrato de trabajo, pero no el cambio de funciones. Finalmente -añade el Fallo-, el relevo del accionante del cargo de representante de gerencia, no constituye **per se** una represalia del empleador.

En la Sentencia se resalta el hecho de que, desde el momento del replanteamiento en materia de cargos hasta que se comunicó al accionante la nueva política en lo referente a automóvil y el retiro del mismo para él, transcurrieron más de dos años, lo que permite concluir que son hechos aislados en el tiempo, que no son concurrentes ni medios de presión coetáneos ejercidos sobre el trabajador, tal como ocurre con la decisión del empleador sobre aplicación de la Ley 50 de 1990, hecho que aconteció en 1994, habiendo mediado un tiempo considerable. No encontró la Sala del Tribunal respaldo alguno para afirmar que el despojo del vehículo fuese un acto de presión.

No ocurre lo mismo con el aumento de salario, que sí lo consideró el Tribunal como un acto de presión, y dedujo que el accionante "...sí recibió un aumento salarial inferior que el de los dos compañeros de trabajo con cargos análogos a aquél (Gerente y Jefe), e idéntico nivel, tal como lo acepta expresamente la accionada a folio 106".

El Tribunal afirma que esta diferencia salarial obedeció a un criterio de selección basado en la escala de incremento salarial a trabajadores de acuerdo al desempeño, no con un criterio discriminatorio, pero no ajustado al incremento anual del salario mínimo legal para 1998. Consideró que era procedente la tutela por violación del derecho a la igualdad, con base en la conclusión prevalente de un diferente salario respecto de los señores Peña y Hurtado, a quienes se les incrementó el salario por encima del porcentaje legal (19.26% y 21.85%).

El Fallo fue impugnado tanto por el interesado como por la sociedad accionada. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante Sentencia del 16 de diciembre de 1998, revocó los numerales 1 y 2 de la sentencia del Tribunal y, en su lugar, denegó la tutela.

Señaló la Corte Suprema que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa a su ámbito; por eso considera que el derecho a la igualdad amparado en el fallo impugnado es de origen laboral, cuya decisión corresponde a los jueces competentes. Reitera que esta acción no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, Decretos, reglamentos o cualquier otra norma de inferior categoría.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones judiciales, con base en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Violación del derecho a la libertad. La discriminación injustificada, factor perturbador del derecho a la igualdad

La Corte estima que, en efecto, los derechos fundamentales del actor a la libertad y a la igualdad han sido violados.

Es necesario, vista la discriminación ostensible de la que ha venido siendo víctima el solicitante desde cuando no accedió a acogerse a la Ley 50 de 1990, que se reivindicquen, por esta vía judicial, los derechos fundamentales objeto de violación, y que se impartan órdenes judiciales perentorias a la Empresa contratante, que ha incurrido en conductas y actitudes contrarias al Ordenamiento Básico del Estado.

En efecto, el solicitante ha sido objeto de inaceptables presiones y represalias por no haber dirigido su opción -conferida por la ley- hacia el régimen prestacional de la Ley 50 de 1990.

Sobre el particular conviene reiterar:

“Inadmisibilidad de las presiones patronales para acoger regímenes legales opcionales. Violación de la libertad individual y consiguiente vulneración de la Constitución y de la ley.

Aunque, por la razón expuesta, ya no tiene lugar el estudio acerca de si ha debido o no concederse la tutela impetrada, la Corte estima necesario, por razones de pedagogía constitucional (artículo 41 C.P.), dejar consignados en esta providencia algunos criterios relativos a la conducta de la empresa demandada.

No cabe duda de que, al tenor de los artículos 4° y 6° de la Constitución, la ley es de obligatorio cumplimiento para todas las personas residentes en Colombia, ni de que las actuaciones contrarias a sus mandatos implican responsabilidad y sanción.

A nadie se oculta tampoco que, en lo no dispuesto directamente por la Constitución, es la ley colombiana la que regula las relaciones jurídicas que surjan entre patronos y trabajadores.

Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.

Ejemplo de la última categoría normativa es precisamente la Ley 50 de 1990 en lo relativo a la retroactividad de las cesantías, que fue precisamente el punto en el cual, en el presente asunto, se quiso obtener de los trabajadores una decisión forzada.

El artículo 98 de la mencionada Ley dispuso:

“Artículo 98.- El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

1°. El régimen tradicional del C.S.T., contenido en el capítulo VII, Título VIII, Parte Primera, y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

2°. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

Parágrafo. Los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral 2° del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge”.

La disposición contenida en el numeral 2° del artículo transcrito es imperativa para quienes celebren contratos de trabajo a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990. No lo es para quienes los tenían celebrados con antelación al momento de su entrada en vigor. Estos pueden acogerse a la nueva normatividad, pero en principio y salvo el caso de que voluntaria y espontáneamente manifiesten su voluntad en contrario, lo relacionado con su auxilio de cesantía sigue gobernado para ellos por el régimen anterior, es decir, el del Código Sustantivo del Trabajo.

Se trata de una previsión del legislador en cuya virtud modifica el sistema que venía rigiendo, pero sin afectar a los trabajadores que ya tenían establecidas sus relaciones contractuales con anterioridad, a menos que ellos mismos resuelvan, por manifestación expresa, acogerse al nuevo régimen.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-569 del 9 de diciembre de 1993, relativa al artículo 6° de la misma Ley que nos ocupa, que consagró para los trabajadores en unas ciertas condiciones la posibilidad de acogerse a uno u otro régimen, manifestó:

“La disposición acusada concede al trabajador que se halla en la hipótesis descrita la posibilidad de optar, en su caso, por el régimen jurídico que le resulte más conveniente. No se lo coloca, entonces, en la circunstancia de renunciar a uno de sus derechos laborales mínimos ni se le impone un cambio legislativo que le sea perjudicial”.

Es claro, entonces, que los trabajadores indicados gozan, en virtud de la misma norma legal, de la facultad de optar entre uno y otro régimen. La normatividad les garantiza esa libertad, que no puede ser coartada por los patronos. Su decisión en determinado sentido no puede convertirse en condición o requisito para acceder a prerrogativa laboral alguna, ni constituir objeto de transacción en el curso de negociaciones colectivas.

Carece de legitimidad la actitud de la empresa que pretenda presionar a los trabajadores, mediante ofertas o bajo amenazas, para que se acojan a un régimen que la ley ha hecho para ellos opcional, pues tales manipulaciones vulneran la libertad individual consagrada en los artículos 16 y 28 de la Carta y desconocen abiertamente la misma ley que ha otorgado a aquéllos la facultad de optar.

También resultan vulnerados en tales casos el artículo 95, numeral 1, de la Constitución, pues implica abuso de los derechos del patrono, y el 53, inciso final, *Ibidem*, a cuyo tenor los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana

ni los derechos de los trabajadores”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-597 del 7 de diciembre de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

También debe repetirse lo dicho por la Sala Plena de la Corporación en lo referente a las discriminaciones en el campo de los aumentos salariales:

“Especial protección estatal merece el trabajo en todas sus modalidades, como lo establece sin rodeos el artículo 25 de la Constitución Política. Ella radica, entre otros aspectos, en la verificación, por vía judicial o administrativa, según las competencias asignadas en la ley, acerca del cumplimiento por parte de los patronos públicos y privados de la normatividad que rige las relaciones laborales y de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores.

La norma superior destaca que el trabajo objeto de esa especial protección exige, como algo esencial, las condiciones dignas y justas en la relación laboral.

(...)

Parte bien importante de la dignidad y justicia en medio de las cuales el Constituyente exige que se establezcan y permanezcan las relaciones laborales consiste en la proporcionalidad entre la remuneración que reciba el trabajador y la cantidad y calidad de su trabajo (artículo 53 C.P.).

Para la Corte es claro que todo trabajador tiene derecho, de nivel constitucional, a que se lo remunere, pues si el pago de sus servicios hace parte del derecho fundamental al trabajo es precisamente en razón de que es la remuneración la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral.

Ahora bien, esa remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesan al patrono.

Eso implica que el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones.

Tampoco es admisible que congele indefinidamente los sueldos, absteniéndose de hacer aumentos periódicos acordes con la evolución de la inflación, menos todavía si al proceder en esa forma aumenta cada cierto tiempo los salarios de algunos empleados y no los de otros.

(...)

El artículo 53 de la Constitución señala perentoriamente principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando dicte las normas integrantes del Estatuto del Trabajo y uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, aspecto éste último que se expresa, como lo ha venido sosteniendo la Corte, en términos de igualdad: “a trabajo igual, salario igual”.

Nótese que las indicadas reglas, que implican garantías irrenunciables a favor de los trabajadores, no dependen de si la ley las consagra o no, ni tampoco del contrato de trabajo, como resulta de la decisión de instancia y de la doctrina en ella citada, sino que proceden de modo directo e imperativo de la Constitución, por lo cual su aplicación es obligatoria y su efectividad puede ser reclamada ante los jueces constitucionales por la vía de la tutela, ya que las vulneraciones que se produzcan al respecto afectan indudablemente los derechos fundamentales y no es idónea la simple utilización de la vía judicial ordinaria para restablecer el equilibrio buscado por la Carta Política.

Debe observarse que la indicada norma constitucional, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad (artículo 13 C.P.), inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas.

Como la Corte lo ha manifestado, no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.

Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una.

Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo.

Ahora bien, las diferencias salariales tampoco pueden surgir de consecuencias negativas o positivas atribuidas a los trabajadores según que hagan o dejen de hacer algo, ajeno a la labor misma, que pueda ser del agrado o disgusto del patrono”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-519 del 15 de octubre de 1997. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

A juicio de la Corte, todos los trabajadores -de alto, mediano o inferior nivel- tienen derecho a la libertad en el curso de sus relaciones laborales, con mayor razón respecto de prestaciones sociales de las que son titulares, como acontece en el presente caso, y también a que se los trate de manera que se realice el principio constitucional (art. 53 C.P.) de proporcionalidad entre el trabajo y la remuneración (“a trabajo igual, salario igual”), al que alude la citada Sentencia.

Se revocará la decisión de segunda instancia y, en su lugar, se concederá la tutela, ordenando que el accionante regrese al estado laboral en que se encontraba antes de las represalias puestas en vigencia por la Empresa por no haberse acogido a la Ley 50 de 1990.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **REVOCASE** la decisión de segunda instancia, para, en su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales invocados, **ORDENANDO** el inmediato cumplimiento del Fallo de primer grado y disponiendo que, en el futuro, al accionante se le siga dando igual trato laboral al que venía recibiendo antes de su decisión de no acogerse a la Ley 50 de 1990.

Segundo.- Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente,
Presidente de la Sala

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-362
mayo 20 de 1999

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Presentación del hecho notorio

MATERNIDAD-Prórroga automática por tres meses más después de la fecha del parto de nombramiento provisional o en periodo de prueba

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reintegro de servidora pública embarazada nombrada en provisionalidad para cargo de carrera

HISTORIA CLINICA-Examen de gravidez hace parte de la intimidad

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno

Referencia: Expediente T-201.576

Acción de tutela presentada por Shirley Puello Rodelo contra la Unidad Municipal Administradora de Salud "Umasa" en el municipio de Turbaco (Bolívar).

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a los veinte (20) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz decide sobre la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, el 18 de diciembre de 1998, en la acción de tutela presentada por Shirley Puello Rodelo contra la Unidad Municipal Administradora de Salud "Umasa", en Turbaco (Bolívar).

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de Tutelas Número Tres de la Corte, mediante auto de fecha 4 de marzo de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I.- ANTECEDENTES.

La actora presentó acción de tutela el día 23 de octubre de 1998, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco. Solicitó que se le concediera la acción de tutela como mecanismo transitorio, para la protección de su derecho fundamental a la estabilidad laboral forzada, al haber sido despedida estando embarazada, en forma injusta y sin el lleno de los requisitos legales. Requiere esta protección para garantizar, con el pago de su salario, el bienestar de su hijo que va a nacer. Los hechos que originaron esta acción, se resumen así :

a) Hechos

La demandante manifiesta que el 20 de abril de 1998 entró a trabajar como recaudadora de urgencias en el “Centro Hospital Turbaco”. Sus sueldos eran pagados directamente por la Unidad Municipal Administradora de Salud “Umasa”.

Manifiesta en su escrito de tutela que la entidad conoció de su embarazo, pues : *“Comuniqué en fecha 26 de mayo de 1998, mi estado de gravidez, que consta en resultado de gravidez en sangre practicado en la UMASA, o sea que tenía la administración pleno conocimiento de mi estado, razones por las cuales el despido es ineficaz.”* (folio 1). Para tal efecto, acompañó un documento que dice : *“gravindex en sangre. Resultado positivo”*. Documento expedido en papelería de Umasa y de fecha 26 de mayo de 1998, que tiene una firma y un sello (folio 6).

Señala que el 17 de septiembre de 1998, la “Umasa” decidió terminar su contrato, seguramente, dice la actora, por causa de su embarazo, pues, sus labores las estaba cumpliendo a cabalidad, y aún subsisten las causas y el objeto del contrato de trabajo. Manifiesta que es una persona de escasos recursos y que, por la forma como fue despedida, sin cancelársele siquiera sus prestaciones y las indemnizaciones correspondientes, está frente a un perjuicio irremediable.

Pide que se le tutele el derecho fundamental a la estabilidad laboral forzada, se declare la nulidad del despido, se ordene el reintegro al cargo que tenía y el pago de los salarios dejados de percibir. Para tal efecto, se apoya en lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con la protección constitucional de la empleada embarazada.

Acompañó, además del examen de embarazo, fotocopia de la orden de prestación de servicios de recaudadora en el centro de salud, de fecha 20 de abril de 1998 (folio 8), y fotocopia de la comunicación del 17 de septiembre de 1998, en la que se le informa que a partir del 20 del mismo mes, finaliza su periodo como facturadora del Centro (folio 7).

En posterior declaración suministrada ante el juzgado, la demandante aclaró que el municipio de Turbaco no debió ser el demandado en esta tutela, sino, únicamente, la “Umasa”, que el haber incluido al municipio fue un error de su abogado (folio 10). Atendiendo esta aclaración, en el expediente sólo se tuvo en cuenta como entidad demandada a la “Umasa” de Turbaco.

b) Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco, una vez admitió esta tutela, obtuvo información del Gerente de la Empresa Social de Salud, E.S.E., antes “Umasa”, que señaló cómo se inició el programa de prestación autónoma municipal de los servicios de salud, y la forma de incorporación del personal en provisionalidad, en calidad de supernumerarios, entre los que se

incluyó a la actora. Manifestó que como consecuencia de la crisis económica del municipio de Turbaco, hubo demoras en el pago de obligaciones laborales, pero que lo adeudado a la demandante, por concepto de prestaciones, ya está en Tesorería, pendiente del retiro por parte de ella. Explicó, también, algunas razones laborales expuestas en un estudio de “Evaluación de la capacitación”, que contiene un concepto adverso en la capacitación de la actora, por lo que no fue incluida dentro de los trabajadores de la entidad (folios 13 y 14). Precisó que la provisionalidad de cargos como el desempeñado por la demandante fue limitada a 4 meses, como máximo, por la ley 443 de 1998, en los artículos 8 y 10, por lo que, en aplicación de estas disposiciones, se procedió al retiro de la demandante como consecuencia de la orden temporal de servicio y la no prorroga de tal provisionalidad (folio 13).

En posterior comunicación, de la Gerente del Hospital le manifestó al juez, manifestó que revisada la hoja de vida de la demandante, no aparece documento alguno en el que se comunique sobre su embarazo. (folio 25).

c) Sentencia de primera instancia

En sentencia del 13 de noviembre de 1998, el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco, Bolívar, denegó la tutela pedida. Estimó el juez que no se cumplen todos los requisitos mínimos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia T-426 de 1998 para hacer procedente la acción de tutela, pues no se demostró que la demandante hubiera puesto en conocimiento del empleador su embarazo. Manifestó que la constancia que adjuntó la actora al expediente, prueba el estado de embarazo, pero no su notificación al empleador. Además, tampoco demostró que exista amenaza del mínimo vital.

d) Sentencia de segunda instancia

Impugnada esta decisión por la actora, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, en sentencia del 18 de diciembre de 1998, confirmó la sentencia del a quo, por razones semejantes. Consideró que si se hubieran cumplido los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la prueba sobre el aviso al empleador sobre el embarazo, la tutela hubiera sido procedente. Sin embargo, a pesar de la improcedencia de la tutela, la demandante cuenta con la vía contencioso administrativa para determinar si la decisión del empleador de desvincularla de la entidad, obedeció a su embarazo. Para tal efecto, recordó el ad quem la sentencia del Consejo de Estado del 3 de noviembre de 1993, en la que se dijo que el nominador no puede, válidamente, desvincular a una embarazada haciendo simple uso de la facultad de libre nombramiento y remoción.

e) Prueba pedida por la Corte Constitucional

El Magistrado ponente en este proceso comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco, Bolívar, para recibir declaración de la actora, destinada a conocer en qué mes de embarazo se encontraba la demandante cuando fue desvinculada de la entidad demandada el 20 de septiembre de 1998 ; cuándo nació el hijo, producto de este embarazo ; y la forma como le comunicó a la entidad sobre su embarazo.

En declaración de fecha 30 de abril de 1999, la actora informó que para el 17 de septiembre de 1998, tenía 6 meses de embarazo. Su hijo nació el 27 de enero de 1999. En relación con la forma como comunicó a la demandada su embarazo dijo : “No lo comuniqué ni

tampoco la oculté”. Adjuntó la historia clínica, las ecografías y el registro civil de nacimiento. (folio 60)

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate. Reiteración de jurisprudencia

En el presente caso, la demandante considera que debe ser reintegrada a su trabajo, y protegido su derecho a la estabilidad laboral forzada, en la forma como lo ha analizado la Corte Constitucional, pues, fue desvinculada de la entidad en donde prestaba sus servicios, estando en embarazo y, en su opinión, en razón del mismo. En su escrito de tutela, manifestó que había comunicado a la entidad sobre su embarazo.

La entidad, por su parte, le manifestó al juez de tutela que revisada la hoja de vida de la actora, no había ningún documento en que se comunicara sobre el embarazo.

En el escrito de tutela, la actora tampoco acompañó prueba de ello, sino que consideró que la entidad estaba enterada, pues, como la prueba de embarazo le había sido practicada por la propia administradora de salud, prueba que salió positiva, la entidad necesariamente debió enterarse por tal medio. Sin embargo, al ser requerida la demandante, en virtud de comisión solicitada por el Magistrado ponente, ella manifestó expresamente que no había comunicado a la entidad sobre su embarazo, aunque tampoco lo ocultó. (folio 60).

Los jueces de instancia denegaron esta tutela en consideración de que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que la protección pueda proceder, deben cumplirse los requisitos expuestos por la Corte en la sentencia T-426 de 1998, que son :

“Pues bien, la comprobación fáctica que efectuará el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: a) que el despido se ocasione durante el periodo amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública. e) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.” (Sentencia T-426 de 1998, M.P., doctor Alejandro Martínez)

Los jueces de instancia analizaron que aún cuando se cumplían casi todos estos elementos, faltaba el del literal b), que dice : *“que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley”*.

Esta jurisprudencia ha sido expuesta en otras sentencias, entre las que se puede mencionar la T-373 de 1998 (M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), T-174 de 1999 (M.P., doctor Alfredo Beltrán Sierra). En todas ellas, incluida la citada T-426, la protección pedida ha sido denegada por falta de comunicación de la trabajadora del estado de embarazo, o por falta de prueba de la relación de causalidad de que la desvinculación haya sido producto del embarazo.

Sin embargo, en el presente caso, los jueces de instancia dejaron de lado un aspecto relevante aquí : *que el empleador debía conocer la existencia del estado de gravidez*.

En el caso bajo estudio, cuando la actora fue desvinculada, el 20 de septiembre de 1998, tenía entre cinco y seis meses de embarazo. En efecto, en la declaración surtida con ocasión de la prueba pedida por el Magistrado ponente, la actora dice que para tal fecha, tenía 6 meses (folio 60). La hija de la demandante nació el 27 de 1999, lo que indicaría que tenía, al menos para el 20 de septiembre de 1998, 5 meses de embarazo. Si bien es cierto que la actora no informó a la entidad sobre su estado, como lo señala expresamente en tal declaración, también es cierto que en una mujer con cinco o seis meses de embarazo, se han producido los suficientes cambios físicos que convierten tal estado en un hecho notorio.

Entonces, partiendo de esta premisa, habrá que examinar la procedencia de esta tutela, atendiendo la jurisprudencia consolidada de esta Corporación, sobre la protección de la maternidad y su relación directa con derechos fundamentales.

Tercera.- Jurisprudencia sobre la protección de los derechos de la trabajadora embarazada a través de la acción de tutela.

La Corte ha señalado, en numerosas decisiones, algunos aspectos esenciales que los jueces de tutela deben tener en cuenta, en cada caso concreto, al examinar las solicitudes de protección de la empleada embarazada.

En la sentencia C-470 de 1997, la Corte señaló que cuando se produce despido de una trabajadora, dentro de los periodos legalmente amparados de maternidad y lactancia, sin autorización previa del funcionario competente, tal despido es ineficaz, pues *“la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber, la búsqueda de la igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (C.P. arts. 5, 13, 42, 43 y 44).”*

También ha señalado que las prestaciones relacionadas con la maternidad de la trabajadora, al estar involucrados los derechos de la mujer, del recién nacido y la protección integral a la maternidad, adquieren una connotación más allá de los derechos meramente económicos e involucran derechos fundamentales. Por ejemplo, en la sentencia T- 568 de 1996, la Corte, al referirse al objeto de la licencia de maternidad, lo hizo en los siguientes términos : *“La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a*

la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.”

Pero ¿qué sucede cuando se trata de una servidora pública, cuyo cargo corresponde a uno de carrera y está siendo desempeñado en provisionalidad por una empleada en estado de embarazo ? ¿Es posible hablar de “estabilidad laboral reforzada” ?

En el caso concreto, la entidad demandada explicó que el cargo de la actora había sido ocupado en provisionalidad. Que según la ley 443 del 11 de junio de 1998, “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, la duración del encargo y el nombramiento en provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva, no podrá exceder de 4 meses (artículo 10 de la ley 443 de 1998). Y que, en consecuencia, la desvinculación de la actora, obedeció al cumplimiento de la ley.

Sin embargo, lo que no tuvo en cuenta la entidad demandada fue que la misma ley consagra, en el artículo 62, en forma expresa, el procedimiento a seguir, cuando la servidora pública está en embarazo. En este artículo se precisan las posibilidades que se presentan y el camino correspondiente. Establece la disposición :

“Artículo 62.- Protección a la maternidad. Cuando un cargo de carrera se encuentre provisto con una empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en periodo de prueba, el término de duración de éstos se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto.

“Cuando una empleada de carrera, en estado de embarazo obtenga calificación de servicios no satisfactoria, la declaración de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

“Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad.”

Cabe señalar que en reciente sentencia de la Corte, C-199 del 7 de abril de 1999, fue objeto de estudio de constitucionalidad el último inciso de esta norma, en cuanto introdujo un tratamiento diferente, y más desventajoso, al caso de la supresión del cargo, cuando éste es ocupado por una empleada de carrera, embarazada, en relación con las otras dos situaciones contempladas en los incisos primero y segundo (nombramiento en provisionalidad y empleada de carrera con calificación no satisfactoria).

La Corte al declarar la constitucionalidad de la parte demandada del inciso tercero, sobre el monto de la indemnización, condicionó tal constitucionalidad así :

“Declarar la EXEQUIBILIDAD de la parte demandada del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 bajo el entendido de que la expresión “la indemnización a que tendría derecho”, a la que se refiere la primera parte del tercer inciso del mencionado artículo, incorpora

(1) la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto y, (2) el pago mensual, a la correspondiente entidad promotora de salud, de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto.” (sentencia C-199/99, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

Existe y existía, pues, para la época cuando se produjo la desvinculación de la actora, una norma legal que protege la maternidad de una empleada que, como la demandante, se encontraba desempeñando un cargo en provisionalidad y que estaba embarazada.

En consecuencia, habrá que distinguir sobre lo que es objeto de protección por tutela y lo que es competencia de la jurisdicción ordinaria. A ésta última corresponderán los asuntos meramente laborales, que involucren derechos patrimoniales (declaración de la nulidad de la desvinculación ; reintegro al cargo ; salarios dejados de pagar, razones de la desvinculación) como lo advirtieron los jueces de instancia, y al juez de tutela le corresponde la protección de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos vinculados directamente con el amparo a la maternidad y los derechos del menor, que en este caso ya nació, pero que no cuenta con la protección a la que tiene derecho (por ejemplo, atención en salud), en razón de que la entidad no procedió con la actora de la manera como lo ha dispuesto la ley (artículo 62 de la ley 443 de 1998).

Podría sostenerse que el amparo establecido en el citado artículo 62 es de naturaleza legal y no constitucional, y que, en consecuencia, no es asunto que se pueda proteger en acción de tutela. Sin embargo, este planteamiento no es acertado, pues, realmente, lo que hizo la ley fue consagrar un principio que ya estaba definido en la Constitución, y que había sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que, aún en los casos de la carrera administrativa, asunto también de rango constitucional, no es posible desproteger a la servidora pública embarazada. Entonces, el hecho de que ahora sea la ley la que consagre este amparo, no modifica en nada el carácter de derecho fundamental que tiene.

Para el caso concreto, la Sala considera que es posible conceder la tutela en este estado de revisión, circunscrita así : la demandante tiene derecho a la compensación económica establecida en el primer inciso del artículo 62, es decir, que aunque no se ordena el reintegro de la demandante al cargo que ocupaba, por corresponder tal decisión a la justicia laboral, como se ha explicado, la Corte, por medio de esta decisión encaminada en la defensa integral de la maternidad, y, especialmente, los derechos del menor involucrado en el presente caso, ordenará a la entidad demandada pagarle a la demandante, haciendo la equivalencia a la licencia de maternidad, por el periodo del que trata el inciso 1o. del artículo 62 : la prórroga del nombramiento en provisionalidad y “tres meses más después del parto.”, así como la atención en salud que le corresponda al recién nacido. Lo que le reportará a la madre la tranquilidad necesaria para el cuidado del menor, cuidados que sólo se pueden ofrecer en los primeros meses de vida, que resultan irrecuperables, y que no permiten la espera de la decisión judicial. Esta circunstancia hace que la protección que se otorgue sea de inmediato cumplimiento a través de la tutela, lo que es sustancialmente diferente a los salarios dejados de percibir antes del parto, que tienen otra vía de defensa judicial.

En el presente caso, sólo resta mencionar un asunto : la pretensión inicial de la demandante de que la entidad conocía de su estado de embarazo, por haberse realizado el examen corres-

pondiente, en las instalaciones de la entidad demandada. Al respecto, se hacen las siguientes consideraciones.

Cuarta.- La reserva de la historia clínica y el derecho a la intimidad.

En efecto, la demandante consideró inicialmente que había comunicado al empleador su embarazo por el hecho de haberse practicado el examen correspondiente en las dependencias de la administradora de salud demandada (Umasa), en donde prestaba sus servicios. En efecto, la actora, en su escrito de tutela, dijo : *“Comuniqué en fecha 26 de mayo de 1998, mi estado de gravidez, que consta en resultado de gravidez en sangre practicado en la UMASA, o sea que tenía la administración pleno conocimiento de mi estado, razones por las cuales el despido es ineficaz.”* (folio 1).

Al respecto, en primer lugar, hay que decir claramente lo siguiente : el hecho de que el examen de embarazo haya sido practicado a la interesada en las dependencias de la entidad, no constituye prueba de que la empleadora conociera del embarazo.

Por el contrario, el resultado del examen de gravidez no podía haber sido utilizado por quien lo practicó, o por las personas encargadas del manejo de los mismos, para asuntos distintos a entregárselo únicamente a la interesada, pues este examen hace parte de la historia clínica. Es decir, no podía utilizarse la información que allí constaba para hacerla conocer de otras personas. Es más, si la empleadora hubiera sabido del embarazo de la actora por información de quien realizó el examen, habría obtenido tal conocimiento a través de la violación de la ley. La Constitución protege el derecho fundamental a la intimidad, artículo 15 de la Constitución, y, en la ley 23 de 1981, *“Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”*, se establece, en el artículo 34, que la historia clínica es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros, previa autorización del paciente, o en los casos previstos en la ley.

Es asunto distinto el hecho de que, en este caso, el embarazo de la demandante era notorio y debió ser protegido por los jueces de instancia, la desvinculación que se hizo, en violación de la ley que protegía la situación de la actora.

En conclusión, se revocarán las decisiones y se otorgará la protección solicitada, en la forma como se expuso en el numeral anterior. Es decir, circunscribiendo la orden, exclusivamente, a que la entidad demandada cancele a la demandante el valor correspondiente a la licencia de maternidad a que ella tiene derecho y, además, se dé aplicación al artículo 62 de la ley 443 de 1998, en cuanto dispone que en caso de embarazo, el nombramiento provisional o en periodo de prueba *“se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto”*. Los asuntos meramente laborales, en los que están involucrados asuntos patrimoniales (reintegro al cargo ; salarios ; etc.), no serán objeto de decisión por parte del juez de tutela.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, de fecha diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), en la acción de tutela presentada por Shirly Puello Rodelo contra la Unidad Municipal Administradora de Salud "Umasa", de Turbaco, Bolívar. En consecuencia, se concede la tutela solicitada, únicamente en lo relativo a la protección de los derechos a la maternidad de la actora y los derechos del menor, al cuidado de la madre.

Segundo: Para el cumplimiento de la tutela que se concede, si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la entidad demandada iniciará los trámites para cancelar a la demandante el valor correspondiente a la licencia de maternidad a que tiene derecho la trabajadora mencionada y, además, se dará aplicación al artículo 62 de la ley 443 de 1998, en cuanto dispone que en caso de embarazo, el nombramiento provisional o en periodo de prueba, "*se prorrogará automáticamente por tres meses más después de la fecha del parto*", por las razones explicadas en la parte motiva de esta sentencia. Además, la misma entidad demandada prestará la atención en salud, a que tiene derecho el menor.

A los asuntos que son de naturaleza laboral, que involucra derechos patrimoniales, no se extiende el amparo de esta sentencia.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, no firma la presente providencia por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación.

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-363
mayo 20 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Normatividad legal aplicable
para reconocimiento de pensión

**PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA
EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-**
Reconocimiento de pensión

Referencia: Expediente T-211943

Peticionaria: Cecilia Vergel Cabrales.

Procedencia : Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Bogotá, en sesión del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Cuatro, ordenó la selección del mencionado expediente, por auto del 30 de abril de 1999.

1. Antecedentes

A. La demanda

La señora Cecilia Vergel Cabrales, presentó demanda en contra del Banco Popular S.A., con el fin de que se le tutele el derecho a la igualdad, con fundamento en los siguientes :

B. Hechos

1. La demandante fue empleada del Banco Popular S.A. durante el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 1969 y el 30 de diciembre de 1991.

2. En el mes de diciembre de 1991, después de haber laborado 22 años para el Banco Popular, la actora renunció a dicha entidad, con el propósito de esperar la edad de 50 años para que la mencionada institución le reconociera el pago de su pensión de jubilación.

3. Mediante comunicación de octubre 22 de 1998, dirigida al Director Regional de Personal del Banco Popular S.A., la demandante inició los trámites necesarios para el reconocimiento de su pensión de jubilación, anexando para el efecto los documentos exigidos por el Banco.

4. Mediante comunicación No. 921-40619-98 del 1 de diciembre de 1998, el banco negó la solicitud de pensión de jubilación presentada por la demandante, “por supuestas razones de orden legal” y, en la cual se le manifiesta que “tiene que esperar hasta cumplir la edad de cincuenta y cinco años para solicitar al Seguro Social el pago de su pensión de vejez”.

5. Posteriormente y cuando se disponía a iniciar las acciones legales correspondientes, se enteró que mediante Resolución No. 044 del 5 de enero de 1996, el Banco Popular reconoció el pago de la pensión de jubilación al señor Edgardo Nicolás Jiménez Coronado, quien se encontraba en idénticas circunstancias a las suyas, como quiera, que el señor Jiménez Coronado ingresó a laborar a la entidad demandada el 1 de octubre de 1966 y su retiro se produjo el 31 de octubre de 1987.

6. En la resolución que reconoció la pensión de jubilación al señor Edgardo Jiménez se estableció que él acreditó más de 20 años de servicio al Banco Popular y una edad de 55 años.

7. Al momento de la desvinculación de la demandante del Banco Popular (1991) la legislación vigente, agrega la actora, establecía “que se reconocería la pensión de jubilación a aquellas personas que habiendo laborado veinte años en una institución cumplieran cincuenta (50) años de edad si era mujer y cincuenta y cinco (55) años de edad en caso de ser hombre”.

8. Señala que posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se aumentó el requisito de edad en 55 años para la mujer y 60 para el hombre, “pero estableciendo un régimen de transición con el propósito de respetar derechos adquiridos y condiciones específicas a trabajadores de todos los sectores de acuerdo con los sistemas pensionales que los venían rigiendo”.

9. Añade que la vulneración del derecho a la igualdad de que es víctima, consiste en que ante dos situaciones idénticas el Banco Popular S.A., está dando un trato desigual y discriminatorio, por cuanto, mientras al señor Jiménez Coronado se le reconoció su derecho a pensión de acuerdo con el régimen de transición, a ella (la actora) se le niega el mismo derecho y, se la obliga a acudir a la jurisdicción laboral.

B. Réplica

El Banco Popular, procedió a dar respuesta acerca de los hechos y peticiones contenidos en la demanda de tutela, en los siguientes términos :

Que en efecto la demandante laboró para el Banco Popular durante 22 años, hasta el 30 de diciembre de 1991, fecha a partir de la cual las partes dieron por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, habiéndosele cancelado por parte del banco una suma de dinero a título de bonificación.

Agrega la entidad demandada, que al momento del retiro de la señora Cecilia Vergel, en ningún momento manifestó que lo hacía con el ánimo de esperar la edad de 50 años para solicitar al banco la pensión de jubilación y, por su parte dicha entidad aceptó la renuncia sin informar nada al respecto.

Aduce la entidad demandada que no está obligado a reconocerle pensión alguna a la actora, toda vez que su derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la privatización del Banco Popular, hecho que ocurrió el 21 de noviembre de 1996, por cuanto, si bien al momento del retiro la accionante contaba con más de 20 años de servicios, aún no había cumplido la edad, lo que significa que siendo dos los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión que reclama, la demandante solo tenía una expectativa de derecho. Agrega además la entidad demandada, que el Instituto de Seguros Sociales “había subrogado a los empleadores en la pensión de jubilación, al asumir el riesgo de vejez, por lo cual, habiéndose efectuado las cotizaciones pertinentes, correspondería a esa entidad de previsión social reconocer la prestación a que tenía derecho”.

Por otra parte, manifiesta que es cierto que el Banco Popular reconoció la pensión de jubilación al señor Edgardo Jiménez Coronado, quien cumplió los 55 años de edad, cuando todavía el Banco Popular era una sociedad de economía mixta, situación que no puede calificarse como un trato preferencial y discriminatorio que viole el derecho a la igualdad, pues basta comparar las fechas de nacimiento de la actora con el señor Jiménez Coronado, para corroborar que éste último consolidó su derecho pensional cuando la entidad demandada era una entidad de carácter oficial, en tanto que la demandante únicamente tenía una expectativa de derecho puesto que no había cumplido el requisito de la edad para acceder a la pensión.

Adicionalmente, añade que teniendo en cuenta que a partir del 21 de noviembre de 1996 el Banco Popular fue privatizado, se dejaron de aplicar en él las disposiciones propias del sector oficial, para entrar a regirse en materia laboral por las normas del Código Sustantivo de Trabajo, no obstante lo cual, la actora puede acudir al Instituto de Seguros Sociales, a fin de que le sea reconocida la pensión que reclama, una vez cumpla con los requisitos exigidos por el ISS, entidad a la cual cotizó durante su relación laboral con el Banco Popular.

C. Sentencia de primera instancia

El fallador a quo, luego de hacer un breve recuento de lo narrado en la demanda y, de los descargos esgrimidos por la entidad demandada, manifiesta que la señora Cecilia Vergel Cabrales y el señor Edgardo Jiménez Coronado tienen en común el hecho que durante su relación laboral con el Banco Popular cotizaron para el Instituto de Seguros Sociales durante más de 20 años y, se encontraban desvinculados de dicha entidad al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Añade, que el señor Jiménez Coronado cumplió los 55 años de edad cuando todavía el Banco Popular era una sociedad de economía mixta, lo que no sucede con la demandante, quien cumplió 50 años de edad con posterioridad a la privatización del banco, razón por la cual no se puede predicar que se trata de casos idénticos y por consiguiente no se encuentran en el mismo plano de igualdad. Por lo tanto, se trata de situaciones distintas que tienen consecuencias diferentes.

Por otra parte, indica que no le es dable al Juez de tutela determinar cual es la entidad encargada de pensionar a la demandante, ya que esto es del resorte de la jurisdicción ordinaria y a ella debe acudir.

D. Impugnación

Inconforme con la decisión la demandante actuando a través de apoderado impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que la igualdad se rompe, según lo ha señalado la Corte Constitucional, cuando sin motivo válido, se otorgan preferencias o se establecen discriminaciones entre las personas si estas se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico.

Señala que para establecer si se está en presencia de una discriminación, esta Corporación ha indicado que el juez de tutela debe aplicar el Test de igualdad en cada caso concreto, el cual no fue tenido en cuenta por el fallador a quo al momento de proferir el fallo.

Añade que la tutela es el único medio de defensa judicial con el que cuenta la actora, para obtener el restablecimiento del derecho fundamental a la igualdad, vulnerado con la abierta discriminación por parte del Banco Popular. Además, añade que la justicia laboral, si bien se pronunciaría respecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, no así en tratándose del reconocimiento del derecho consagrado en el artículo 13 superior.

Por eso, manifiesta “en el presente trámite se solicita el amparo de la igualdad lesionada a la accionante, distinto del reconocimiento de la pensión de jubilación para lo cual, en principio, no está instituida la acción de tutela...”.

E. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito, comienza indicando que el inciso tercero del artículo 86 de la CP, es claro en resaltar que dicha acción constitucional solo procede cuando el interesado carezca de otro medio de defensa judicial, en virtud de la cual pueda obtener el amparo de los derechos que estima conculcados. Con esto, añade, la reviste de una naturaleza eminentemente subsidiaria más no alternativa, “requisito que ha de aplicarse con rigurosidad a fin de no invadir competencias ajenas, con la única excepción del perjuicio irremediable”.

Entrando al estudio del caso concreto, manifiesta que en primer término se debe determinar la identidad de las circunstancias existentes entre la accionante y el señor Jiménez Coronado, concluyendo, una vez realizado un breve análisis de las dos situaciones, que no se puede predicar una total identidad, por cuanto si bien los dos laboraron para la referida entidad bancaria por más de 20 años, la accionante cumplió los 50 años de edad cuando la entidad bancaria ya se había privatizado, en tanto que el señor Jiménez Coronado llegó a sus 55 años de edad cuando el Banco Popular era una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, razón por la cual se le reconoció la pensión de jubilación.

De manera pues, que se trata de situaciones desiguales que llevan a conclusiones distintas, teniendo en cuenta los argumentos de orden legal aducidos por la entidad demandada y, que se resumen en la interpretación que realizó el Banco Popular de la Ley 100 de 1993, del régimen de transición previsto por esta disposición y, por la sentencia C-596 del 20 de noviem-

bre de 1996 proferida por esta Corte, interpretación que no comparte el apoderado de la demandante.

Pero, a su juicio, entrar a decidir quien tiene la razón, es decir cuál es la normatividad aplicable al caso en cuestión, es labor que corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral más no al juez de tutela. Por ello, entrar a decidir sobre el asunto sub examine representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador, así como también en la independencia y desconcentración que caracterizan la administración de justicia y, en ese orden de ideas, se quebrantarían abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso “al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la Ley en cuanto a las formas propias de cada juicio”, razones que son suficientes para confirmar el fallo impugnado.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

El caso que se revisa.

En esta oportunidad le corresponde a la Corte Constitucional revisar los fallos proferidos por los Juzgados Décimo Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, los cuales denegaron la acción de tutela impetrada por Cecilia Vergel Cabrales contra el Banco Popular S.A.

La controversia que plantea la demandante y, para la cual solicita la intervención del Juez Constitucional, se puede sintetizar en los siguientes términos :

La señora Cecilia Vergel Cabrales, laboró para el Banco Popular durante el lapso comprendido del 16 de septiembre de 1969 al 30 de diciembre de 1991, es decir 22 años, al término del cual se produjo su retiro de la institución por mutuo acuerdo entre las partes, habiendo obtenido una bonificación por parte de la entidad bancaria.

En el año de 1998, más exactamente el 22 de octubre, la demandante presentó una solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al Banco Popular, argumentando que se encontraba próxima a cumplir los 50 años de edad (28 de diciembre de 1998) y, que ya tenía acreditado el requisito de tiempo (22 años), al servicio de esa entidad.

El Banco Popular, no accedió a la solicitud presentada por la actora, manifestando que dicha entidad no estaba obligada a reconocerle ninguna pensión, como quiera que su derecho no se había consolidado con anterioridad a la privatización del banco, hecho ocurrido el 21 de noviembre de 1996, toda vez, que si bien al momento del retiro la demandante contaba con más de 20 años de servicio, aún no había cumplido la edad y, como quiera que los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión son dos, la demandante tenía simplemente una expectativa de derecho, agregando, que el reconocimiento de dicha pensión corresponde al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la cual se hicieron las cotizaciones correspondientes.

Ante la negativa de la entidad a su solicitud, la demandante acude a la acción constitucional invocando la violación del artículo 13 Superior, por cuanto considera que no son válidas las razones esgrimidas por la entidad demandada, toda vez, que la pensión que ella ahora reclama le ha sido reconocida a otras personas que se encuentran en igualdad de circunstancias, concretamente el caso del señor Edgardo Jiménez Coronado.

La materia a examinar

Visto lo anterior, tenemos pues, que la inconformidad de la peticionaria radica en el hecho de no haber recibido un tratamiento igual frente a otras personas, que a su juicio se encuentran en “idénticas condiciones”.

Por tanto, comenzará la Corte por analizar en primer término la identidad de circunstancias existentes entre la señora Cecilia Vergel Cabrales y el señor Edgardo Jiménez Coronado.

Efectivamente, como se desprende de las pruebas que obran en el expediente, tanto la accionante como el señor Jiménez Coronado trabajaron para la entidad demandada por más de 20 años; los dos renunciaron a sus cargos cuando no habían cumplido la edad requerida para tener derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación; cotizaron durante toda su vinculación laboral al Instituto de Seguros Sociales; se encontraban desvinculados de la entidad (Banco Popular) al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; y, los dos solicitaron el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

Hasta aquí pareciera que estamos en realidad frente a situaciones idénticas; sin embargo, analizadas las situaciones con detenimiento, observamos que en los dos casos nos encontramos ante diferentes situaciones de hecho, por cuanto el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, negado a la actora y concedido al señor Edgardo Jiménez, se fundamenta en una cuestión de especial importancia, como es la naturaleza jurídica que ostentaba el Banco Popular al momento de entrar a resolver las solicitudes.

En los descargos presentados por la entidad demandada se aduce que la actora no “consolidó” su derecho pensional con anterioridad a la privatización del Banco Popular, razón por la cual, a juicio de la entidad demandada, esta prestación corresponde asumirla al Instituto de Seguros Sociales una vez acredite los requisitos exigidos a la luz de la normatividad vigente. En cambio, como también argumentan en sus descargos, el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Jiménez Coronado, obedeció a que éste cumplió los 55 años de edad “cuando todavía el Banco Popular era una sociedad de economía mixta, asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que había nacido el treinta (30) de julio de 1940 y el Banco fue privatizado el 21 de Noviembre de 1996”.

Así mismo, en la Resolución No. 0044 del 15 de enero de 1996, por medio de la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor Edgardo Nicolás Jiménez Coronado, se señaló en la parte considerativa lo siguiente : “Que el peticionario ha estado afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, al que le ha cubierto junto con el Banco Popular las cotizaciones reglamentarias respectivas, de tal manera que cualquier reconocimiento de carácter económico que se origine en dicho Instituto a su favor por razón del seguro de invalidez, vejez o muerte, según el caso, deberá ser reintegrado al Banco Popular o descontado por este, pues el Banco en su calidad de entidad descentralizada del orden nacional cubre en principio la totalidad de

la pensión que se origine en dichos conceptos o sus equivalentes conforme a las leyes vigentes sobre la materia...”. (Negritas fuera de texto).

De manera pues, que no se puede predicar, como lo manifiesta el apoderado de la demandante, que se trata de situaciones idénticas, porque como se vio, mientras la actora cumplió los 50 años de edad el 28 de diciembre de 1998, fecha en la cual el Banco Popular ya había cambiado su naturaleza jurídica (21 de noviembre de 1996), el señor Jiménez Coronado cumplió 55 años de edad cuando la entidad bancaria era una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, razón aludida por el Banco Popular para reconocer la pensión de jubilación.

Entonces, tenemos que esta situación desigual llevó a decisiones desiguales fundadas en argumentos de orden legal invocadas por la entidad demandada.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación, en el caso sub lite nos encontramos ante un problema jurídico de orden legal, cual es el de definir las disposiciones legales aplicables al caso concreto de la señora Cecilia Vergel Cabrales, toda vez, que mientras el Banco Popular sostiene que las personas que por edad o tiempo de servicios, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son beneficiarios del régimen de transición, deben ser pensionados por vejez por el Instituto de Seguros Sociales, por el hecho de haber sido esa la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados durante su relación laboral con la entidad demandada, en tanto, que el apoderado de la actora considera que la normatividad aplicable a su representada es la Ley 33 de 1985 y, por lo tanto, su pensión debe ser reconocida por el Banco Popular.

Significa lo anterior, que la supuesta vulneración del derecho a la igualdad invocado en la demanda, que como se vio, no se presentó por tratarse de situaciones de hecho distintas, no es otra cosa, que la pretensión de que se reconozca la pensión de jubilación de la actora, a través de la acción constitucional impetrada, situación que no puede ser admitida por esta Corporación, por cuanto entrar a decidir cuál es la normatividad aplicable al caso concreto de la señora Cecilia Vergel Cabrales y, en consecuencia reconocer o denegar la pensión de jubilación que se pretende, es labor que el legislador ha establecido para la jurisdicción ordinaria laboral.

Ya esta Corporación, en reiteradas providencias ha señalado que la acción de tutela tiene como finalidad la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados por autoridades públicas o, por particulares en los supuestos expresamente señalados en la ley. Se trata pues, de una acción específica, directa, autónoma y suMaría, que en ningún momento puede entrar a suplir los procesos judiciales establecidos en la ley.

De allí, que en el caso *sub examine*, no pueda entrar la Corte Constitucional a definir la disparidad de criterios entre las partes, respecto de cuál es la norma aplicable, que es básicamente el sustento de la alegada desigualdad, como quiera que, como se dijo anteriormente, esa labor le corresponde al juez laboral, que es el juez natural para la resolución de ese tipo de conflictos, por cuanto le corresponde entrar a estudiar el fondo del asunto que se debate, realizando una interpretación de las normas aplicables al caso concreto, teniendo en cuenta eso sí, la condición más beneficiosa para el trabajador, de conformidad con el principio de favorabilidad que consagran las disposiciones laborales.

En ese orden de ideas, es pertinente citar la sentencia C-168 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se señaló: “De otra parte, considera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’

para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos : ‘situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho’, precepto que debe incluirse en el Estatuto del Trabajo que expida el Congreso.

“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

“(…) se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del ‘in dubio pro operario’, según el cual toda duda ha de resolverse a favor del trabajador; porque en este caso tan solo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador.

(…)

“Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador”.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional confirmará los fallos de instancia.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, el 8 de marzo de 1999, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Cecilia Vergel Cabrales contra el Banco Popular S.A.

Segundo: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el Magistrado doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-364
mayo 20 de 1999

ESPACIO PUBLICO-Ampliación del concepto

ESPACIO PUBLICO-Efectos de los actos de perturbación/**ESPACIO PUBLICO**
-Repercusiones por ocupación

LIBERTAD DE LOCOMOCION-Impedimento para transitar en espacios accesibles
a miembros de la comunidad

ESPACIO PUBLICO-Reglas para la preservación deben ser razonables

Las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

ESPACIO PUBLICO-Legitimidad de las conductas tendientes a la protección

La Corte Constitucional ha advertido la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. La función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención, entre los que tienen a su cargo las autoridades.

ESPACIO PUBLICO-Actuaciones de la policía administrativa

ESPACIO PUBLICO-Solución de problemas sociales por las autoridades
debido a la ocupación

ESPACIO PUBLICO-Fenómeno social que conlleva la economía informal

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Conciliación del interés general con los
derechos de las personas que ejercen el comercio informal

DERECHO AL TRABAJO-Ejercicio del comercio informal**PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Alcance**

El principio de la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa “ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general”

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Presupuestos

El principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”.

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Pruebas de la buena fe de vendedores ambulantes

ESPACIO PUBLICO-Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes

ESPACIO PUBLICO-Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes

DISCAPACITADOS-Protección constitucional especial**DISCAPACITADOS-Integración laboral**

DESEMPLEO-Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones

Referencia: Expediente T-199799 y acumulados.

Solicitante: Maritza Madera y otros.

T-364/99

Procedencia: Juzgado 1° Laboral de Montería y otros

Temas:

Espacio público

Confianza legítima

Comercio informal

Protección a los minusválidos

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de las acciones de tutela instauradas en Montería (T- 199799 y 199800), Cali (T- 199879) y Santa Fe de Bogotá (T- 200448) por unos vendedores ambulantes y contra las respectivas administraciones locales.

ANTECEDENTES

Por decisión de diferentes Salas de Selección, se ordenó la acumulación de tres expedientes de tutela al clasificado con el número T-199799, teniendo en cuenta que todos los cuatro contienen solicitudes instauradas por personas naturales que han ejercido o ejercen el comercio informal en sitios catalogados como espacio público en Montería, Cali y Santa Fe de Bogotá.

1. Expediente 199799 (solicitante Maritza Madera Torres)

Se trata de una vendedora de libros en el parque municipal Laureano Gómez de Montería y solicita que el alcalde de esa ciudad no ordene el desalojo de su sitio de trabajo o la reubique en otro lugar.

La misma peticionaria reconoce que nunca le han querido dar el permiso para ocupar ese espacio público, agrega que la mayoría de los vendedores ambulantes tienen permiso pero que “hay dos solamente que no tienen permiso que soy yo y otro”. Ninguna prueba adjuntó para demostrar la confianza legítima en la ocupación del mencionado espacio público.

El Secretario de Gobierno Municipal informó al juez de tutela que ya se hizo un desalojo colectivo de los vendedores que estaban en el parque Laureano Gómez con base en una Resolución de la Alcaldía Municipal porque esos vendedores ocupaban el espacio público del parque sin ningún permiso.

Un testigo Fabio Taboada Moreno dice que jamás la alcaldía les ha dado permiso; por el contrario otro testigo, Roberto Carreño Ramos, dice que se les ha dado un permiso provisional sin señalar nombres, ni presentar documentación alguna.

Con base en la última declaración mencionada y aceptando los hechos y la pretensión de la solicitud de tutela, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, el 11 de diciembre de 1998, concedió la tutela, por violación al derecho al trabajo y le ordenó al Alcalde Municipal de Montería “que permita que la accionante mantenga su puesto de venta en el parque Laureano Gómez hasta que en el cumplimiento de la obligación de recuperar el espacio público, tome las medidas adecuadas para reubicar a la señora Maritza Madera Torres”.

2. Expediente T- 199800 (solicitante María Ramos Escorcía)

Se trata de otra vendedora de libros en el citado parque Laureano Gómez en la ciudad de Montería y también pide que no se la desaloje de dicho sitio o que se la reubique en un lugar que ofrezca las mismas garantías.

A diferencia de la anterior, la peticionaria presenta la siguiente prueba documental: pagos a la Tesorería municipal por concepto de contribución por tener la venta estacionaria, carnet de la Secretaría de Gobierno que la acredita como vendedora de revistas y libros, comunicación del Secretario de Gobierno y de la “Primera dama del municipio” en donde le recomiendan mantener aseado el lugar del parque donde labora. Además hay declaración del señor Emiro Hernández, quien dice que la señora María Ramos ha tenido permiso para estar vendiendo libros en el parque. Por el contrario, el señor Fabio Taboada dice que no ha habido permiso.

El 11 de diciembre de 1998, el Juzgado Primero Laboral de Montería, concedió la tutela y al igual que en el caso anteriormente reseñado, le ordenó al Alcalde que mantuviera a la peticionaria en el puesto que actualmente ocupa mientras se toman las medidas adecuadas para la reubicación.

3. Expediente T- 199879 (solicitante Ilder Lucumí Banguero)

Es un vendedor de comestibles que atiende en un carro metálico y a quien el 4 de noviembre de 1998 la policía le retuvo su carro de venta de comestibles por estar ocupando un espacio público en la carrera 44 con calle 14, frente al Idema, en la Ciudad de Cali, sin tener permiso ni autorización alguna, ni mucho menos licencia para laborar como vendedor ambulante.

No era la primera vez que se le decomisaba el carro y se lo consideró infractor del Código Nacional de Policía. Inclusive el 26 de noviembre de 1998 se le impuso por la Secretaría de Gobierno una multa de \$40.000,00 y se ordenó devolverle lo decomisado.

No hay ninguna prueba que indique estar cobijado bajo la figura de la confianza legítima. Solamente existe la manifestación del peticionario en el sentido de que esta forma de trabajo sirve de sustento para su familia.

El 18 de diciembre de 1998, el Juzgado 4° Laboral de Cali negó la tutela que se había interpuesto contra la Alcaldía Municipal de Cali.

4. Expediente T- 200448 (solicitantes Héctor Arias y Marlén Arias)

Instauran la tutela contra el Alcalde Local de Puente Aranda (Santa Fe de Bogotá) para que los ubique “en forma adecuada” como vendedores ambulantes que son.

Respecto al caso de estos dos peticionarios, el Instituto Nacional Para Ciegos informa que se trata de dos personas con limitaciones visuales, usuarios del INCI y que también son personas de la tercera edad, luego requieren la especial protección del Estado.

De la prueba recaudada se colige que durante diez años, a partir de 1987, tuvieron una venta de comestibles en una caseta ubicada en el parqueadero del hospital Trinidad Galán y en los últimos meses (antes de presentar la tutela) estuvieron en la parte externa de dicho hospital, es decir en sitio catalogado como espacio público. Afirman que el anterior Alcalde local les permitió ocupar ese espacio, presentaron como prueba que respaldara esta última afirmación, el acta de una visita que el INCI hizo al Alcalde Efraín García y en la cual expresamente se indica que argumentó “el alcalde que no podría dar permiso” a los Arias, “ya que el espacio público no se podía ocupar máxime si ofrecíamos oportunidades a la población limitada visual cuando era prohibido”, de todas maneras, a renglón seguido, el mismo alcalde agrega que “no impediría la ubicación, pero si le llegasen quejas ordenaría el levantamiento”.

Los nuevos funcionarios de la Alcaldía Local de Puente Aranda, diferentes al anterior Alcalde señor García, informaron al juez de tutela que el Personero Local puso en conocimiento de la Alcaldía la invasión del espacio público por parte de las dos personas antes indicadas y que por ese motivo se inició una querrela y se profirió una Resolución que ordenó al restitución, puesto que la caseta de los Arias ocupaba espacio público en la carrera 60 frente al #4-15 de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, como juez de instancia en la tutela, el 26 de noviembre de 1998, denegó la acción.

Impugnada la decisión, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá confirmó la sentencia del a quo, mediante providencia de 22 de enero de 1999. No obstante, la decisión tuvo un salvamento de voto del magistrado Reinaldo Cote Ruiz quien consideró que lo expresado en el acta levantada por el INCI era prueba suficiente para demostrar la existencia de la confianza legítima.

Estos cuatro casos son los que las Salas de Selección han ordenado que se fallen de manera acumulada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991, por la escogencia de los casos antes indicados y por la acumulación ordenada.

B. Fundamentos Jurídicos

1. Del concepto de espacio público y su protección constitucional.

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentra a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común e indiscriminado de tales espacios colectivos.

El tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previamente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por espacio público, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”¹

Esta definición, amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil² (Artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva.³ En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que pertenecen al espacio público, es su afectación al interés general⁴ y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes “privados” del Estado)⁵

Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también –atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos–, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.⁶

¹ Ley 9 de 1989. Artículo 5º.

² Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 1997. Antonio Barrera Carbonell.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff)

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-508 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes⁷, puede llegar a vulnerar no sólo derechos constitucionales individuales de los peatones, y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. En efecto, algunos estudios y estadísticas sugieren que los actos de perturbación que ocurren en un sitio público, posiblemente afectan a miles de personas por hora⁸. Los ciudadanos, entonces, a mayor desorden en las áreas comunes, tienen la tendencia de disminuir su acceso a ellas, generando en consecuencia un detrimento de esas mismas localidades y una disminución en su utilización por parte de la sociedad en general. Esas situaciones como consecuencia, crean la necesidad de cerrar establecimientos de comercio y de trasladar y cambiar los lugares de trabajo de muchas personas, en razón de la complejidad que adquieren tales zonas, el difícil acceso a ellas, al parqueo, e incluso el favorecimiento de actividades ilícitas.

Adicionalmente, las repercusiones pueden ser no sólo colectivas, sino también privadas, y acarrear la vulneración del derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el artículo 24 de la Carta⁹, en cuanto se impide a las personas transitar en espacios que, por su carácter público, deben ser accesibles para todos los miembros de la comunidad en igualdad de condiciones. También se puede infringir “el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.”¹⁰ Una situación de perturbación prolongada del espacio público, especialmente cuando es debida a factores estructurales de la sociedad, desborda el control de las autoridades, y también podría calificarse como un signo de erosión en el cumplimiento de los deberes de la Administración y del Estado. Es por ello, tal y como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades:

“...una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del simple tránsito por ella, pues semejante conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además de que constituye una apropiación contra derecho del espacio público, esto es, un verdadero abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre. No pueden tampoco ocuparse los andenes -que son parte de la vía pública- ni las áreas de circulación peatonal, espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 y T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Corte Constitucional. T-778 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales.”¹¹

Hay que tener claro, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el *“atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella”*.¹²

En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas¹³ sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

La Corte Constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. Así las cosas, la función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención, entre los que tienen a su cargo las autoridades.¹⁴

Actuaciones de la policía administrativa respecto al espacio público.

Los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132). También, tienen competencia para señalar restricciones en lo relativo a su uso por razones de interés común, sin que el razonable ejercicio de esta facultad represente desconocimiento de derechos o garantías constitucionales.

Sin embargo, las actuaciones de la policía que bajo esas atribuciones se realicen, deben orientarse esencialmente a hacer realidad los mandatos constitucionales de protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en la búsqueda de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo (artículo 2º) y en la prevalencia del interés general (artículo 1º).

“Una actuación desordenada e ineficiente de la administración, aunque el objetivo buscado con ella sea la prevalencia del interés general sobre el particular, puede llevar a

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹² Jane Jacobs. *The Death and Life of Great American Cities*. 1961. Citado, Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

¹³ Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-203 de 1993. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

la generación de daños en virtud del mismo caos generado en la falta de previsión de las autoridades, que al salirse de su propio control, puede además de causar “perjuicio al interés colectivo, una violación de los derechos fundamentales de los asociados involucrados en tal situación.”¹⁵

Por consiguiente, las autoridades no pueden apuntar a un solo objetivo en el momento en que se deciden a cambiar las condiciones que han generado ellas mismas, para el ejercicio de una actividad o para la ocupación de zonas de uso público, porque ellas son, por mandato constitucional, también las responsables de las alternativas que en este sentido se puedan desplegar para darle solución a los problemas sociales de sus propias localidades. En ese sentido no pueden buscar culpables solo en los usurpadores del espacio público sino en su propia desidia en la búsqueda de recursos efectivos en la solución de problemas sociales.

Comportamiento de la jurisprudencia constitucional colombiana frente a la ocupación del espacio público por vendedores informales

La Corte Constitucional, para resolver algunos de estos conflictos, ha optado por buscar una fórmula de conciliación conforme a la cual la administración cumpla su deber de proteger el espacio público, sin que ello signifique desconocimiento del derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas en los procesos de recuperación del espacio público.¹⁶ Por consiguiente, *“ha ordenado que las autoridades respectivas implementen planes y programas que permitan la coexistencia armónica de los intereses que colisionan, toda vez que tampoco se puede desconocer”, como se verá, “el fenómeno social que conlleva esta economía informal”¹⁷.*

Es por ello que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aplicando el principio de **confianza legítima** como mecanismo para conciliar, de un lado el interés general que se concreta en el deber de la administración de conservar y preservar el espacio público y, de otro lado, los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal.¹⁸

Así las cosas, un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional permite deducir las siguientes premisas:

a) La defensa del espacio público es un deber constitucionalmente exigible, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben ordenar su vigilancia y protección, según se explicó antes.

b) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional. Claro que la actividad de los vendedores informales coloca en conflicto el deber de preservar el espacio público y el derecho al trabajo; y, hay algo muy

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 1995. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, T-091 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-115 de 1995 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo y T-160 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 1998. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional. Sentencia N° T-225. Junio 17 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

¹⁸ Ver las sentencias T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 y T-438 de 1996, T-617 de 1995, T-398 de 1997, T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998.

importante, en algunas oportunidades se agregó que también habría que tener en cuenta la obligación estatal de “propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”, (Sentencias T-225 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.)

c) Pese a que el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los *“ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho”* (Sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que *“la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga”* (Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Este principio de la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

*“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (C.P. art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”*¹⁹

¹⁹ Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa “*ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general*”²⁰

Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que “*así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas*”²¹

Dentro de este contexto, constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, T-550 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia T-617 de 1995), tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración (sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-438 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). En consecuencia, “*no pueden conculcar el derecho al trabajo de quienes, siendo titulares de licencias o permisos concedidos por la propia administración, se ajustan a sus términos*” (Sentencia T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

¿Cuál ha sido la tradicional medida que la jurisprudencia ha acogido para los vendedores ambulantes amparados por la confianza legítima?

Un mecanismo que ha utilizado la jurisdicción constitucional colombiana para ponderar los intereses en conflicto, es ordenar a la administración que diseñe y ejecute un “*adecuado y razonable plan de reubicación*” (Sentencias T-225 de 1992, T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, que la administración tome “*medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes*” (Sentencia T-372 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.)

Ha considerado la jurisprudencia que son presupuestos necesarios para que opere la reubicación de los vendedores ambulantes: “*que se trate de trabajadores que con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar un espacio público de uso común, hayan estado instalados allí*”; “*que dicha ocupación hubiese sido permitida con anterioridad por las respectivas autoridades, a través del respectivo permiso o licencia*” (Sentencia

²⁰ Sentencia T-617 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²¹ *Ibidem*.

T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido las sentencias T-115 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

También se ha dicho que las políticas de reubicación se deben cumplir en igualdad de condiciones para los vendedores informales (Sentencias T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, la intención de la administración “*no puede quedar sin definición en el tiempo desconociendo el derecho al trabajo de quienes como realidad social dependen de actividades de ventas ambulantes*” (Sentencia T-133 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz). Pero, se repite, hasta ahora, lo principal que haya un plan razonable de reubicación.

Protección a los discapacitados

(Este aspecto se refiere única y exclusivamente a la T-200448).

El artículo 13 de la C. P. establece la protección especial del Estado para aquellas personas que se hallen en debilidad manifiesta, por su condición física, mental o económica. A su vez el artículo 54 ibídem establece que “Es obligación del Estado y los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

Dentro de los ordenamientos legales, la ley 361 de 1997, establece en su artículo 4° la obligación ineludible del Estado de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de los minusválidos. Entre los objetivos de la protección está la “integración laboral”.

Para la integración laboral de las personas con limitaciones físicas, la normatividad internacional también es prolija. Están, por ejemplo, la declaración de los derechos humanos proclamada por las Naciones Unidas en 1948, la declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447; en 1975; el Convenio 159 de la OIT²², la Recomendación 168 de la misma OIT, artículos 1 a 14; la declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983.

Es apenas justo proteger a los minusválidos. Y no es justo que se hallen de repente en el desempleo total, con franco deterioro para su forma de vivir, lo cual implica la propagación de la pobreza, que según la OIT es “moralmente inadmisibles y económicamente irracionales”²³.

En estos casos la protección al trabajo no se puede desligar de la realidad del desempleo, lo cual conlleva a una intervención del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 334 de la Constitución, que precisamente en uno de sus apartes indica: El Estado, de manera

²² Art. 7° del Convenio 159: “Las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo...”

²³ La OIT sostiene que “es importante ofrecer un mínimo de seguridad económica a los pobres ya que no tienen otro modo de valerse por sí solos”. El empleo en el mundo, Ginebra, 22 de febrero de 1995.

especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos". *El objetivo tendrá que ser una protección tal que las políticas de ajuste estructural no pueden llegar a la deshumanización, ni menos a aumentar el gravísimo problema del desempleo. Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 C.P. Esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar el empleo inmediato y del entorno en que se vive y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del Estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo.*

Aparece aquí una nueva cuestión social que según Emilio Bogado Valenzuela²⁴ "se expresa principalmente en los campos de la educación, la salud, el medio ambiente, la vivienda, la alimentación, la igualdad de oportunidades, el empleo, la capacitación, la seguridad social, la marginación y exclusión, las relaciones de trabajo". Se aprecia la presencia armónica del derecho al trabajo y el derecho al empleo, por ello Américo Pla Rodríguez²⁵ hace caer en la cuenta que "se ha sostenido por distinguidos laboristas que la desocupación se ha convertido en una compañera inseparable del derecho del trabajo, y que hay que acostumbrarse a la cohabitación con ella". Esta armonización del trabajo y del empleo con mayor razón debe darse tratándose de discapacitados.

CASOS CONCRETOS

De los planteamientos anteriormente relacionados surge que las autoridades policivas están facultadas para recuperar el espacio público, es su obligación hacerlo, respetando claro está el debido proceso y la confianza legítima.

El juzgador analizará si hay elementos probatorios que permitan la calificación de estar determinado vendedor informal cobijado con la confianza legítima. Uno de ellos, pero no el único, es el de la carnetización que las mismas autoridades policivas hacen de los trabajadores informales y específicamente de los vendedores ambulantes. Puede haber otros medios de prueba que demuestren la confianza legítima; por ejemplo, acuerdos entre las autoridades y los vendedores sobre estancia en el espacio público, recepción de entidades municipales de gravámenes, acciones u omisiones ostensibles de las cuales se infiere que ha surgido la confianza legítima; en otras palabras, el medio de prueba no es únicamente el documental.

En conclusión, prosperan las tutelas, como protección al derecho al trabajo, en la dimensión que se ha indicado en este fallo, sólo cuando el solicitante esté amparado por la confianza legítima. Para lo cual pormenorizadamente se analizarán las situaciones consignadas en los expedientes acumulados:

a) Respecto a los dos ancianos, casi ciegos, (T-200448) a quienes el Alcalde Local de Puente Aranda (Bogotá) les permitió ocupar espacio público, mientras alguien se quejara, tal

²⁴ Evolución del pensamiento juslaboralista, en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata, p. 331.

²⁵ *Ib.*, p. 387.

comportamiento, de contenido humanitario, es prueba de la confianza legítima. Aunque los discapacitados eran concientes de que ocupaban espacio público también tenían la buena fe de que se les permitía hacerlo. Además, para estas personas especiales es obligación del Estado ayudarles en la ubicación de un sitio para que laboren. Luego, la sentencia de instancia que no concedió la tutela debe revocarse.

b) También hay que conceder la tutela en el caso de María Ramos (T-199800) porque ella demostró la confianza legítima con prueba documental, como se relacionó al principio del presente fallo. Sin embargo, la orden a dar no puede ser, como lo hizo el a quo, la de permitir que siga ocupando el espacio público, sino la de reubicarla.

c) No puede prosperar la tutela instaurada por Maritza Madera (T-179799) porque no probó que estuviera cobijada por la confianza legítima. Esa ausencia de prueba y la confesión de ella en el sentido de que no se le había otorgado permiso para desempeñar sus labores de vendedora ambulante obligan revocar la decisión que se revisa.

d) Se confirmará la decisión de no concederle la tutela a Ilder Lucumá porque no probó la existencia de la confianza legítima.

Respecto a las ordenes que se darán en los casos de tutela que prosperan se tendrá en cuenta lo determinado en la sentencia SU-360/99, en los puntos que tienen que ver con la participación de los gobiernos municipales en la solución al desempleo, en la forma de presentar opciones a los favorecidos con la tutela y en las recomendaciones finales.

a) Los gobiernos municipales también pueden presentar soluciones al desempleo

En el mencionado fallo se dice al respecto:

“Generalmente las cuestiones relativas al sector no estructurado se analizan en el contexto de las economías nacionales. Pero se olvida que la mundialización está incidiendo muchísimo en el futuro de las ciudades y en el empleo urbano. Hoy las autoridades locales se están convirtiendo en un punto fuerte de la política de empleo, porque la realidad ha obligado a la descentralización de responsabilidades, a expedir marcos reglamentarios y a la necesidad de forjar alianzas nuevas y crear asociaciones participativas, dentro de lo cual la gestión del gobierno local y el compromiso cívico son cruciales, siempre y cuando haya transparencia, responsabilidad, consulta, participación, es decir, democracia real. La OIT ha dicho²⁶:

“Sin duda, para que las ciudades puedan crear y proteger eficazmente el empleo mediante acción desplegada en tres niveles²⁷, han de desarrollar la capacidad técnica necesaria para comprender las complejidades de la economía internacional y desarrollar y aplicar las políticas locales de empleo. Considerando la situación actual, las ciudades se preocupan a menudo por reducir los daños, limitándose a tratar de hacer frente en forma pasiva a todas las consecuencias negativas del desempleo urbano que son la pobreza, la violencia, los estupefacientes, la

²⁶ El futuro del empleo urbano, p. 31

²⁷ Según la OIT los tres niveles son: Tener influencia a nivel internacional, para lo cual se insinúa una asociación de alcaldes a escala mundial. A escala nacional incidir en las políticas macroeconómicas, insinuándose la unidad con las organizaciones de trabajadores y empleadores. Y un tercer nivel, local, que apunte a una serie de medidas municipales de desarrollo económico y social.

falta de vivienda, los niños de la calle y las arcas municipales vacías. El tema central de las siguientes secciones, enfocado desde un punto de vista práctico, será el desarrollo de la capacidad institucional de los protagonistas a nivel local. En particular, se insistirá en las esferas prioritarias, donde las autoridades locales, asociadas con otro protagonista clave, pueden ejercer una influencia determinante.”

Tal vez una de las soluciones locales que ha planteado una mayor inquietud es la de si debe legalizarse el sector informal o por el contrario dejarse dentro del principio liberal del *Laissez faire*. Teniendo como fuente el estudio *The informal sector: legalization or laissez-faire*,²⁸ la OIT dibuja esta realidad:

“Mediante una serie de estudios realizados en unos veinte países se han evaluado las repercusiones de las reglamentaciones sobre la creación, el funcionamiento y el desarrollo de las actividades del sector informal o no estructurado. Dichos estudios muestran que la mayoría de las empresas de este sector son de hecho “semilegales”. Aunque la mayoría de ellas cumplen ciertas reglas básicas (autorizaciones locales, registro y licencias) son muy pocas las empresas que respetan las disposiciones tributarias y laborales nacionales.”

De allí se colige que los objetivos de la política de empleo a nivel local son indispensables para dar una justa solución. Sirve de ilustración el Convenio 122 de la OIT, numerales 2 y 3, art. 1°, que señala:

“La política indicada debe tender a garantizar :

- a. Que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- b. Que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- c. Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tenga en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social;
- d. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales”.

Por consiguiente, los objetivos pueden ir más allá de la simple reubicación, aspecto que no pueden despreciarse en las decisiones judiciales. A manera de ejemplo y continuando con la invocación a la OIT, se tiene que ésta al referirse al sector urbano no estructurado en los países en desarrollo, dice²⁹ que “ese sector desempeña una función de red de seguridad, consistente en absorber la mano de obra sobrante, la política general al respecto debería consistir en suprimir los obstáculos administrativos o de otra índole que coarten su crecimiento. Conviene además, promover el segmento modernizador del mismo facilitando su acceso al crédito, a

²⁸ Ver Revista Internacional del Trabajo, vol 134, Nº 6.

²⁹ El empleo en el mundo, año de 1995, p. 14.

insumos productivos y al conocimiento de técnicas mejores de producción, así como sus vínculos con el sector moderno”. Claro que “más que el acceso al crédito, es su costo el nudo de estrangulamiento de las empresas pequeñas” (R. Meier y M. Pilgrim en *Small Enterprise Development*, Londres, junio de 1994, pgs. 32-38). En otras palabras, una medida muy efectiva para superar el problema del desempleo urbano es la implantación de una política de calado popular; alentando ésta se contribuye a generar empleo, y, según la OIT “En muy diversos países, la aplicación de planes originales de crédito, destinados a los productores modestos, ha dado resultados excelentes” (Informe de la OIT sobre el empleo en el mundo, año de 1995, página 13). Esto obliga a: estar abierto a sugerencias, integrar equipos multidisciplinarios. Y hay elementales principios: que la educación y formación del trabajador sea para que compita, que se planifiquen los recursos humanos, que se tomen en cuenta las dimensiones culturales de ajuste y por supuesto que haya voluntad política.”

b) Respecto a la manera como el Juez de tutela le presenta opciones al beneficiado con el fallo, la misma sentencia SU-360/99 expresa:

“Lo prudente es que antes del desalojo se trate de concertar y concretar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar o de principiar a ser realizadas. La propia administración del Distrito ha fijado estrategias al respecto, muy de acuerdo con lo que al respecto ha dicho la OIT. En esta concertación no solamente pueden participar las organizaciones que agrupan a los vendedores ambulantes y estacionarios sino los propios afectados, si lo desean. Por supuesto que el plazo para la concertación tenía y tiene que ser fijo, porque de lo contrario sería muy difícil recuperar el espacio público y así lo ha considerado la Corte Constitucional (ver sentencia de los recicladores). El derecho de quien ya hubiera sido el desalojado, no exime al juez constitucional de ordenar el amparo, porque en primer lugar no es un hecho consumado ya que el problema sigue latente, y en segundo lugar si se pensara que la tutela no cabe, se llegaría al absurdo de que la celeridad en el desalojo dejaría sin piso la protección al derecho al trabajo y al empleo de quienes, en el estudio de cada caso concreto, tuviera derecho a tal protección por estar cobijados por la confianza legítima. Pero, lo que no puede hacer el juez constitucional es en la sentencia ordenar indemnización por ese desalojo de personas amparadas por la confianza legítima porque este tema le corresponde analizar y dilucidar a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Es indispensable analizar si hay en los expedientes elementos probatorios que permitan la calificación de estar los vendedores informales que instauraron la tutela cobijados con la confianza legítima. No se puede aceptar que la sola manifestación del interesado obligue al juez a ordenar la protección. Es necesario analizar las pruebas. Una de ellas, pero no la única, es el de la carnetización que las mismas autoridades policivas hacen de los trabajadores informales y específicamente de los vendedores ambulantes. Documento que es una prueba concluyente de que el vendedor está de buena fe en su oficio; buena fe que no desaparece si unilateralmente la administración resuelve formalmente “dejar sin efecto” dicho reconocimiento, porque esa derogación unilateral del permiso inicial afecta el respeto al acto propio, no tiene fuerza suficiente para destruir la buena fe que motivó la confianza legítima, y, más bien se puede ver como mecanismo amañado para proceder al desalojo sin cortapisa. Pero puede haber otros medios de prueba que demuestren la confianza legítima; por ejemplo, acuerdos serios entre las autoridades y los vendedores o sus representantes gremiales sobre estancia en el espacio público o

compromisos previos al desalojo, pronunciamientos en los Concejos Municipales o en las Juntas Administradoras Locales sobre protección a tales trabajadores, recepción de entidades municipales de tarifas por servicios públicos correspondientes a las estructuras donde funciona el comercio informal siempre y cuando estén acompañadas de acciones u omisiones ostensibles de las cuales se infiere que ha surgido la confianza legítima. En otras palabras, el medio de prueba no es únicamente el documental.”

c) Vale la pena reiterar las anotaciones finales hechas en la tutela en mención:

Con el propósito de que las órdenes que se den en este fallo no sean obstaculizadas ni por la administración ni por los solicitantes de tutela, la Corte Constitucional considera que además de la competencia que el funcionario de primera instancia tiene para hacer cumplir esta clase de decisiones, es también necesario que la Personería del Distrito ejerza la vigilancia sobre el cumplimiento de la presente tutela.

Como las normas sobre acciones populares aún no están vigentes, quiere decir que no existe vía alternativa a la tutela. Cuando entren en vigencia aquellas normas, podría ser un mecanismo adecuado; hoy lo es la tutela; además las acciones de grupo no desplazan a la tutela cuando en ésta se invocan los derechos fundamentales de personas individualizadas.

Es necesario resaltar que si se opta por la reubicación, ésta no puede ser en un bien inmueble afectado al espacio público, aunque sí puede serlo a un bien inmueble que no tenga esa característica, siendo fiscal; porque como ya se explicó los bienes de uso público no pueden ser ocupados por particulares, mientras tengan tal afectación, observando que la afectación puede ser natural (como por ejemplo playas, riberas) o puede ser jurídica por existir determinación de autoridad competente.

Igualmente se repite que la reubicación es una de las opciones. Las otras ya se han mencionado anteriormente, por las referencias hechas a la O.I.T. y a las propias extrategias que el Distrito Capital a fijado: pero puede haber otras más como por ejemplo sería el arrendamiento de inmuebles acompañado de cánones sociales, accesibles a la capacidad económica del posible usuario, teniendo en cuenta la utilidad que se pueda obtener.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la decisión contenida en el expediente T-199799, cuyo solicitante es Maritza Madera Torres, por las razones expuestas en el presente fallo y en su lugar **NO CONCEDER** la tutela instaurada.

Segundo. **CONFIRMAR** la protección al trabajo contenida en la sentencia proferida en el caso de María Ramos Escorcía, T- 199800 por las razones indicadas en la parte motiva, pero **MODIFICAR** la orden en el sentido de ordenar al Alcalde de Montería que en el término de ciento veinte días hábiles reubique a la solicitante o se permitan las otras opciones indicadas en la parte motiva, previo acuerdo con la interesada.

Tercero. **CONFIRMAR** la decisión de instancia proferida en el caso de Ilder Lucumí Banguero T-199879 en cuanto no concedió la tutela impetrada.

Cuarto. **REVOCAR** las decisiones tomadas en la tutela T-200448 instaurada por Luz Marlene Arias Rodríguez y Héctor Arias y en su lugar **CONCEDERLA** en el sentido de **ORDENAR** al Alcalde Local de Puente Aranda que en el término de sesenta días hábiles reubique a los peticionarios, o se adopte alguna de las otras opciones a las cuales se hizo referencia en la parte motiva, con la aceptación de los interesados y previo acuerdo con éstos y con el INCI, en un lugar donde, sin violarse la ley, puedan ejercer su labor de vendedores ambulantes. En caso de incumplimiento por parte el Alcalde se tramitará el desacato y las acciones penales correspondientes.

Quinto. Por la Secretaría procédase a cumplir con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto. Envíese copia de este fallo al INCI.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-365

mayo 20 de 1999

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial

DERECHO AL MINIMO VITAL-Alcance

LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago

La protección de la mujer trabajadora embarazada y al recién nacido era lo esencial y hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago no se pierde por cotizar en plazo adicional

DERECHOS FUNDAMENTALES-Efectividad

DEFENSORIA DEL PUEBLO-Conferencias sobre derechos fundamentales a funcionarios del ISS en salud y riesgos profesionales

Referencia: Expediente T-202549

Accionante: Alicia Fierro

Juzgado de origen: Juzgado 6° Laboral de Bogotá

Tema: Protección a la maternidad

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela interpuesta por Alicia de las Mercedes Fierro Méndez contra el Instituto de los Seguros Sociales. T-202549.

HECHOS Y PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE:

1. Alicia Fierro Méndez es profesional independiente afiliada al Instituto de los Seguros Sociales.

2. Según el ISS (información del Jefe de Departamento Nacional de Afiliación y Registro), la mencionada señora ingresó a los seguros de pensión, salud y riesgos profesionales el 4 de septiembre de 1990, bajo el empleador Editorial Irazo Ltda, el cual le reporta retiro el 24 de junio de 1992. Y agrega la información que el 25 de junio de 1997, según la base de datos, hay una vinculación registrada al sistema de salud.

3. Igualmente están en el expediente los comprobantes de pago de aportes de la trabajadora independiente, dentro del sistema general de seguridad social integral. Importa para esta tutela el recibo del mes de agosto de 1998 en donde textualmente está consignado que hasta el 6 de agosto de 1998 la cantidad a consignar es de \$51.900,00, pero se agrega que hasta el 31 del mismo mes se permite el pago extemporáneo, en cuyo caso la suma asciende a \$52.600,00; (así aparece expresamente dicho en el recibo impreso por el ISS).

4. El 7 de agosto de 1998 la señora dio a luz un niño y se le expidió el correspondiente certificado de licencia por maternidad el sábado 8 de agosto de 1998.

5. El 9 de agosto de 1998 fue un domingo y al día siguiente la señora canceló lo correspondiente a agosto, como lo reconoce el Jefe de Incapacidades del ISS.

6. Ese mismo funcionario le dice por escrito a la señora Alicia Fierro Méndez que no se le reconocerá la licencia por maternidad debido a que incurrió en mora a partir del 7 de agosto de 1998, “toda vez que el periodo de cotización correspondiente a agosto/98 el plazo máximo fijado era el del 06 de agosto del mismo año, siendo cancelada hasta el día 10-08-98”. Pero, no dijo nada el funcionario sobre el plazo (así se extemporáneo) que el ISS dio por escrito hasta el 31 de agosto.

7. Invoca el ISS el artículo 80 del Decreto 806 de 1998 que dice: “Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, éste deberá cancelar su monto por todo el periodo de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las adaptadas”.

8. Dice la solicitante de tutela que “La negativa al pago de incapacidad por maternidad atenta de manera directa contra el derecho a la vida, pues con el producto de mi trabajo no solamente procuro mi propia asistencia, sino la de mi menor hijo. Y al estar en incapacidad laboral, el único soporte económico que puedo obtener es el proveniente del ISS por vía de incapacidad por maternidad”.

FALLO QUE SE REVISA

El Juzgado Sexto Laboral de Bogotá, el 26 de enero de 1999, en dos páginas señala quien es la solicitante, contra quien se dirige la tutela, indica que se invoca el derecho a la vida, escuetamente agrega: “Peticona (sic), se le ordene a la demandada pagar la incapacidad por maternidad” y deniega la solicitud con este único razonamiento:

“La anterior acción de tutela no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

Estima este Despacho que la acción de tutela propuesta no procede por expreso mandamiento del art. 6 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que en el evento sub judicte existen otros recursos o medios de defensa judiciales que ineluctablemente debe seguir el accionante so pena de sacrificar el ordenamiento jurídico, con grave perjuicio al debido proceso, y por ende el derecho de defensa, consagrado también como derecho fundamental, siendo el procedimiento idóneo para hacer efectivos los derechos reclamados mediante la presente acción de tutela un proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa que ha de iniciar y adelantar el accionante a fin de obtener la orden de pago respectiva, previa decisión de las excepciones que se propusieran, obtener si fuera el caso el pago de la obligación que se persigue por medio del presente diligenciamiento, por lo que el procedimiento de tutela escogido por el accionante no es el adecuado.”

Las anteriores consideraciones conducen a denegar la solicitud impetrada”.

Ninguna otra consideración hace la providencia que se revisa.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. TEMAS JURIDICOS A TRATAR EN EL CASO CONCRETO

Protección a la mujer embarazada

En repetidas oportunidades¹, la Corte Constitucional ha recordado que la mujer embarazada y su hijo gozan de especial protección del Estado. El artículo 43 de la Constitución lo dice expresamente. Además, hay tratados y convenios internacionales, sobre el tema ratificados por Colombia, los cuales de acuerdo con el artículo 93 de la Carta integran el bloque de

¹ En relación con este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-606 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-106 de 1996. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, C-568 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-694 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, C-710 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

constitucionalidad y por ello tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades de la República como para los particulares.

Especial importancia tiene la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, dentro de la Asamblea General de la ONU (aprobada por la ley 51 de 1981) que estableció:

“Artículo 11. “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para :

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales...”

A su vez, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación; y respecto a la mujer embarazada específicamente está el Convenio 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y que en su artículo 3º dice:

“En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un periodo de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el periodo en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. (subraya fuera de texto)

El artículo 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, establece que a las madres que trabajan se les concede una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. (Pacto vigente en Colombia según la ley 74 de 1968).

Los jueces, como autoridades públicas protectoras de los derechos fundamentales deben acudir a la defensa de los derechos de la mujer embarazada, buscando el máximo grado de efectividad de los mismos. Es por ello que el juez debe aplicar los medios judiciales estudiando con seriedad cada caso en particular, porque si no lo hace afecta el derecho de las personas a tener acceso a la justicia y no garantiza el cumplimiento eficaz de la Constitución, como es su obligación.

Licencia de maternidad y el mínimo vital

Es evidente la existencia de un proceso ejecutivo laboral, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral, cuando hay mérito para exigir el pago de la licencia de maternidad.

Pero, en relación con la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos prestacionales, la Corte Constitucional en su labor hermenéutica ha desarrollado la tesis del mínimo vital. Se parte de esta base: que ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas de la madre trabajadora, la acción de tutela es procedente. La Sala Plena de esta Corporación, explicó el concepto de mínimo vital y la excepcionalidad de la acción de tutela para el pago de prestaciones sociales en los siguientes términos:

“La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad-, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo.”²

En relación con la procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad, la Corte se expresó al tenor literal:

“Como se observó en el acápite anterior, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.

Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso ejecutivo laboral, algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas.”³

La protección de la mujer trabajadora embarazada y al recién nacido era lo esencial en el presente caso y, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados

² Sentencia SU-111 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

³ Sentencia T-568 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la madre como para su recién nacido. Es por ello que los argumentos de la sentencia T-311 de 1996⁴ son perfectamente aplicables al caso concreto. Ese fallo dispuso:

“Ahora bien, el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos.

Cuando hay menores de por medio, pueden resultar amenazados sus derechos fundamentales, pues prácticamente todos los que enuncia el artículo 44 de la Constitución -la vida, la salud, la alimentación equilibrada, la educación, la protección contra toda forma de abandono- resultan comprometidos por las deficiencias económicas de quien es cabeza de familia.

(...)

A lo anterior se añade, para situaciones como las consideradas en esta ocasión, que la mujer merece especial protección durante el embarazo y después del parto, particularmente si es cabeza de familia, y por tanto el Estado Social de Derecho, a través de sus jueces, está obligado a velar por la intangibilidad de sus derechos, valiéndose de los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es el previsto en el artículo 86 de la Carta cuando otros instrumentos judiciales resultan inoficiosos para ello.”

Afecta la dignidad de la madre que se le obstruya el reconocimiento de un derecho y que al reclamarlo ante la justicia escuetamente se le presente un argumento de simple procedimiento, argumento que entre otras cosas da a entender que la madre perdió el derecho al pago de su licencia.

En el caso materia de la presente acción no es razonable que se permita que una madre pierda el derecho al pago de la licencia por maternidad porque ha debido cotizar el día anterior al parto, cuando el propio recibo señala un plazo adicional, en efecto, expresamente se dan dos plazos: uno para pago ordinario dentro del término normal, y otro para pago extemporáneo, pero de todas maneras pago, de ahí que la cifra aumente en leve cantidad. Luego es la misma entidad prestadora del servicio la que fijó las reglas de juego, que la usuaria en el presente caso cumplió. Como el último plazo que en el recibo aparecía era 31 de agosto de 1998, y la joven madre canceló lo debido el 10 de agosto de ese año, lo hizo oportunamente.

Además, si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, lo cual estaría plenamente probado con lo consignado por escrito en el recibo en cuanto permite que se pagan hasta el

⁴ Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

final del mes –esto en la hipótesis de que hubiera mora, aunque en realidad no ocurrió– la Corte Constitucional ha dicho que en estos eventos de allanamiento de la mora, no se puede suspender el servicio. (T-059/97).

Pero lo principal es que el juez constitucional en su función de salvaguarda de la Constitución, y por ende, en su labor de intérprete de los derechos constitucionales fundamentales, debe favorecer la efectividad de los mismos a través de un amparo material que maximice sus contenidos y esto se hecha de menos en la sentencia que se revisa.

El juez de tutela que constata que por la omisión de las autoridades o particulares se transgrede los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la subsistencia en condiciones dignas, por carencia de un mínimo vital, debe ordenar lo pertinente para no vaciar el contenido de los derechos que se buscan proteger, tanto a la pregunta como a su hijo.

Precisamente, la sentencia T-373 de 1998⁵, proferida por la Sala Tercera de Revisión, afirma que “la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez”. En igual sentido, la sentencia C-470 de 1997 consideró que “la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44)”

En la sentencia C-470/97⁶, se dijo:

“La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts 1º, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, “que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”⁷. En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2º, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como “gestadora de la vida” que es⁸.

⁵ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁷ Sentencia T-179 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-179/93 y T-694 de 1996

En tercer término, y como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CP art. 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se “busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”⁹.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades¹⁰, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo”.

Y continúa diciendo dicha jurisprudencia:

“La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que la madre, o la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidas por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces estaríamos desconociendo la “especial protección” que la Constitución y los instrumentos internacionales ordenan en estos eventos. Por consiguiente, los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento. Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corte, un verdadero “fuero de maternidad”¹¹, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.

⁹ Sentencia T-568 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

¹⁰ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996, T-568 de 1996, T-694 de 1996, C-710 de 1996 y T-270 de 1997.

¹¹ Ver sentencia T-568 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

No enaltece ni a la maternidad, ni a la dignidad, ni a la igualdad, y ni a la especial protección al niño, la negativa del I.S.S a reconocer un derecho de contenido económico que hace parte del mínimo vital.

Pedagogía constitucional

Aunque las decisiones de tutela tienen efectos interpartes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para los jueces, sin embargo, la doctrina constitucional tiene la virtud especial de definir el contenido y alcance de los derechos constitucionales, por ello la función primordial de la jurisprudencia de esta Corporación es orientar la hermenéutica constitucional que debe aplicar derechos consagrados en la Constitución.

El artículo 41 de la Carta Política establece:

“En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución”.

La pedagogía constitucional es muy necesaria para lograr una sociedad democrática, pluralista y humanista.

En la sentencia T-227 de 1997 se dijo:

“Partiendo de una consideración elemental: que la pedagogía no es un castigo, adquiere enorme dimensión el postulado establecido en el artículo 67 de la actual Constitución:

“La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y la democracia”.

Esto se une indisolublemente a la necesaria promoción de los derechos humanos, para que la protección a estos no se quede escrita en las normas. Karel Kasak, en una publicación de la UNESCO (Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, volumen 2, pág. 310) hace esta cruda advertencia:

“... es evidente que la promoción es el primero e imprescindible estadio que lleve a la protección: si no fuera así, el único resultado de la promoción serían las ‘leyes caídas del cielo’ bien conocidas en América del Sur...”

En otras palabras: no es sólo la norma la que garantiza la protección a los derechos humanos, pues puede haber numerosas leyes que no se cumplan, lo importante es que la protección sea efectiva. Si en el ejercicio de esa protección se impone un cambio de naturaleza para darle también gran realce a la PROMOCION, es permitido para el juzgador que tramita un amparo tomar decisiones que impulsen la promoción de los derechos humanos, buscándose que no sean estériles las normas que los protegen”.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral de Santa Fe de Bogotá, el 26 de enero de 1999, y en su lugar **CONCEDER**, en el caso de la referencia, la tutela por violación al derecho al mínimo vital, a la dignidad, a la maternidad, a la igualdad y a los derechos del menor, por las razones expuestas en los considerados del presente fallo.

Segundo. Considerar que se incurrió en una omisión por parte del Instituto de los Seguros Sociales al negar el pago de la licencia de maternidad a Alicia Fierro Méndez y en consecuencia ordenar que en el término de cuarenta y ocho horas proceda a cancelar lo debido por la mencionada licencia.

Tercero. **ORDENAR** que la Defensoría del Pueblo dicte un ciclo de conferencias sobre derechos fundamentales a los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, aquellos funcionarios que tengan que ver con seguridad social en salud y con riesgos profesionales.

Cuarto. El cumplimiento de lo ordenado en los numerales anteriores será vigilado directa y personalmente por la Juez de instancia de la presente tutela.

Quinto. Por la Secretaría procédase a cumplir con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, Comuníquese, Publíquese e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-366
mayo 25 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procendencia por permanencia de hechos que dieron lugar a la presentación

ACCION DE TUTELA-No configuración de carencia actual de objeto por permanencia de los hechos

SENTENCIA INHIBITORIA EN TUTELA-Improcedencia

La actuación judicial iniciada a propósito de la presentación de una demanda de tutela debe culminar con sentencia en la que se resuelva de fondo sobre las pretensiones de la misma. El trámite judicial no se puede interrumpir para abstenerse el Juez de dictar sentencia. Si así lo hace, incurre en denegación de justicia, viola el debido proceso del accionante y de la entidad demandada, y entorpece el acceso a la administración de justicia.

PREVENCION EN TUTELA-Finalidad

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

El derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.

DERECHO A LA SALUD-Práctica inmediata e íntegra de exámenes ordenados

Referencia: Expediente T-201378

Acción de tutela incoada por Tatiana Alejandra Otálvaro Gómez contra el Seguro Social

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. INFORMACION PRELIMINAR

Tatiana Alejandra Otálvaro Gómez, beneficiaria del Seguro Social y residente en Bello (Antioquia), ejerció acción de tutela contra la institución por considerar vulnerados sus derechos a la salud y a la vida.

La accionante dijo haber presentado un sangrado en sus oídos, lo que hizo que desde el 7 de febrero de 1998 se le remitiera por el Seguro a un otorrinolaringólogo, quien solamente la atendió el 27 de agosto y ordenó la práctica de unos exámenes -un TAC simple y una audiometría- que, para la fecha en que fue presentada la demanda (13 de enero de 1999), no se habían practicado.

El objeto de la acción, según el escrito de la actora, consistió en solicitar que mediante fallo de tutela se ordenara al Seguro Social la efectiva práctica de los exámenes ordenados.

II. LA DECISION JUDICIAL REVISADA

Mediante fallo del 25 de enero de 1999, el Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal de Medellín declaró fundada la tutela y previno al Seguro Social para que en ningún caso volviera a incurrir en la conducta omisiva que generó la demanda, anunciándole que, si así procediese, sería sancionado de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

Entendió la Juez que, al momento de resolver, ya había sido atendida la petición materia de tutela, pues el Seguro informó que la accionante “tiene orden para TAC SIMPLE DE MASTOIDES, AUDIOMETRIA E IMPEDANCIOMETRIA”.

Aplicó, entonces, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, si bien reconoció que al ser ejercida la acción la violación de los derechos fundamentales existía, y advirtió:

“Este artículo es aplicable en el caso concreto, porque la pretensión de la accionante se centró en que el Seguro Social le realice de manera inmediata AUDIOMETRIA Y TAC SIMPLE ordenados por su médico tratante; petición que ya fue atendida por la entidad accionada y sólo se encuentra pendiente que se sitúe el presupuesto para el año en curso, para darle inmediato cumplimiento”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo en referencia, según lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991.

2. La carencia actual de objeto, por sustracción de materia, no se configura en la tutela mientras permanezcan vigentes los hechos que han dado lugar a la formulación de la demanda. Alcance de los artículos 24 y 26 del Decreto 2591 de 1991. La prohibición de fallos inhibitorios

Ha sostenido la Juez de instancia que, a pesar de encontrar fundada la tutela, no puede dictar sentencia de fondo, concediendo o negando la protección, ni tampoco impartiendo un mandato judicial a la institución demandada, lo que ha implicado que se limite a prevenir a dicho ente para que no vuelva a incurrir en la omisión por la cual se instauró la acción de tutela.

Así lo ha hecho, invocando el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, sobre la base de que la situación de la demandante ya fue superada, por el sólo hecho de haber expedido el Seguro Social una orden escrita para la práctica del examen que aquélla requiere.

La Corte Constitucional modificará el fallo y formulará al respecto varias precisiones:

En primer término, si bien la expresión no ha sido utilizada en el proveído que se revisa, en la práctica, al no resolver sobre si se concedía o se negaba la tutela, fue proferido un fallo inhibitorio, expresamente prohibido, en lo que concierne a esta acción, por el parágrafo del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

Lo que el Constituyente buscó, al contemplar el instrumento judicial del que se trata, no fue otra cosa que garantizar a las personas la seguridad de que la administración de justicia, con miras a la cierta e inmediata protección de sus derechos fundamentales, dictará sentencias eficaces, de inmediato cumplimiento, cuyos efectos pasen de ser apenas reconocimientos teóricos a constituir determinaciones dotadas de suficiente contundencia para lograr que en la práctica la Carta Política tenga operancia.

De allí resulta que quien acude a un juez de la República solicitando protección para un derecho fundamental suyo o de otra persona, que estima violado o amenazado, tiene derecho de estirpe constitucional a conocer con certeza, por el *dictum* que el fallador plasma en su providencia, si en efecto tal violación o amenaza existe, a la luz de la Constitución, y si el derecho invocado merece tutela.

La seguridad jurídica impone, además, para la misma autoridad o persona contra quien se ha intentado la tutela, la definición acerca de si su conducta se ajustó al ordenamiento jurídico, o por el contrario configuró un desconocimiento de los mandatos superiores.

La actuación judicial iniciada a propósito de la presentación de una demanda de tutela debe culminar con sentencia en la que se resuelva de fondo sobre las pretensiones de la misma. El trámite judicial no se puede interrumpir para abstenerse el Juez de dictar sentencia. Si así lo hace, incurre en denegación de justicia, viola el debido proceso del accionante y de la entidad demandada (art. 29 C.P.), y entorpece el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.).

Es verdad que en ocasiones, al momento de proferir el fallo, encuentra el juez que ya la situación objeto del mismo ha sido superada, bien porque han cesado los actos u omisiones que afectaban el derecho, o por haberse producido, en el caso de los actos administrativos, resolución judicial o providencia gubernativa que los revoca o modifica, con repercusión en la circunstancia concreta del accionante.

Y también es cierto que, en esas hipótesis, la orden judicial encaminada a que se haga algo que ya ha sido ejecutado o a que se suspenda una actividad que ya no se cumple, o a que se restablezca un derecho que en la actualidad no está siendo quebrantado, carece de sentido y utilidad.

Pero de allí no se deduce que el juez quede relevado de la obligación, que por el sistema jurídico se le ha impuesto, de definir si la acción de tutela ha prosperado o no.

Eso explica que, cuando el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 consagra la regla aplicable en semejantes eventos, dando lugar a la prevención judicial que debe entonces hacerse explíci-

ta, parta del supuesto de que se ha concedido la tutela. Entonces, la orden se sustituye por la advertencia, para casos futuros similares, pero la autoridad judicial dilucida el problema que ante ella ha sido planteado y mediante su dictamen, protege a la persona cuyos derechos fueron desconocidos, aunque la protección no se traduce en ese evento en un mandato específico referente a la situación superada sino en uno genérico, también obligatorio para el agente cuya conducta u omisión ha ocasionado la tutela, según en varias ocasiones lo ha proclamado esta Corte:

“El efecto de una advertencia judicial en el sentido de que la persona o autoridad contra la cual se instauró la tutela deje de incurrir en las conductas objeto de reproche no tiene un alcance puramente teórico ni puede entenderse como la absolución del comportamiento del implicado frente a sus obligaciones constitucionales.

Por el contrario, quien es reconvenido por el juez de tutela, aunque ésta no se otorgue en razón de la carencia actual de objeto de la orden, tiene una sentencia judicial en su contra, previo proceso en el cual se ha demostrado que por su acción u omisión se generó el daño o se produjo la amenaza de derechos fundamentales. Por tanto, de una parte, debe responder, con arreglo al sistema jurídico vigente y según la magnitud de la conducta que le sea imputable, tal como resulta del artículo 6 de la Constitución Política.

De allí que la consecuencia ineludible de la verificación que haya hecho el juez de tutela acerca de la vulneración de derechos fundamentales y de la prevención dirigida a la autoridad deba ser la remisión de las diligencias a la autoridad judicial competente si de los antecedentes del caso resultan hechos punibles, o al correspondiente organismo disciplinario si las faltas cometidas son de esa índole, para que se adelanten las pertinentes investigaciones y sean impuestas las sanciones a que haya lugar. Así se hará en el presente caso, adicionando la providencia de instancia.

Pero, además, la advertencia judicial implica también una orden judicial vinculante, con efectos directos sobre la autoridad, ente o persona a quien se dirige, bajo el entendido de que su desobediencia ocasiona las sanciones contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, previo incidente de desacato”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-555 del 5 de noviembre de 1997. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Bajo la perspectiva constitucional expuesta, las sentencias de tutela deben contener, en su parte resolutive, la expresa decisión del juez sobre si concede o niega el amparo, y las órdenes que en el primer evento imparta para la protección efectiva de los derechos afectados, en subsidio de las cuales puede acudir a la prevención establecida en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado.

Lo que no puede admitirse es que el juez reconozca la violación del derecho en la parte considerativa de su sentencia y nada diga en torno a la prosperidad de la acción, pasando directamente a formular advertencias para casos futuros, pues al hacerlo así deja incertidumbre sobre los alcances de su resolución.

En el caso sometido a examen, el juez de instancia debió haber manifestado lo relativo a la concesión o negación de la tutela.

Pero, además, la invocación que se hizo del artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 no es acertada en el caso, puesto que la omisión del Seguro Social, mirados los hechos en concreto, prosiguió, pese a la “orden” impartida por sus funcionarios para la práctica de los exámenes, ya que al juez no se le informó que ellos se habían efectuado, lo que sí habría representado prueba sobre la sustracción de materia en cuanto a la decisión por adoptar, sino que se había producido un visto bueno administrativo, teórico, con miras a dicho efecto, pero sin que éste hubiese tenido lugar.

Entonces, no se configuró el supuesto del artículo 24, ni tampoco el del 26, del Decreto 2591 de 1991.

La primera de las enunciadas normas supone, como requisito indispensable, la cesación de los efectos de un acto impugnado por la vía de la acción de tutela, o la consumación irreversible de la vulneración del derecho, de tal modo que no sea posible restablecer al solicitante en el goce del mismo, lo que ocasiona, aun concediendo la tutela, la prevención a la autoridad o persona responsable del daño.

La segunda disposición se ubica en el caso hipotético de un proceso de tutela en curso, enablado contra una determinada actuación, antes de culminar, el cual tiene el juez conocimiento en torno a la circunstancia sobreviniente de que se ha dictado resolución administrativa o judicial que revoca, detiene o suspende la actuación impugnada.

Desaparecido, por tanto, el motivo de la violación del derecho, se concede la tutela, declarando fundada la solicitud, no ya para obtener la interrupción de la actuación atacada -lo que carece de objeto-, sino con el fin de dar paso a la indemnización del afectado y al pago de costas.

Ninguna de las hipótesis expuestas se dio en el proceso materia de revisión, pues ni había una actuación administrativa en curso que se hubiese neutralizado durante el trámite de la tutela, ni se trataba de un acto impugnado cuyos efectos hubiesen cesado, ni tampoco de un hecho consumado.

En cambio, la omisión de la entidad demandada subsistía al momento del fallo y la protección judicial ha debido darse de modo efectivo, con consecuencias directas e inmediatas en el caso concreto.

3. El derecho al diagnóstico. La negligencia administrativa en cuanto a los exámenes indispensables para establecer si el paciente padece enfermedades que puedan poner en peligro su vida es tutelable

La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que el derecho a la salud no es, *per se*, fundamental y, por tanto, para defenderlo no cabe la acción de tutela, a menos que, consideradas las circunstancias del caso concreto, se encuentre en conexión con la vida o con otros derechos fundamentales.

En apariencia, el caso sometido a revisión tendría que regirse por esa doctrina, toda vez que la afección que presenta la accionante, al menos en su enunciado, no muestra un vínculo insalvable con su subsistencia. Pero no pierde de vista la Corte que lo solicitado por la petente

al Seguro Social era precisamente la práctica de un examen, dirigido a verificar si su salud estaba o no gravemente afectada, inclusive poniendo en peligro su vida.

Para la Corte, el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.

A nadie escapa que la verdadera protección de la salud y de la integridad personal de cualquier individuo es un imposible si el profesional, general o especializado, que tiene a su cargo su atención ignora, en el momento de resolver acerca del rumbo científico que habrá de trazar con tal objetivo, las características presentes, técnicamente establecidas, del estado general o parcial del paciente, sobre el cual habrá de recaer el dictamen y las órdenes médicas que imparta.

La entidad de seguridad social es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento -que significa en realidad violación o amenaza de derechos fundamentales, según el caso-, no puede culpar a aquéllos por las deficiencias que acuse la prestación del servicio, ni le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos por la salud de afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su tarea.

Tal responsabilidad no queda enervada ni excluida por la existencia de órdenes internas con miras a la práctica de los exámenes. Para que ella sea descartada -y, en el caso de la tutela, la orden impida el amparo- el establecimiento de seguridad social tiene que practicar de manera inmediata e íntegra los exámenes ordenados. En caso contrario, cabe la acción indicada en el artículo 86 de la Carta Política, con el objeto de conjurar la amenaza que para el derecho a la vida representa el hecho de que los médicos deban prescribir tratamientos y soluciones científicas en un marco de absoluta oscuridad o imprecisión en torno al real estado que ofrece la salud del paciente.

La Corte Constitucional estima que, en casos como el ahora estudiado, no se compadece con el derecho fundamental a la vida, ni con sus conexos a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social, ni tiene cabida en el Estado Social de Derecho, un comportamiento como el efectivamente probado en cabeza de la entidad demandada, que remite a la accionante a consulta con otorrinolaringólogo, por un sangrado en el oído, el 7 de febrero de 1998, y que por negligencia sólo hace posible tal consulta el 27 de agosto, para omitir después la práctica de los exámenes ordenados por el especialista -Tac simple y audiometría-, de manera que ellos no habían tenido lugar en la fecha de la presentación de la demanda (13 de enero de 1999).

La indolencia de la institución sube de punto cuando, en oficio del 16 de marzo de 1999, dirigido a la Juez de instancia, manifiesta sin sonrojo que tan sólo el día 9 de febrero de 1999 -es decir, un año después de haber presentado los síntomas de la dolencia-, expidió "autorización

de servicio” para los exámenes en cuestión, sin acreditar su práctica, anunciando que “mañana, marzo 17/99 procederemos a llamar a la accionante para que reclame su orden y acuda a dicha entidad a programar la cirugía”.

Como tal actuación únicamente se produce como consecuencia de haberse instaurado la acción de tutela, en el mismo oficio y ante la propia Juez, la institución advierte que a la paciente “se le instruirá en el sentido que si tuviese algún inconveniente con dicha orden, debe acudir al grupo de tutelas para su pronta solución”.

Todo lo cual demuestra no solamente la grave amenaza que pesa sobre la salud de la persona sino el patente incumplimiento de los deberes del Seguro Social, y la tendencia, contraria a los postulados que la doctrina de esta Corte ha venido proclamando, a ejecutar las tareas propias de la seguridad social solamente cuando se ejercen acciones de tutela contra la entidad.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **MODIFICASE** el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Vigésimo Tercero Penal Municipal de Medellín el 25 de enero de 1999, en los siguientes términos:

-**CONCEDESE** la tutela de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social de TATIANA ALEJANDRA OTALVARO GOMEZ, puestos en peligro por la prolongada omisión del Seguro Social en la práctica efectiva de los exámenes médicos que requiere.

-**ORDENASE** al Seguro Social que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta Sentencia, practique en su totalidad, si ya no lo hubiere hecho, los exámenes ordenados a la paciente.

Segundo.- Será responsable por el desacato a lo aquí dispuesto, en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el Gerente seccional del Seguro Social en Antioquia.

Tercero.- Además, para que se adopten medidas generales inmediatas en la institución, **NOTIFIQUESE** personalmente al Presidente del Seguro Social en Santa Fe de Bogotá.

Cuarto.- **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente,
-Presidente de la Sala-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-367

mayo 25 de 1999

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA SALUD-Práctica inmediata e íntegra de exámenes ordenados

Referencia: Expediente T-202068

Acción de tutela instaurada por Blanca Helena Calderón García contra la EPS Seguro Social

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se revisa el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Medellín el veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

L INFORMACION PRELIMINAR

Blanca Helena Calderón García dirigió esta acción de tutela contra la EPS Seguro Social, para la protección de sus derechos a la salud y la vida. Manifiesta que es beneficiaria del Seguro Social y desde hace algunos años viene padeciendo distintas enfermedades como artritis reumatoidea, colesterol, asma, diabetes, circulación y problemas de ojos.

El 26 de agosto de 1998 consultó al Seguro y le dieron una orden para examen de campo visual y otra para oftalmología, siendo imposible, hasta la fecha de presentación de la demanda, conseguir la cita para tales efectos, por falta de contrato de las diferentes clínicas con el Seguro Social.

El 22 de septiembre de 1998 la actora consultó de nuevo al Instituto y le fue ordenado un “vascular periférico” que, según expone, tampoco ha podido conseguir, ni una consulta con medicina interna que le fue recomendada. El 28 de noviembre de 1998 consultó por urgencias de la Clínica San Juan de Dios de La Ceja, ya que tenía una parálisis parcial y la hospitalizaron durante cuatro días, por causa de la diabetes, según el diagnóstico médico.

Al salir de la Clínica el 2 de diciembre de 1998, le enviaron una droga y le ordenaron un examen de I.C. a Oftalmología y otros exámenes que tampoco le han sido practicados. Su salud -informa- se está deteriorando cada día por la falta de atención médica.

Solicita la accionante que se le tutele el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y, en consecuencia, se ordene la práctica de los exámenes requeridos.

II. LA DECISION JUDICIAL

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Medellín, en fallo del veintidós (22) de enero de 1999, resolvió no conceder la tutela pues consideró que ya el Seguro había dado cumplimiento a lo requerido por la actora, en cuanto, según comunicación del 19 de enero del presente año, se autorizaron los procedimientos requeridos para mejorar sus condiciones de salud y de vida.

El Juzgado previno al organismo, Seccional de Antioquia, para que no vuelva a incurrir en la vulneración de los derechos de sus afiliados y autorice los procedimientos médicos necesarios para el tratamiento de la demandante.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la sentencia judicial en mención, con base en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Violación del derecho a la salud, en conexión con la vida y la integridad personal, por falta de diagnóstico

El caso objeto de análisis resulta ser muy similar al que esta Sala ha dilucidado mediante la Sentencia T-366 de la fecha.

En efecto, se encuentra probado que la solicitante ha venido siendo maltratada por el Seguro Social en lo relativo a la práctica de exámenes ordenados por los mismos médicos de la institución, con el consiguiente riesgo, miradas en su conjunto las precarias condiciones de salud de la señora CALDERON GARCIA.

No entiende esta Corte cómo la negligencia administrativa de quienes laboran en la EPS, cuya función consiste precisamente en brindar una atención eficiente y oportuna a los afiliados y beneficiarios del Seguro, impide de manera tan absoluta que a la demandante le sean prodigados los tratamientos médicos que pueda requerir, los cuales dependen de los resultados que arrojen sus exámenes en los distintos aspectos de los males que padece.

Se reitera lo dicho:

“3. El derecho al diagnóstico. La negligencia administrativa en cuanto a los exámenes indispensables para establecer si el paciente padece enfermedades que puedan poner en peligro su vida es tutelable

La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que el derecho a la salud no es, *per se*, fundamental y, por tanto, para defenderlo no cabe la acción de tutela, a menos que, consideradas las circunstancias del caso concreto, se encuentre en conexión con la vida o con otros derechos fundamentales.

En apariencia, el caso sometido a revisión tendría que regirse por esa doctrina, toda vez que la afección que presenta la accionante, al menos en su enunciado, no muestra un vínculo insalvable con su subsistencia. Pero no pierde de vista la Corte que lo solicitado por la petente al Seguro Social era precisamente la práctica de un examen, dirigido a verificar si su salud estaba o no gravemente afectada, inclusive poniendo en peligro su vida.

Para la Corte, el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el *derecho al diagnóstico*, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.

A nadie escapa que la verdadera protección de la salud y de la integridad personal de cualquier individuo es un imposible si el profesional, general o especializado, que tiene a su cargo su atención ignora, en el momento de resolver acerca del rumbo científico que habrá de trazar con tal objetivo, las características presentes, técnicamente establecidas, del estado general o parcial del paciente, sobre el cual habrá de recaer el dictamen y las órdenes médicas que imparta.

La entidad de seguridad social es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento -que significa en realidad violación o amenaza de derechos fundamentales, según el caso-, no puede culpar a aquéllos por las deficiencias que acuse la prestación del servicio, ni le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos por la salud de afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su tarea.

Tal responsabilidad no queda enervada ni excluida por la existencia de órdenes internas con miras a la práctica de los exámenes. Para que ella sea descartada -y, en el caso de la tutela, la orden impida el amparo- el establecimiento de seguridad social tiene que practicar de manera inmediata e íntegra los exámenes ordenados. En caso contrario, cabe la acción indicada en el artículo 86 de la Carta Política, con el objeto de conjurar la amenaza que para el derecho a la vida representa el hecho de que los médicos deban prescribir tratamientos y soluciones científicas en un marco de absoluta oscuridad o imprecisión en torno al real estado que ofrece la salud del paciente” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-366 del 25 de mayo de 1999. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Por otra parte, también en concordancia con lo expuesto en la citada providencia, la Corte revocará el fallo de instancia, que dio por configurada la superación del hecho materia de amparo con base en el informe de la institución demandada en el sentido de que habían sido “autorizados” los procedimientos médicos.

En nada ha cambiado la situación que provocó la demanda. La violación de los derechos de la peticionaria continúa mientras no le sean practicados, en efecto y de manera íntegra, los exámenes que se le han ordenado.

DECISION

Con fundamento en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **REVOCASE** el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Medellín el 22 de enero de 1999.

Segundo.- **CONCEDESE** la tutela de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social de **BLANCA HELENA CALDERON GARCIA**.

Tercero.- **ORDENASE** a la EPS Seguro Social, Seccional Antioquia, que, si ya no lo hubiere hecho, practique de inmediato a la solicitante, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, **TODOS** los exámenes por ella requeridos, según las instrucciones de los médicos de la institución.

Cuarto.- Del cumplimiento exacto, completo y oportuno de este Fallo responderá el Gerente de la EPS Seguro Social -Seccional Antioquia-, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- **DESE** cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto.- Notifíquese personalmente al Presidente del Seguro Social en Santa Fe de Bogotá, para que adopte las medidas de control indispensables, con miras a evitar que se sigan presentando en la institución los lamentables hechos objeto de proceso, que atentan contra los derechos fundamentales de los afiliados y beneficiarios y contrarían los postulados del Estado Social de Derecho.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
(Presidente de la Sala)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-376
mayo 26 de 1999

VIA DE HECHO POR APLICACION DE NORMA DEROGADA-Procedencia de tutela

VIA DE HECHO-Defecto procedimental por surtir actuación al margen del procedimiento legal establecido/**VIA DE HECHO EN PROCESO LABORAL**-Actuación producida con base en una norma derogada

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-201477

Peticionario: Carlos Torres Uscátegui

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El actor Carlos Torres Uscátegui, actuando en su calidad de gerente y representante legal de la sociedad Almacenes Generales de Depósito ALMAVIVA S.A., Sucursal Cartagena, interpuso tutela contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena, dentro del proceso seguido por el señor Eduardo Espinosa Cardona, contra la sociedad Almacenes Generales de Depósito ALMAVIVA S.A. Considera el tutelante que se violaron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al acceso a la justicia y a la libre empresa. Señala el actor que el señor Espinosa Cardona laboró para ALMAVIVA S.A. desde el 16 de marzo de 1981 hasta el 20 de enero de 1995, y fue despedido sin justa causa, obteniendo el pago de la correspondiente indemnización. Sin embargo, en febrero de 1995, el señor Espinosa Cardona inició proceso laboral de única instancia contra ALMAVIVA S.A., pretendiendo su reintegro al cargo que ocupaba y la cancelación de los salarios dejados de percibir. De acuerdo con las fechas de iniciación y terminación de la relación laboral, se comprobó que el señor Espinosa Cardona no tenía 10 años de servicios, lo cual, de conformidad con la ley 50 de 1991, no le permitía solicitar el reintegro a su cargo. Sin embargo, el Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena, desconociendo tanto los hechos como las normas legales ordenó el reintegro del señor Espinosa Cardona a ALMAVIVA S.A., ocupando el mismo cargo y ordenando a su vez el pago de los salarios dejados de percibir. Ante tal situación, afirma la demandante, la actuación cumplida por el Juzgado aquí tutelado se convierte en una vía de hecho.

Por lo anterior, el actor solicita se deje sin valor la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral de Cartagena en el proceso seguido por el señor Eduardo Espinosa Cardona contra ALMAVIVA S.A., sociedad que representa el actor.

Mediante sentencia del veinte de enero de 1999, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena tuteló los derechos fundamentales de la sociedad Almacenes Generales de Depósito ALMAVIVA S.A., Sucursal Cartagena. Por lo tanto, declaró sin valor la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena en el proceso seguido por el señor Eduardo Espinosa Cardona contra ALMAVIVA S.A. Consideró el Tribunal que la decisión en cuestión carece de fundamento objetivo, más aun, cuando la misma juez en dicho proceso laboral, admite haber incurrido en un error al aplicar una norma que no correspondía al caso. Mediante prueba solicitada por esta Corporación en auto del 20 de abril del presente año, a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, se comprobó que el señor Eduardo Espinosa Cardona fue notificado en debida forma, de lo resuelto por dicho Tribunal en la presente acción de tutela.

En numerosas sentencias proferidas por esta Corporación se ha indicado que la acción de tutela surge como un mecanismo judicial idóneo contra decisiones judiciales cuando quiera que éstas se constituyen en verdaderas vías de hecho.¹ Al respecto es preciso indicar que la vía de hecho debe reunir algunos elementos que justifiquen su utilización por vía de tutela. La providencia judicial que se considere “una vía de hecho”, deberá carecer de fundamento legal; vulnerar de forma grave e inminente derechos de carácter fundamental y obedecer al criterio subjetivo de la autoridad judicial que la profiere.²

La actuación judicial que se controvierte en el presente caso, se produjo con base en la aplicación de una norma laboral derogada, es decir, se incurrió, de acuerdo con los presupuestos señalados en la jurisprudencia,³ en un defecto procedimental, en la medida en que la actuación se surtió al margen del procedimiento legal establecido. La jurisprudencia ha precisado,⁴ que cuando el juez aplica una norma derogada, incurre en vía de hecho por la violación no sólo del debido proceso, sino también al principio de legalidad, que rige la actuación de los administradores de justicia.⁵ Se procederá así a confirmar la sentencia de instancia, en tanto siguió los lineamientos de la jurisprudencia de esta Corporación.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena del 20 de enero de 1999, con base en las consideraciones aquí expuestas.

¹ Cfr. sentencias T-231 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-208 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-668 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-654, T-567, T-803 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-069 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, entre otras.

² Cfr. sentencia T-327 de 1994 Magistrado Ponente Dr. , Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-477 de 1977 Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, T-571 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, T-201, T-533 de 1997 y T-465 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-069 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, entre otras.

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-231, Magistrado Ponente Dr. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ SU-637 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-208 de 1994, y T-465 de 1998.

⁵ Cfr. T- 465 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Segundo. **LIBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-377
mayo 26 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES- Pago oportuno de salarios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-204077 y T-204081

Peticionario: Joaquín Durante Madera.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los actores trabajan como docentes al servicio del Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) y a la hora de interponer la presente tutela, el Alcalde les adeudaba 9 meses de salarios, circunstancia que les ocasiona violación al derecho a la igualdad y al trabajo. El Municipio señaló la falta de disponibilidad presupuestal para cancelar los salarios debidos.

El Tribunal Administrativo de Córdoba niega la tutela en el expediente T-204081 ante la existencia de otros medios de defensa y el Consejo de Estado revoca la decisión concediendo tutela para que en el término de un mes se realicen las diligencias necesarias en orden a cancelar lo adeudado al señor Joaquín Durante Madera. Las providencias revisadas en el expediente T- 204077, denegaron las peticiones de la accionante, Yady Rivera Ricardo, y rechazaron la tutela por improcedente.

Como se ha sostenido en varias sentencias de la Corte, en lo que hace a la liquidación y pago de obligaciones laborales, la tutela se torna inviable, toda vez que este tipo de controversias han de resolverse ante la justicia laboral. Sin embargo, como supuestos excepcionales admitidos ya por la jurisprudencia, que según ella deben ser analizados de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, se ha aceptado su procedencia extraordinaria ora porque se busque evitar un perjuicio irremediable, bien porque no se cuenten con otros medios de defensa judicial, ya porque se trate de las personas de la tercera edad o de aquellos para quienes la mesada y el salario constituye su única forma de subsistencia.

En los casos que se revisan¹ encuentra esta Sala que, bajo la perspectiva arriba descrita, resulta procedente conceder el amparo solicitado ya que se encuentra probado uno de los extremos antes citados, vale decir, la afectación del mínimo vital, ante el apremio de la situación económica de los peticionarios a quienes se les adeudan 9 meses de salarios y quienes carecen de un ingreso diferente al que devengan como maestros de escuelas ubicadas en veredas, pertenecientes al Municipio demandado. La imprevisión presupuestal de los Municipios, ha dicho la jurisprudencia, no es óbice para proteger a los accionantes de la violación a sus condiciones mínimas de subsistencia ante la demora en la retribución de su trabajo.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el expediente T-204081. **REVOCASE** el fallo del Consejo de Estado dentro del expediente T- 204077. En consecuencia, **ORDENASE** al Alcalde del Municipio de Ciénaga de Oro, si ya no lo hubiere hecho, que dentro del término de quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, cancele los salarios reclamados por los actores. Si por la imprevisión administrativa, no hubiere partida presupuestal disponible, el Alcalde deberá en el mismo término iniciar las gestiones correspondientes con miras a efectuar las adiciones presupuestales que permitan atender con lo ordenado.

Segundo. **LIBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Cfr. T-210, T- 213, T- 289 de 1998 y T-144 de 1999.

SENTENCIA T-378
mayo 26 de 1999

DERECHO A LA EDUCACION-Retención de certificado de estudios
por no pago de pensión

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de pensión por estudios

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-205983

Peticionaria: Aura Quintero Saavedra

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Solicita la accionante protección a sus derechos fundamentales de petición y educación con base en los siguientes hechos: cursó sus estudios académicos de primaria y secundaria en el Liceo León de Greiff, de la ciudad de Santa Fe de Bogotá. Se destacó siempre con el primer puesto y obtuvo tanto reconocimientos como becas por su buen desempeño. El año pasado acudió al Colegio para retirar su diploma de bachiller y las Directivas se niegan a entregarlo. Al no obtener respuesta, se dirigió al plantel haciendo uso del derecho de petición, el cual tampoco ha sido resuelto. Considera la accionante, que con la falta de respuesta y la negativa a la entrega de su diploma, el Colegio le está afectando su derecho fundamental a la educación, pues perdió la oportunidad de entrar a estudiar a las Universidades de la Sabana y Pedagógica, por no allegar fotocopia del diploma. El plantel educativo demandado respondió que la estudiante aún tiene con ellos una deuda que asciende, con intereses, a \$ 756.000 pesos, y por ello no hace entrega de los certificados requeridos.

La sentencia de instancia concede la tutela por el derecho de petición y niega la protección a la educación, luego de considerar que éste es un derecho que implica obligaciones para las partes y el pago de las pensiones corresponde a los estudiantes de acuerdo con el reglamento estudiantil.

Se trata de determinar en este caso, si existe vulneración al derecho a la educación, cuando un establecimiento educativo, se niega a entregar los certificados de estudio, por no encontrarse el interesado, a paz y salvo en sus obligaciones con tal establecimiento.

En situaciones como ésta, la Corte ha procedido a amparar el derecho a la educación del alumno, puesto que la negativa del Colegio a entregar la certificación por razones económicas, impide que la interesada, como en este caso, continúe su proceso educativo en otro establecimiento. En consecuencia, la retención de certificados implica desconocer la naturaleza prevalente del derecho a la educación sobre los derechos económicos de la institución, que, como lo ha repetido la Corte, deviene en un sacrificio desmedido frente al mencionado derecho fundamental¹.

También, ha dicho esta Corporación, que la circunstancia de que se realice la entrega de los certificados retenidos, no implica que quienes tienen obligaciones pecuniarias con el establecimiento educativo, queden relevadas de su cumplimiento, pues, precisamente, por tratarse de asuntos independientes, quien tiene créditos a su favor, cuenta con las herramientas legales para hacerlos valer, y la entidad, obviamente, puede requerir que se respalden las deudas causadas por costos educativos.

Se ordenará que si el Colegio demandado aún no lo ha hecho, entregue el diploma y las certificaciones solicitadas por la demandante, sin que tal entrega releve a la actora o a su progenitores, de cumplir con las obligaciones económicas que tengan con el Colegio.

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia del Juzgado veintisiete civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Segundo: **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental a la educación. Se ordena al Rector del Liceo León de Greiff, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, entregue las certificaciones y el diploma solicitado por la actora Aura Quintero Saavedra

ADVERTIR a los padres de la actora que la procedencia de esta tutela y la orden que se imparte en este numeral, no los exime del cumplimiento de las obligaciones económicas que tengan contraídas con el Colegio.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ "Sin embargo, debe advertirse respecto de la expedición de certificados escolares solicitados por la actora, que este es un deber del colegio, que no puede retener tales documentos sobretexto de que no se le hayan cancelado las sumas correspondientes a la pensión; teniendo a su disposición las acciones judiciales de índole civil -valga aclarar, el proceso ejecutivo- que el plantel puede ejercer contra la actora para obtener el pago de las sumas que por concepto de pensión y transporte se le adeudan." (sentencia T-607 de 1995, Magistrado Ponente Dr. , doctor Fabio Morón Díaz) (se subraya) Esta jurisprudencia se ha reiterado en otras sentencias, dentro de las que se pueden señalar las siguientes : sentencias T-607/97 ; T-612/97 ; T-235/96 ; T-422/98 ; T-171 y 173/98 ; 760 y 761 de 1998.

SENTENCIA T-379
mayo 26 de 1999

DERECHO DE PETICION Y DEBIDO PROCESO EN VIA GUBERNATIVA
-Resolución oportuna de recurso de apelación

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-206383

Peticionaria: Eva Varela Buitrago

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La señora Eva Varela Buitrago, invoca el amparo de la acción de tutela, por considerar que se le esta vulnerando su derecho fundamental de petición. La demandante expresa que el 23 de septiembre de 1998 interpuso recurso de apelación contra la resolución No.07487 del 22 de julio de 1998 referente a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez del asegurado Efraín Cortés. Al momento de presentar la tutela, febrero once de 1999, el ISS no le había dado respuesta alguna. En comunicación enviada por el ISS al fallador de instancia, se señaló que fue necesario revisar el expediente para determinar la fecha a partir de la cual se concedía la referida pensión. Por ello se encuentra en proyecto el acto administrativo por medio del cual debe resolverse el recurso presentado por la actora. Con las mismas consideraciones de la entidad demandada, en primera y única instancia se niega la tutela, sin que se advierta violación al derecho de petición.

La falta de respuesta al recurso de apelación presentado por la actora hace necesario conceder la tutela pues, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la inobservancia de los términos para resolver oportunamente los recursos presentados contra los actos administrativos, viola el debido proceso y el derecho de petición¹, en tanto el administrado debe recibir una pronta respuesta al recurso presentado en tiempo. La administración con su proceder compromete los principios de eficacia y celeridad, señalados en el artículo 209 de la C.P. como propios de la función pública.

¹ Cfr. sentencias T-294, T-454 de 1997, T-240, T-281, T-291, T-306 y T-365 de 1998.

En este sentido esta Corporación ha repetido² que la autoridad administrativa no puede abstenerse de responder, argumentando el silencio administrativo negativo, pues de hacerlo vulnera el núcleo esencial del derecho de petición, el cual debe originar una respuesta clara, pronta y sustancial con relación a lo solicitado. La Corte ha dicho reiteradamente que el silencio es la principal prueba de la transgresión del derecho fundamental de petición³.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Segundo. **CONCEDER** el derecho de petición y debido proceso a la accionante y ordenar al ISS, Seccional Cundinamarca, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, responda el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 07487 de 22 de julio de 1998, que a su vez repuso la resolución 01732 del 18 de octubre de 1996.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

² Sentencias T-011 de 1998, T-663, T-369, T-069 de 1997, T-148 de 1996, T-213 de 1996, T-241 de 1996, T-700 de 1996.

³ Cfr. Sentencias T-242 de 1993 y T-369 de 1997

SENTENCIA T-380/99

mayo 26 de 1999

MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial/LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto/LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno

La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción.

LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-207.718, T-208.175, T-208.560 y T-210.433. Acumulados

Peticionarias: Carmen Villalba Gil y Otras

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Las accionantes Señoras Carmen Villalba Gil; Gloria Adriana Jaramillo Valencia; Gloria Elena Martínez Paternina y Nidia Esperanza González Guataquira, interponen acción de tutela, las tres primeras contra el Seguro Social E.P.S. y la última contra Unimec E.P.S., ante la negativa de las accionadas a pagarles la prestación económica derivada de la licencia por maternidad, con fundamento en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, según el cual para tener derecho al pago de la licencia, se requiere haber cotizado un tiempo siquiera igual al de la gestación. Manifiestan las accionantes que se afiliaron a las Empresas Promotoras de Salud demandadas, en vigencia del Decreto 1938 de 1994, el cual establecía un mínimo de 12 semanas de cotización para tener derecho a las prestaciones derivadas de la incapacidad por licencia de maternidad. Consideran violados sus derechos al debido proceso, vida, trabajo y seguridad social.

Mediante sentencias de fechas, 24 de febrero de 1999 proferida en segunda instancia por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo, Expediente T-207.718; 15 de febrero de 1999 del Juzgado 3 Civil del Circuito de Tunja, expediente T-208.175; 23 de febrero de 1999 del Tribunal Administrativo del Quindío, expediente T-208.560 y 18 de diciembre de 1998 proferida en segunda instancia por el Juzgado Único Civil del Circuito de Fundación, expediente T-210.433, se negó por improcedente la protección de los derechos invocados por las demandantes. Consideraron los falladores de instancia que existe otro medio de defensa judicial para obtener el pago de la prestación económica reclamada.

Especial protección a la mujer embarazada

La situación planteada es similar a la que esta Corte ha tenido oportunidad de abordar en casos pasados y en donde ha puesto de presente que, la licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre¹. Así mismo ha manifestado que la Constitución Política de 1991, estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el periodo de gestación hasta después del parto y dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo, desde el momento mismo de la concepción².

De otro lado, en los casos bajo estudio, las demandantes se afiliaron a las entidades de salud accionadas, bajo la vigencia del Decreto 1938 de 1994 y estando en estado de gravidez, se presentó un cambio legislativo, Decreto 806 de 1998, que modificó los requisitos para obtener el pago de la prestación económica por ellas solicitada. De manera que en los presentes casos, siguiendo las pautas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación, la norma aplicable debe ser aquella que las beneficie y garantice la protección especial que señala la Constitución Política, que para el asunto bajo estudio es, por aplicación ultra activa, el Decreto 1938 de 1994 norma que existía al momento en que las accionantes iniciaron su periodo de buena esperanza³.

Por lo anteriormente expuesto, se concederá la tutela de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de las accionantes, se revocaran los fallos de instancia y se ordenará al Seguro Social E.P.S. y a Unimec E.P.S., que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, procedan a pagar la licencia de maternidad a las demandantes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

¹ Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Sentencias T-606/95; T-106/96; T-568/96; T-694/96; C-710/96; T-662/97.

³ Sentencia T-792 de 1998, T-093/99, T-139/99 y T-205/99 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra; T-104/99, T-149/99, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Y T-210/99 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo del 24 de febrero de 1999; el Juzgado 3 Civil del Circuito de Tunja, del 15 de febrero de 1999; el Tribunal Administrativo del Quindío del 23 de febrero de 1999 y el Juzgado Unico Civil del Circuito de Fundación, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de las señoras Carmen Villalba Gil; Nidia Esperanza González Guataquira; Gloria Adriana Jaramillo Valencia y Gloria Elena Martínez Paternina, respectivamente.

Segundo. **ORDENAR** al Instituto del Seguro Social E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad a las demandantes señoras Carmen Villalba Gil; Gloria Adriana Jaramillo Valencia y Gloria Elena Martínez Paternina.

Tercero. **ORDENAR** a Unimec E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a pagar la licencia de maternidad a la demandante señora Nidia Esperanza González Guataquirá.

Cuarto. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-381

mayo 26 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-210737 y T-212034

Peticionarias: Avelina Barrios Burgos y Edith Elvia del Socorro Castilla Morales

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Las demandantes Avelina Barrios Burgos y Edith Elvia del Socorro Castilla Morales son pensionadas del Departamento de Bolívar. Las mesadas correspondientes a su pensión les fueron pagadas puntualmente hasta el mes de julio de 1998, fecha a partir de la cual y hasta la interposición de las presentes tutelas, no se ha realizado pago alguno. Ante tal situación, consideran violados sus derechos fundamentales a la seguridad social, pues se les está afectando su mínimo vital por cuanto del pago puntual de sus mesadas pensionales depende su subsistencia. Solicitan se ordene al Gobernador del Departamento de Bolívar la cancelación del valor de las mesadas pensionales adeudadas. En los expedientes objeto de revisión, obra respuesta dada por la Gobernación del Departamento de Bolívar en la cual se indica la grave situación económica que afronta el departamento, así como los gestiones que se vienen adelantando por parte del señor Gobernador para la obtención de recursos económicos que le permitan el cumplimiento de sus compromisos laborales.

Mediante sentencias de primera instancia el Tribunal Superior de Bolívar en sus Salas Laboral y Penal resolvieron negar la tutela a la señora Avelina Barrios Burgos, y tutelar a los derechos de la señora Edith Elvia del Socorro Castilla de Morales. En el primer caso, consideró el Tribunal que la actora tiene otras vías de defensa judicial, y que ella no pertenece a la tercera edad. En el caso de la señora Castilla de Morales se ordenó al señor Gobernador que tan pronto obtenga el desembolso de los créditos que estaba tramitando, cancele prioritariamente a la actora las mesadas pensionales adeudadas. Impugnadas ambas decisiones conocieron en segunda instancia las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia,

respectivamente. En el primer caso, confirmó la decisión del a quo. En el segundo caso, revocó la decisión y en su lugar negó la tutela. Consideró que la situación de la actora es generalizada respecto de empleados y ex empleados del departamento, y resultaría una intromisión por parte del juez de tutela ordenar a la administración departamental el sentido en que debe manejar el presupuesto.

Esta Corporación ha determinado en varios de sus fallos que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de acreencias laborales, cuando la falta de aquellas afecta el mínimo vital de los solicitantes.¹ Ahora bien, en el caso de los pensionados, estos ya agotaron su vida activa como trabajadores, se encuentran excluidos del mercado laboral y frente a una gran dificultad para sustituir el único ingreso que constituye, sin lugar a dudas, su mínimo vital.²

En los casos objeto de revisión, se tiene que los demandantes son pensionados, ven afectadas sus condiciones de vida digna por la demora en que se encuentra el Departamento de Bolívar en cancelarles su único medio de sostenimiento, es decir su mínimo vital. Por lo tanto, se protegerán los derechos de las actoras³, y se ordenará el pago de las mesadas no canceladas.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia del 9 y 17 de marzo 1999. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida digna y al pago oportuno de las mesadas pensionales, de las señoras Avelina Barrios Burgos y Edith Elvia del Socorro Castilla Morales.

Segundo. **ORDENAR** al Gobernador del Departamento de Bolívar que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a pagar las mesadas pensionales adeudadas a las accionantes, siempre y cuando exista la partida presupuestal correspondiente. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Tercero. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

¹ Corte Constitucional, sentencias T-426 y T-527 de 1992; T-147 y T-244 de 1995; T-212 y T-608 de 1996; T-001 de 1997; T-008, T-098, T-327, T-330, T-357, T-544, T-658 y T-791 de 1998; T-005 y T-075 de 1999, SU-062 de 1999, T-238 y T-317 de 1999 entre otras.

² Corte Constitucional, Sentencias T-323 de 1996 y T-299 de 1997 entre otras.

³ Contra el Departamento de Bolívar ya existen en igual sentido las sentencias T-009 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, T-102, T-238 y T-317 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

SENTENCIA T-382
mayo 26 de 1999

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Prevalencia

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de audífonos excluidos del manual de actividades, intervenciones y procedimientos

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Suministro de audífonos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-211492

Peticionaria: Sor Marleny Cardona Ospina

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Sor Marleny Cardona Ospina, actuando en representación de su menor hija Deisy Yuliana Cardona Ospina, relata en su demanda, que mediante examen de audiometría tonal e impedanciometría, realizados en noviembre de 1998, se le descubrió a su hija de 8 años de edad, limitaciones auditivas de tal grado, que le diagnosticaron la necesidad del uso de audífonos. La entidad accionada no atendió a la petición de suministro de los audífonos puesto que según el artículo 12 de la resolución 5261 de 1994 los audífonos no están cubierto por el P.O.S. La sentencia de instancia niega la tutela con los mismos argumentos expuestos por la accionada, y además señalando que los padres de la menor pueden acudir a las instituciones públicas y privadas que tengan vinculación con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atender a su hija, tal como lo establece el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

La niña Deisy Juliana Cardona Ospina, padece de una hipoacusia neurosensorial bilateral y la especialista en fonoaudiología emitió el siguiente diagnóstico : “La niña presente una pérdida auditiva severa que la llevan a que se comunique por medio de señas. Teniendo en cuenta la limitación, se hace indispensable la adaptación de audífonos para ambos oídos, para que la niña logre hablar y pueda tener un desarrollo integral acorde con su edad.” La entidad demandada negó el suministro de los audífonos, argumentando que ese tipo de

prótesis auditivas no se encuentra dispuesto en la ley para ser cubierto por el plan obligatorio de salud.

Esta Corporación se ha ocupado de varios casos en los cuales se ha aplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la integridad personal, como regla general. En tales eventos, la Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales¹.

Se discuten esta vez, los derechos fundamentales de una niña, frente a lo cual es preciso recordar que la propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello busca que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás. De igual forma ha resaltado la Corte, (Cfr. T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-514 de 1998) que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen reconocidos el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.

Así pues, en este caso se reiteran los criterios fijados en anteriores sentencias relativas a la salud de los niños, especialmente la T-784 de 1998, en donde se aplicó la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Constitución, pues de igual manera consideró la Corte que la disposición legal en la cual se basaba la negativa de entregar unos audífonos que mejoraban la salud de un menor, desconocía el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 *Ibidem*, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores. (Convención de los Derechos del Niño, artículos 3, 6, 23, 24, 26 y 27).²

Las anteriores consideraciones son suficientes para resolver el caso que se revisa, pues la disposiciones legales y reglamentarias en las que se ampara la entidad demandada desconocen los derechos fundamentales de Yuliana Cardona Ospina.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** el fallo proferido por el juzgado cuarto laboral del Circuito de Medellín.

Segundo. Con arreglo al artículo 4 de la Constitución, **INAPLICAR** en el presente caso, por ser incompatibles con ella, el párrafo del 12 de la Resolución 5261 del 05 de agosto de 1994,

¹ Al respecto, ver Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T- 114 y T- 640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en esta última se señaló "La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aun, sobre las disposiciones de carácter reglamentario, como es la que excluye del Plan Obligatorio de Salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados."

² Cfr. T-514 de 1998, T-556 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. " Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de Integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños y, por tanto, se inaplicarán, en el presente caso, las disposiciones que van dirigidas a imponer limitaciones".

emanada del Ministerio de Salud, o las disposiciones que, con el mismo sentido, los hayan sustituido.

Tercero. **CONCEDER** el amparo solicitado y, en consecuencia, ordenar a la E. P. S. Confenalco-Antioquia, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre a la niña Deisy Yuliana Cardona Ospina, los audífonos que le fueron prescritos por la médica tratante.

Cuarto. **LIBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-384
mayo 27 de 1999

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-191993

Acción de Tutela instaurada por María Mercedes Salazar Correa contra la Inspección Tercera Municipal de Policía y el Alcalde Municipal de Chinchiná (Caldas)

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C. a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I ANTECEDENTES

La señora María Mercedes Salazar, relata los hechos de su demanda así:

1. Es propietaria y poseedora material de un predio denominado la “Aurora”.
2. En el mes de enero de 1998 ordenó al administrador de su finca, señor Alfonso Salazar, que cercara dicha propiedad, con el fin de alinderar su inmueble del de propiedad de los señores Gustavo Jiménez Gómez y Danilo Alberto López. Dicha orden fue cumplida por el señor Salazar.
3. En el mes de marzo los señores Jiménez y López demandaron al señor Alonso Salazar a través de apoderado en querrela de policía.
4. La Inspectora Tercera Municipal de Policía inició una querrela de policía por perturbación a la posesión y servidumbre de tránsito, en contra del administrador de la finca “La Aurora”, de la que la accionante es propietaria y poseedora.
5. Dentro de dicho proceso , se hizo notar por parte del señor Alonso Salazar, el dominio y posesión que ostenta la actora y se solicitó que fuera llamada para intervenir en dicha actuación en su calidad de poseedora material. Sin embargo, dicha solicitud no fue atendida y no se integró el *litis consorcio* necesario, dejándola por fuera de la decisión y sin oportunidad de controvertir, refutar y defender su posesión y titularidad.

6. Mediante resolución número 018 emitida por la Inspección Tercera Municipal de Policía de Chinchiná, Caldas, el 28 de mayo de 1998, se decidió en primera instancia la querrela de policía por perturbación de la posesión de la servidumbre de tránsito, disponiendo que en el término de 8 días debía destruirse el cerco origen del conflicto.

7. Considera la actora, que le han vulnerado sus derechos de defensa y debido proceso, pues a pesar de ser la poseedora material, tenedora y propietaria del inmueble donde está el cerco, nunca se le citó, ni se le vinculó al proceso policivo, y considera que deben volverse las cosas al estado anterior de haber ordenado el levantamiento del cerco.

II. DECISION QUE SE REvisa

En el auto admisorio de la demanda de tutela, el Juez Civil del Circuito de Chinchiná, ordenó como medida precautelativa, la suspensión del cumplimiento de la decisión ordenada en la querrela, en el sentido de destruir el cerco que la actora ordenó levantar a su administrador para cerrar el predio.

La decisión de fondo, al conceder el amparo a los derechos de defensa, debido proceso y propiedad, solicitados por la actora, consideró lo siguiente:

“Estima el sentenciador de tutela, que en el caso de autos sí se violó el debido a la promotora de la misma por cuanto no se le permitió, al no citarla ni notificarla en forma legal y oportuna, intervenir en la querrela y asumir su defensa. Además, con la orden de destruir el cerco que existe en el predio la Aurora, sobre el cual detenta la posesión material, también de manera conexas se le amenaza su derecho conexo de propiedad.”

“No es constitucional que la poseedora del predio ‘La Aurora’, quien en ejercicio de sus facultades de señora y dueña respecto del inmueble le ordenó a su dependiente o administrador que construyera la cerca, se vea compelida por la decisión ejecutoriada dictada dentro del trámite del proceso policivo a destruir la misma, cuando no tuvo la oportunidad legal de intervenir, ya que ni fue querrelada, ni se le citó de oficio...”

Con base en esas consideraciones se ordenó en el fallo mencionado, dejar sin efecto todo el trámite surtido dentro del proceso policivo a partir del auto del 26 de marzo de 1998, por medio del cual se fijó fecha y hora para la práctica de la inspección judicial con intervención de peritos a los predios comprometidos.

La impugnación a dicha providencia fue negada por la Sala Unitaria Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales, tras considerar que el abogado que representaba a los querellantes en el proceso policivo, carecía de poder para actuar en la presente tutela, y además los señores Gustavo Jiménez Gómez, Daniel Alberto López Ramírez y Alonso Salazar Correa, no habían sido vinculados al proceso de tutela.

III. ACTUACION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Revisado el expediente en un primer momento por el Magistrado sustanciador de esta causa, se advirtió que ni la demanda de tutela ni las decisiones en ella dictadas, se habían notificado a los señores Gustavo Jiménez Gómez, Daniel Alberto López Ramírez y Alonso Salazar Correa. En razón a que tales personas podían verse afectadas con los pronunciamien-

tos asumidos dentro de este proceso, se puso en su conocimiento tanto la demanda de tutela como las decisiones de instancia, para que se pronunciaran en relación con las pretensiones y el problema jurídico por ellas planteado.

En respuesta al primer despacho comisorio, se logró notificar al señor Alonso Salazar Correa, pero no a los dos restantes, quienes, según lo manifestó el juez de instancia, residen en Municipios distintos al de Chinchiná, y por falta de competencia territorial no fue posible notificarlos.

Posteriormente, con fecha de veintisiete de abril se logra la notificación del señor Gustavo Jiménez Gómez, a quien se le hace saber el contenido de un segundo despacho comisorio librado por el Magistrado Ponente.

Comisionado el juez de Armenia para efecto de notificar al señor Daniel Alberto López Ramírez, se recibió informe del notificador encargado, en donde consta que luego de asistir a la diligencia de notificación personal ordenada por el despacho comisorio número 003 ordenado por la Corte Constitucional, fue informado de que el señor López Ramírez, no residía en dicha dirección desde seis meses atrás.

Al momento de decidir esta tutela, se recibe la intervención del señor Gustavo Jiménez Gómez, quien solicita sea revocada la decisión de primera y única instancia en esta tutela, puesto que no se vislumbra violación a los derechos constitucionales de ninguna de las personas intervinientes en el proceso.

Entra esta Sala a decidir sobre la tutela interpuesta, luego de los hechos y antecedentes relatados, y habiendo ofrecido todas las garantías necesarias para asegurar el debido proceso y la intervención de terceros con posible interés en los resultados de la misma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la sentencia antes relacionada, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Carencia actual de objeto

La protección al derecho de defensa, solicitada por la actora en este evento, apuntaba a buscar las oportunidades de intervención que en un proceso policivo se le habían negado por parte de la Inspectora Tercera Municipal de Policía de Chinchiná. La sentencia de instancia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de aquella localidad, accedió a las pretensiones de la actora, luego de demostrar que ésta no fue oída ni vencida en la querrela policiva que se relacionó en los antecedentes de este proveído.

Así pues, no hay lugar a que esta Sala de Revisión se pronuncie en relación con el fallo emitido dentro de este expediente, por existir, en la actualidad, carencia de objeto, puesto que, por virtud del fallo que emitió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Chinchiná (Caldas) el veinte (20) de octubre de 1998, la protección que requería la señora María Mercedes Salazar Correa ya fue ordenada. Lo anterior también es confirmado con el escrito que a esta Corte allegó la Inspectora Tercera Municipal de Policía de Chinchiná, en donde se lee:

“ Con el presente me permito informarle que en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juez Civil del Circuito de este municipio de Chinchiná, en su numeral segundo fechado del 20 de octubre de 1998; esta Inspección mediante proveído del 21 de octubre de 1998 ordenó dejar sin efecto todo el trámite surtido dentro del proceso querrela civil de policía por presunta perturbación a la posesión y servidumbre de tránsito, instaurada por los señores Gustavo Jiménez Gómez y Daniel Alberto López Ramírez...”

Lo que quiere decir que la decisión de esta Corporación, en el evento correspondiente, carecería de fundamento, pues no tendría sentido revocar o confirmar la mencionada decisión, cuando el motivo que le dio origen, en la actualidad se encuentra superado en virtud del fallo de primera instancia.

En relación con la carencia de objeto, se ha pronunciado esta Corporación en múltiple jurisprudencia, así:

“(...) la decisión judicial mediante la cual se concede una tutela tiene por objeto la restauración del derecho conculcado, ajustando la situación planteada a la preceptiva constitucional.

“Si ello es así, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -bien sea por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- conduce a la pérdida del motivo constitucional en que se basaba el amparo. Ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.

“Lo propio acontece cuando el aludido cambio de circunstancias sobreviene una vez pronunciado el fallo de primer grado pero antes de que se profiera el de segunda instancia o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional. En dichas hipótesis la correspondiente decisión sería inoficiosa en cuanto no habría de producir efecto alguno”. (subrayas fuera de texto) (Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 1994. Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández)¹.

Así las cosas, esta Sala de Revisión confirmará el fallo proferido el veinte de octubre de 1998, por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, Caldas, en la acción de tutela de María Mercedes Salazar contra la Inspección Tercera de Policía de Chinchiná y el Alcalde Municipal de la misma localidad.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

¹ En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-542 de 1992, T-036 de 1994; T- 111 de 1995, T-402 de 1996 y 623 de 1997, entre otras.

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná (Caldas) del 20 de octubre de 1998, por existir carencia actual de objeto.

Segundo. Por Secretaria General, **LIBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-385

mayo 27 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios/
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas

EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios
o mesadas pensionales

INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el Gobierno nacional y
departamental colaboren en la solución a la crisis económica o presupuestal

Referencia: Expedientes T-208.868; T-209.992. T-210.358; T- 210.935.

Acciones de tutela de José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível, Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo en contra de la Universidad del Valle.

Procedencia: Juzgados Veintiocho Civil Municipal de Cali, Noveno Civil del Circuito de Cali, Diez y seis Penal del Circuito de Cali, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Sentencia aprobada en Bogotá, D.C., en sesión del veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. ANTECEDENTES.

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre los fallos proferidos por los Juzgados Veintiocho (28) Civil Municipal de Cali, Noveno (9) Civil del Circuito de Cali, Diez y seis (16) Penal del Circuito de Cali, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en las acciones de tutela de José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível, Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo en contra de la Universidad del Valle.

Los expedientes llegaron a la Corte Constitucional, por remisión que hicieron las secretarías de los despachos judiciales mencionados. La Sala de Selección No. 4 de Tutelas de la Corte Constitucional, por autos del veintiséis (26) y treinta (30) de abril de 1999, ordenó la revisión de los casos de la referencia, así como la acumulación de los expedientes T-209.992 y T-210.358, para ser decididos en una sola sentencia, si así lo consideraba pertinente la Sala de Revisión. Igualmente, se ordenó la acumulación del expediente T-208.868 al expediente T-207.328, que para la fecha del auto de la Sala de Selección ya tenía registro de proyecto de sentencia, razón por la que no fue posible su acumulación.

Sin embargo, la Sala Segunda de Revisión, por auto del cinco (5) de mayo de 1999, ordenó la acumulación de los expedientes de la referencia al expediente T-208.868, por la identidad existente en los hechos que motivaron las cuatro (4) acciones, como en el ente acusado. Por esta razón, se proferirá un solo fallo para decidir los procesos de la referencia.

Los hechos que dieron origen a estas acciones pueden resumirse así:

A. HECHOS

1. Los actores José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível y Lucio Velázquez Coral (T-208.868; T-209.992 y T-210.358 respectivamente), son pensionados de la Universidad del Valle.

2. La actora Isabel Cristina Tenorio Rebolledo (T-210.935) está vinculada actualmente como docente de tiempo completo de la mencionada entidad educativa.

3. Desde el 15 de agosto de 1998, como consecuencia de la crisis financiera por la que atraviesa la Universidad del Valle, tal como consta en los distintos documentos e intervenciones que aportaron los representantes y apoderados de este establecimiento, se suspendió el pago de las mesadas pensionales y salarios a todos los empleados y pensionados del ente universitario.

B. Las demandas de tutela

En términos generales, los actores solicitan la protección rápida y eficaz de sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, por medio de una orden que permita el pago de los salarios y mesadas atrasadas, como la previsión para que se cancelen las que se lleguen a causar después del fallo.

C. Sentencias de primera y segunda instancia

1. De los cuatro casos conocieron despachos judiciales diversos -Juzgados Veintiocho (28) y Décimo (10º) Civil Municipal de Santiago de Cali, Veinticinco (25) Penal Municipal de Santiago de Cali y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera-. Sólo el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Santiago de Cali concedió el amparo solicitado, los restantes juzgadores decidieron denegarlo. Las razones para una y otra decisión, se pueden resumir así:

2. El Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Santiago de Cali (T-209.992. José Rafael Manquilla), entendiendo que el derecho al pago oportuno de las mesadas pensionales, por su relación con el derecho a la vida y al mínimo vital, debe ser objeto de protección mediante la

acción de tutela, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en múltiples fallos, ordenó al rector de la entidad universitaria acusada que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, dispusiera de los mecanismos legales para realizar las gestiones para el pago de la pensión del actor, en un término máximo de dos (2) meses, pese a reconocer la crisis financiera por la que atraviesa el ente acusado.

3. Esta decisión fue impugnada por el apoderado de la Universidad, por considerar que demostrado como lo estaba que la crisis financiera que afronta el ente universitario no es producto de la desidia ni malos manejos de sus directivas, no era lógico obligar a éstas a cancelar, en un término tan corto, las acreencias de ésta para con sus trabajadores y pensionados, cuando no se cuenta con recurso alguno para el efecto.

4. En segunda instancia, el Juzgado Noveno Civil del Circuito, revocó la decisión adoptada por el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Santiago de Cali. La razón esgrimida por este juzgado fue que en razón de la crisis financiera de la entidad acusada, no podía obligarse a las directivas a cumplir lo imposible, dado que no cuentan con los recursos para dar cumplimiento al fallo del juez de tutela.

5. En relación con el amparo solicitado por los señores José Alirio Orozco; Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo, éste fue denegado por los Juzgados Veintiocho (28) Civil Municipal de Santiago de Cali, Veinticinco (25) Penal Municipal de Santiago de Cali y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera-, con el argumento según el cual, como el cese en el pago de los salarios y mesadas pensionales por parte de la institución acusada no es producto de la negligencia o desidia de sus directivas, sino de la crisis económica que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones laborales adquiridas, no se puede ordenar a la entidad que realice acciones que le son de imposible cumplimiento, como la de pagar cuando no se tienen los recursos para el efecto. Igualmente, porque los actores no demostraron que su mínimo vital estuviese afectado o que fuesen personas de la tercera edad, que requiriesen un amparo inmediato.

6. Impugnadas estas decisiones, salvo la proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Civil Municipal de Santiago de Cali, por cuanto los actores consideraron que sus derechos se estaban vulnerando, en especial, por no contar con los recursos para satisfacer sus necesidades básicas, los Juzgados Diez y seis (16) Penal del Circuito de Cali y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, confirmaron la decisión de denegar el amparo solicitado, argumentando entre otras razones, que los actores no demostraron la afectación de su mínimo vital, como tampoco la edad que permitiera presumir que se trataban de personas de la tercera edad, así como el hecho mismo de no haber solicitado la acción como mecanismo transitorio.

Dentro de este contexto, esta Sala de Revisión entrará a decidir.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate

Corresponde a esta Sala decidir si, en el caso sometido a revisión, la acción de tutela es procedente, teniendo en cuenta que se solicita el pago de acreencias laborales y pensionales que adeuda una entidad universitaria oficial, cuya situación financiera es crítica, hecho que determinó la cesación de pagos de nómina y mesadas pensionales desde el mes de agosto de 1998. Pretensión que, en principio, puede lograr satisfacción mediante una acción específica ante una jurisdicción distinta a la Constitucional.

Para el efecto, esta Sala se limitará a reiterar la jurisprudencia adoptada en las sentencias T-259 y T-308 de 1999, en las que al resolver los casos de otros pensionados y trabajadores de la Universidad del Valle, se dijo:

“Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de salarios y mesadas pensionales.

“...

“3.3. La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T-246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T-01, T-087, T-273 de 1997, T-11, T-75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, una vulneración o lesión de su mínimo vital, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T-246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T-01, T-087, T-273 de 1997, T-11, T-75 y T-366 de 1998, entre otras).

“3.4. El cese de pagos salariales y pensionales, prolongado o indefinido en el tiempo, hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos (sentencia T-259 de 1999). En tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su pago está afectando el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada de pagar esta prestación, desvirtuar tal presunción.

“3.5. Las órdenes que puede emitir el juez de tutela, pueden ser de dos clases: i) ordenar el pago de los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir -caso extremo. ii) ordenar que se efectúen o realicen las gestiones y se adopten las medidas que sean necesarias para que en un término prudencial, el empleador o entidad encargada del pago de la pensión reanude el pago -regla general-. La cancelación de los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir, entonces, debe obtenerse a través de las acciones judiciales correspondientes (sentencias T-299 de 1997; T-031, T-070, T-242, T-297 de 1998 y 106 de 1999, entre otras).

“3.6. Las crisis económica o presupuestal que pueda sufrir una entidad pública o privada, no la exime de su principal obligación como empleadora: pagar oportunamente el salario a sus trabajadores y las mesadas pensionales a que esté obligado (sentencias T-323 de 1996; T-124;

T-171 y T-234 y 299 de 1997, T-399 de 1998, T-08, T-020 y T-106 de 1999, entre otras). Ni aun en aquellos eventos en que estas crisis no sean producto de la negligencia o desidia de los llamados a responder (sentencia T-259 de 1999).

Frente al caso concreto de la Universidad del Valle, se estableció.

“4.1. La Universidad del Valle, entidad universitaria de carácter oficial, viene presentado desde el año de 1989 un déficit fiscal que se ha incrementado en el curso de los últimos años. Crisis que en el mes de agosto de 1998, la llevó a suspender el pago de las nóminas tanto de sus empleados como de sus pensionados. Las causas de esta crisis, según versiones de las directivas, responden a una serie de factores como el crecimiento exponencial de las pensiones, los valores crecientes de las cesantías y los servicios de la deuda pública, entre otros.

“4.2. La mayor parte de los recursos de la institución universitaria, corresponden a los aportes que por transferencias realiza la Nación, así como los del gobierno departamental. Los recursos propios no le son suficientes para sufragar los créditos que ha ido adquiriendo con los establecimientos financieros, cuya destinación ha sido en gran parte para cubrir compromisos salariales.

“4.3. La solución a esta situación, se dice, requiere de un compromiso por parte del Gobierno Nacional para que, atendiendo a la realidad estructural de la Universidad del Valle, se la dote de los recursos necesarios, y asuma, entre otros, la carga pensional que la Nación tiene para con ésta, así como el reconocimiento de los valores que adeuda por concepto de bono pensional.

“Igualmente, se requiere la colaboración de la administración departamental, que adeuda a la universidad dineros por pago de pensiones y cesantías desde 1994 y que asciende a seis mil millones de pesos aproximadamente (\$ 6.000.000.000.)

“4.4. En la sentencia T-259 de 1999 se solicitó al Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como a la administración departamental del Valle del Cauca que, de ser posible, presten su colaboración a efectos de buscar una salida a la crisis por la que está atravesando la Universidad del Valle.

“4.5. En documentos que obran en los expedientes de la referencia, se encuentra el Decreto 3525 del 26 de noviembre de 1998, por el que se hacen unos traslados presupuestales en el presupuesto de funcionamiento asignado al Ministerio de Educación Nacional. Uno de esos traslados corresponde al que se hizo en favor de la Universidad del Valle, recursos éstos que no fueron suficientes para cancelar las acreencias laborales y pensionales que tiene esta entidad, pues sólo se pagó, en el mes de diciembre, la segunda quincena de agosto y primera quincena de septiembre a los docentes nombrados.

“Lo que significa que los empleados y pensionados de este ente universitario, continuarán privados de recibir en tiempo sus salarios y mesadas pensionales, lo que constituye un claro desconocimiento de los derechos mínimos de éstos. Los empleados quedan expuestos a que en un término no definido, continúen prestando sus servicios sin recibir remuneración alguna, mientras que los pensionados no recibirán sus mesadas.

“Hecho que hace necesario que el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental, en el ámbito de

sus competencias y de conformidad con la ley, pongan en marcha las correspondientes acciones y políticas para resolver los problemas estructurales de la Universidad del Valle, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta institución, hacer los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, les permitan pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

“....

“Esta Corporación, pese a la crisis que afronta la Universidad del Valle, no puede dejar de reconocer que los derechos fundamentales de los actores están siendo vulnerados, y no obstante que no aportaron pruebas sobre la afectación de su mínimo vital, acudiendo a la presunción de que trata el numeral 3.7. de esta providencia, habrá de ordenar a las directivas de la universidad que, en forma prioritaria, agoten las gestiones de corto plazo que sean necesarias para garantizar que los actores, para nóminas salariales y pensionales futuras, podrán obtener su pago en tiempo.

“El Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental del Valle del Cauca, en el ámbito de sus competencias y de conformidad con la ley, deberán poner en marcha las correspondientes acciones y políticas para resolver los problemas estructurales de la entidad universitaria en comento, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta institución, efectuar los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, permitan pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar” (Sentencia T- 308 de 1999).

Tercera. Los casos sometidos a revisión

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en las providencias transcritas, y que los casos sometidos a revisión de esta Sala deben ser fallados de igual forma a los analizados en aquéllas, por no existir diferencias en los supuestos de hecho, habrá de revocarse las decisiones proferidas por los Juzgados Veintiocho (28) Civil Municipal de Cali, Noveno (9) Civil del Circuito de Cali, Diez y seis (16) Penal del Circuito de Cali, y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en las acciones de tutela de José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível, Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo en contra de la Universidad del Valle, que denegaron el amparo que éstos solicitaron. En su lugar, se ordenará al rector (a) de la Universidad del Valle, como representante legal de ésta o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este fallo, inicie los trámites y gestiones necesarios para obtener los recursos que permitan garantizar el pago oportuno de los salarios y mesadas pensionales de las nóminas futuras, a las que puedan tener derecho los actores.

En relación con los salarios y mesadas pensionales dejadas de percibir, los actores deberán acudir al procedimiento ejecutivo.

En los anteriores términos, se concederá el amparo solicitado por los señores José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível, Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **REVOCANSE** las sentencias proferidas por los Juzgados Veintiocho (28) Civil Municipal de Cali, Noveno (9) Civil del Circuito de Cali, Diez y seis (16) Penal del Circuito de Cali, y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en las acciones de tutela de José Alirio Orozco; José Rafael Manquilla Masatível, Lucio Velázquez Coral e Isabel Cristina Tenorio Rebolledo en contra de la Universidad del Valle. En su lugar, **CONCEDASE** el amparo solicitado, en los términos expresados en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: En consecuencia, **ORDENASE** al rector (a) de la Universidad del Valle o quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites y gestiones necesarios, si es que durante el trámite de revisión ya no los hubiere hecho, para obtener los recursos que permitan garantizar el pago oportuno de los salarios y mesadas pensionales a los que puedan tener derecho los actores, en las nóminas futuras.

Para el efecto, el Gobierno Nacional, a través de los Ministerios de Educación y Hacienda y Crédito Público, así como la administración departamental del Valle del Cauca, deberán poner en marcha las acciones y políticas correspondientes para resolver los problemas estructurales de la Universidad del Valle, en especial, aquellas que le permitan a las directivas de esta institución hacer los trámites que sean del caso para obtener recursos que, por lo menos, les permita pagar las mesadas salariales y pensionales que se vayan a causar.

Tercero. **ENVIESE** copia de este fallo a las autoridades mencionadas en el numeral anterior.

Cuarto. Por Secretaría General, **LIBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-386
mayo 27 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Normatividad legal aplicable
para reconocimiento de pensión

**PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA
EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO**
Reconocimiento de pensión

Referencia: Expediente T-209495

Peticionario: Plutarco Hormechea Redondo.

Procedencia : Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Bogotá, en sesión del veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Cinco, ordenó la selección del mencionado expediente, por auto del 6 de mayo de 1999.

1. ANTECEDENTES

A. La demanda

El señor Plutarco Hormechea Redondo, presentó demanda en contra del Banco Popular S.A., con el fin de que se le tutele el derecho a la igualdad, con fundamento en los siguientes :

B. Hechos

1. El demandante fue empleado del Banco Popular S.A. durante el periodo comprendido entre el 13 de junio de 1959 y el 28 de agosto de 1990.

2. En el mes de agosto de 1990, después de haber laborado 31 años para el Banco Popular, el actor renunció a dicha entidad, con el propósito de esperar la edad de 55 años para que la mencionada institución le reconociera el pago de su pensión de jubilación.

3. Mediante comunicación de mayo 22 de 1997, dirigida al Banco Popular S.A., el demandante inició los trámites necesarios para el reconocimiento de su pensión de jubilación, anexando para el efecto los documentos exigidos por el Banco.

4. Mediante comunicación No. 921-40332-97 del 3 de junio de 1997, el banco negó la solicitud de pensión de jubilación presentada por el demandante, “por supuestas razones de orden legal” y, en la cual se le manifiesta que “tiene que esperar hasta cumplir la edad de sesenta años para solicitar al Seguro Social el pago de su pensión de vejez”.

5. Ante la negativa del Banco Popular, el actor inició la demanda correspondiente ante la jurisdicción ordinaria, la cual cursa en el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, pero estando en curso el proceso mencionado, se enteró que mediante Resolución No. 044 del 5 de enero de 1996, el Banco Popular reconoció el pago de la pensión de jubilación al señor Edgardo Nicolás Jiménez Coronado, quien se encontraba en idénticas circunstancias a las suyas, como quiera, que el señor Jiménez Coronado ingresó a laborar a la entidad demandada el 1 de octubre de 1966 y su retiro se produjo el 31 de octubre de 1987.

6. En la resolución que reconoció la pensión de jubilación al señor Edgardo Jiménez se estableció que él acreditó más de 20 años de servicio al Banco Popular y una edad de 55 años.

7. Al momento de la desvinculación del demandante del Banco Popular (1990) la legislación vigente, agrega el actor, establecía “que se reconocería la pensión de jubilación a aquellas personas que habiendo laborado veinte años en una institución cumplieran cincuenta (50) años de edad si era mujer y cincuenta y cinco (55) años de edad en caso de ser hombre”.

8. Señala que posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se aumentó el requisito de edad en 55 años para la mujer y 60 para el hombre, “pero estableciendo un régimen de transición con el propósito de respetar derechos adquiridos y condiciones específicas a trabajadores de todos los sectores de acuerdo con los sistemas pensionales que los venían rigiendo”.

9. Añade que la vulneración del derecho a la igualdad de que es víctima, consiste en que ante dos situaciones idénticas el Banco Popular S.A., está dando un trato desigual y discriminatorio, por cuanto, mientras al señor Jiménez Coronado se le reconoció su derecho a pensión de acuerdo con el régimen de transición, a él (el actor) se le niega el mismo derecho y, se le obliga a acudir a la jurisdicción laboral.

B. Réplica

El Banco Popular, procedió a dar respuesta acerca de los hechos y peticiones contenidos en la demanda de tutela, en los siguientes términos :

Que en efecto el demandante laboró para el Banco Popular desde el 13 de julio de 1959 hasta el 28 de agosto de 1990, fecha a partir de la cual el Banco le aceptó la renuncia por él presentada al cargo de Secretario 3º., habiéndole cancelado en ese entonces las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho.

Agrega la entidad demandada, que al momento de la renuncia en el mes de agosto de 1990, el demandante no manifestó que lo hacía con el ánimo de esperar la edad de 55 años para solicitar al banco la pensión de jubilación y, por su parte dicha entidad aceptó la renuncia sin informar nada al respecto.

Aduce la entidad demandada que no está obligado a reconocerle pensión alguna al actor, toda vez que su derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la privatización del Banco Popular, hecho que ocurrió el 21 de noviembre de 1996, por cuanto, si bien al momento del retiro el accionante contaba con más de 20 años de servicios, aún no había cumplido la edad, lo que significa que siendo dos los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión que reclama, el demandante solo tenía una expectativa de derecho. Agrega además la entidad demandada, que el Instituto de Seguros Sociales “había subrogado a los empleadores en la pensión de jubilación, al asumir el riesgo de vejez, por lo cual, habiéndose efectuado las cotizaciones pertinentes, correspondería a esa entidad de previsión social reconocer la prestación a que tenía derecho”.

Añade además, que en marzo de 1998, en Banco Popular fue notificado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de la demanda que instauró el señor Plutarco Hormechea Redondo, mediante la cual solicita se condene al Banco Popular a reconocer y pagar al demandante la pensión vitalicia de jubilación a partir de junio de 1997, por lo tanto, mal puede el accionante pretender que por la vía de la acción de tutela se le reconozca su pensión de jubilación, por cuanto esto es de competencia única y exclusiva del juez de tutela.

Por otra parte, manifiesta que es cierto que el Banco Popular reconoció la pensión de jubilación al señor Edgardo Jiménez Coronado, quien cumplió los 55 años de edad, cuando todavía el Banco Popular era una sociedad de economía mixta, situación que no puede calificarse como un trato preferencial y discriminatorio que viole el derecho a la igualdad, pues basta comparar las fechas de nacimiento del actor con el señor Jiménez Coronado, para corroborar que éste último consolidó su derecho pensional cuando la entidad demandada era una entidad de carácter oficial, en tanto que el demandante únicamente tenía una expectativa de derecho puesto que no había cumplido el requisito de la edad para acceder a la pensión.

Adicionalmente añade, que teniendo en cuenta que a partir del 21 de noviembre de 1996 el Banco Popular fue privatizado, se dejaron de aplicar en él las disposiciones propias del sector oficial, para entrar a regirse en materia laboral por las normas del Código Sustantivo de Trabajo, no obstante lo cual, el actor puede acudir al Instituto de Seguros Sociales, a fin de que le sea reconocida la pensión que reclama, una vez cumpla con los requisitos exigidos por el ISS, entidad a la cual cotizó durante su relación laboral con el Banco Popular.

C. Sentencia de primera instancia

Luego de realizar un breve análisis sobre el significado del derecho a la igualdad y, confrontarlo con el caso concreto, concluye que el caso del demandante no es igual al del señor Jiménez Coronado, como quiera que éste cumplió sus requisitos cuando todavía la entidad demandada era una sociedad de economía mixta, en tanto, que el accionante los cumplió cuando el Banco Popular ya había sido privatizado, razones por las cuales considera que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad del actor “porque no son idénti-

cas las condiciones del accionante con la persona que le reconoció la pensión de jubilación el BANCO POPULAR”.

Añade, que además de la no vulneración del derecho a la igualdad invocado por el apoderado del demandante, existe una cuestión primordial, esto es, que la acción constitucional no está consagrada para sustituir al juez laboral “ni para definir conflictos jurídicos laborales sino que constituye un mecanismo subsidiario de defensa judicial y por lo tanto no es procedente frente a éste caso en particular”.

Es al juez ordinario, continua el a quo, el competente para dirimir a quien le corresponde asumir el reconocimiento de la pensión de jubilación “donde efectivamente cursa dicha demanda”, porque de lo contrario implicaría una intromisión indebida del juez constitucional, violando no solo el principio de la seguridad jurídica, sino invadiendo la competencia del juez laboral, razones por las cuales declara improcedente la acción de tutela impetrada.

D. Impugnación

Inconforme con la decisión el demandante actuando a través de apoderado impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que la igualdad se rompe, según lo ha señalado la Corte Constitucional, cuando sin motivo válido, se otorgan preferencias o se establecen discriminaciones entre las personas si estas se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico.

Señala que para establecer si se está en presencia de una discriminación, esta Corporación ha indicado que el juez de tutela debe aplicar el Test de igualdad en cada caso concreto, el cual no fue tenido en cuenta por el fallador a quo al momento de proferir el fallo.

Añade que la tutela es el único medio de defensa judicial con el que cuenta el demandante para obtener el restablecimiento del derecho fundamental a la igualdad, vulnerado con la abierta discriminación por parte del Banco Popular. Además, añade que la justicia laboral, si bien se pronunciaría respecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, no así en tratándose del reconocimiento del derecho consagrado en el artículo 13 superior.

Por eso, manifiesta “en el presente trámite se solicita el amparo de la igualdad lesionada al accionante, distinto del reconocimiento de la pensión de jubilación para lo cual, en principio, no está instituida la acción de tutela...”.

E. Sentencia de segunda instancia

El fallador ad quem, inicia sus consideraciones manifestando que de la pretensión invocada por el demandante, se indica que ella es propia de una sentencia proferida por un juez laboral de carácter ordinario, situación que el mismo solicitante reconoce y, es más, que abiertamente expresa, como quiera, que el proceso ordinario laboral ya fue iniciado y cursa en el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla.

Señala que el apoderado del demandante argumenta para respaldar la alegada vulneración del derecho a la igualdad, casi todos los aspectos comunes, menos uno, y es el hecho consistente en que el señor Jiménez Coronado cumplió los 55 años de edad cuando todavía la entidad demandada era una sociedad de economía mixta, más exactamente el 30 de julio de 1995, según

lo afirma el Banco Popular, hecho que no ha sido contradicho por el impugnante en ninguno de los escritos que obran en el expediente.

Por lo tanto, agrega el *ad quem*, si el derecho a la pensión exige el cumplimiento de los dos requisitos (edad y tiempo) para que se considere como un derecho adquirido, resulta “obvio” que la situación del solicitante es diferente de la del señor Jiménez Coronado, por cuanto el actor cumplió la edad requerida con posterioridad a la privatización del Banco, lo que genera situaciones diferentes que llevan a tratos diferentes objetivamente fundados.

Continúa diciendo, que en el caso en estudio, el demandante terminó su vinculación laboral por propia iniciativa (renuncia), a sabiendas que no iba a continuar “percibiendo ingresos mensuales por pensión”, de lo cual se concluye que debía contar con los medios adecuados para su subsistencia y la de su familia, ya que en caso contrario hubiera esperado el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Indica además, que el “quid” del asunto radica en una discusión de puro derecho, en el sentido de establecer cuál es el régimen legal aplicable para el reconocimiento de su pensión de jubilación y, a cargo de que entidad estaría dicha obligación, si del Banco Popular o bien del Instituto de Seguros Sociales, entidad ésta última, de la cual se desconoce su concepto.

Por último manifiesta, que se trata de una discusión de vastas proporciones, puesto “que en ella se define la suerte de algunos años pensionales de muchos trabajadores que a nivel nacional se encuentran en la misma situación y que apenas han empezado a dilucidarse ante la justicia laboral, y es así como el accionado aporta un primer fallo de la justicia del Distrito Judicial de la Capital de la República de un caso parecido (no exactamente igual), específicamente del Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C., en que se dio la razón al BANCO POPULAR, fechada el 27 de febrero de 1999”; esto, sin que implique que la entidad demandada tiene la razón, solo que la discusión se encuentra planteada y corresponde al juez laboral dirimir el asunto, razones que motivan la confirmación del fallo de primera instancia.

III CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

El caso que se revisa

En esta oportunidad le corresponde a la Corte Constitucional revisar los fallos proferidos por los Juzgados Octavo Penal Municipal y Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, los cuales denegaron la acción de tutela impetrada por Plutarco Hormechea Redondo contra el Banco Popular S.A.

La controversia que plantea el demandante y, para la cual solicita la intervención del Juez Constitucional, se puede sintetizar en los siguientes términos:

El señor Plutarco Hormechea Redondo, laboró para el Banco Popular durante el lapso comprendido del 13 de julio de 1959 al 28 de agosto de 1990, es decir 31 años, al término del cual se produjo su retiro de la institución por renuncia presentada por el demandante.

El 22 de mayo de 1997 el demandante presentó una solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al Banco Popular, argumentando que se encontraba próximo a cumplir los 55 años de edad (junio 20 de 1997) y, que ya tenía acreditado el requisito de tiempo (31 años), al servicio de esa entidad.

El Banco Popular, no accedió a la solicitud presentada por el demandante, manifestando que dicha entidad no estaba obligada a reconocerle ninguna pensión, como quiera que su derecho no se había consolidado con anterioridad a la privatización del banco, hecho ocurrido el 21 de noviembre de 1996, toda vez, que si bien al momento del retiro la demandante contaba con más de 20 años de servicio, aún no había cumplido la edad y, como quiera que los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión son dos, el demandante tenía simplemente una expectativa de derecho, agregando, que el reconocimiento de dicha pensión corresponde al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la cual se hicieron las cotizaciones correspondientes.

Ante la negativa de la entidad a su solicitud, el demandante acude a la acción constitucional invocando la violación del artículo 13 Superior, por cuanto considera que no son válidas las razones esgrimidas por la entidad demandada, toda vez, que la pensión que él ahora reclama le ha sido reconocida a otras personas que se encuentran en igualdad de circunstancias, concretamente el caso del señor Edgardo Jiménez Coronado.

La materia a examinar

Como quiera que esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, se pronunció sobre un caso que guarda total identidad con el que ahora ocupa su atención, se transcribirán las consideraciones que en ese caso se argumentaron para pronunciarse de fondo :

“Visto lo anterior, tenemos pues, que la inconformidad del peticionario radica en el hecho de no haber recibido un tratamiento igual frente a otras personas, que a su juicio se encuentran en “idénticas condiciones”.

“Por tanto, comenzará la Corte por analizar en primer término la identidad de circunstancias existentes entre la señora Cecilia Vergel Cabrales y el señor Edgardo Jiménez Coronado.

“Efectivamente, como se desprende de las pruebas que obran en el expediente, tanto la accionante como el señor Jiménez Coronado trabajaron para la entidad demandada por más de 20 años; los dos renunciaron a sus cargos cuando no habían cumplido la edad requerida para tener derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación; cotizaron durante toda su vinculación laboral al Instituto de Seguros Sociales; se encontraban desvinculados de la entidad (Banco Popular) al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; y, los dos solicitaron el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

“Hasta aquí pareciera que estamos en realidad frente a situaciones idénticas; sin embargo, analizadas las situaciones con detenimiento, observamos que en los dos casos nos encontramos ante diferentes situaciones de hecho, por cuanto el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, negado a la actora y concedido al señor Edgardo Jiménez, se fundamenta en una

cuestión de especial importancia, como es la naturaleza jurídica que ostentaba el Banco Popular al momento de entrar a resolver las solicitudes.

“En los descargos presentados por la entidad demandada se aduce que el actor no “consolidó” su derecho pensional con anterioridad a la privatización del Banco Popular, razón por la cual, a juicio de la entidad demandada, esta prestación corresponde asumirla al Instituto de Seguros Sociales una vez acredite los requisitos exigidos a la luz de la normatividad vigente. En cambio, como también argumentan en sus descargos, el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Jiménez Coronado, obedeció a que éste cumplió los 55 años de edad “cuando todavía el Banco Popular era una sociedad de economía mixta, asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que había nacido el treinta (30) de julio de 1940 y el Banco fue privatizado el 21 de Noviembre de 1996”.

“Así mismo, en la Resolución No. 0044 del 15 de enero de 1996, por medio de la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor Edgardo Nicolás Jiménez Coronado, se señaló en la parte considerativa lo siguiente: “Que el peticionario ha estado afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, al que le ha cubierto junto con el Banco Popular las cotizaciones reglamentarias respectivas, de tal manera que cualquier reconocimiento de carácter económico que se origine en dicho Instituto a su favor por razón del seguro de invalidez, vejez o muerte, según el caso, deberá ser reintegrado al Banco Popular o descontado por este, pues el Banco en su calidad de entidad descentralizada del orden nacional cubre en principio la totalidad de la pensión que se origine en dichos conceptos o sus equivalentes conforme a las leyes vigentes sobre la materia...”. (Negritas fuera de texto).

“De manera pues, que no se puede predicar, como lo manifiesta el apoderado de la demandante, que se trata de situaciones idénticas, porque como se vio, mientras la actora cumplió los 50 años de edad el 28 de diciembre de 1998, fecha en la cual el Banco Popular ya había cambiado su naturaleza jurídica (21 de noviembre de 1996), el señor Jiménez Coronado cumplió 55 años de edad cuando la entidad bancaria era una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, razón aludida por el Banco Popular para reconocer la pensión de jubilación.

“Entonces, tenemos que esta situación desigual llevó a decisiones desiguales fundadas en argumentos de orden legal invocadas por la entidad demandada.

“Así las cosas, a juicio de esta Corporación, en el caso sub lite nos encontramos ante un problema jurídico de orden legal, cual es el de definir las disposiciones legales aplicables al caso concreto de la señora Cecilia Vergel Cabrales, toda vez, que mientras el Banco Popular sostiene que las personas que por edad o tiempo de servicios, a la luz del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 son beneficiarios del régimen de transición, deben ser pensionados por vejez por el Instituto de Seguros Sociales, por el hecho de haber sido esa la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados durante su relación laboral con la entidad demandada, en tanto, que el apoderado de la actora considera que la normatividad aplicable a su representada es la Ley 33 de 1985 y, por lo tanto, su pensión debe ser reconocida por el Banco Popular.

“Significa lo anterior, que la supuesta vulneración del derecho a la igualdad invocado en la demanda, que como se vio, no se presentó por tratarse de situaciones de hecho distintas, no es otra cosa, que la pretensión de que se reconozca la pensión de jubilación de la actora, a través

de la acción constitucional impetrada, situación que no puede ser admitida por esta Corporación, por cuanto entrar a decidir cual es la normatividad aplicable al caso concreto de la señora Cecilia Vergel Cabrales y, en consecuencia reconocer o denegar la pensión de jubilación que se pretende, es labor que el legislador ha establecido para la jurisdicción ordinaria laboral.

“Ya esta Corporación, en reiteradas providencias ha señalado que la acción de tutela tiene como finalidad la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados por autoridades públicas o, por particulares en los supuestos expresamente señalados en la ley. Se trata pues, de una acción específica, directa, autónoma y suMaría, que en ningún momento puede entrar a suplir los procesos judiciales establecidos en la ley.

“De allí, que en el caso sub examine, no pueda entrar la Corte Constitucional a definir la disparidad de criterios entre las partes, respecto de cuál es la norma aplicable, que es básicamente el sustento de la alegada desigualdad, como quiera que, como se dijo anteriormente, esa labor le corresponde al juez laboral, que es el juez natural para la resolución de ese tipo de conflictos, por cuanto le corresponde entrar a estudiar el fondo del asunto que se debate, realizando una interpretación de las normas aplicables al caso concreto, teniendo en cuenta eso sí, la condición más beneficiosa para el trabajador, de conformidad con el principio de favorabilidad que consagran las disposiciones laborales.

“En ese orden de ideas, es pertinente citar la sentencia C-168 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se señaló : “De otra parte, considera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos : ‘situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho’, precepto que debe incluirse en el Estatuto del Trabajo que expida el Congreso.

“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le esta permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

“(…) se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del ‘in dubio pro operario’, según el cual toda duda ha de resolverse a favor del trabajador; porque en este caso tan solo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador.

(...)

“Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador”.

Ahora bien, en el presente caso, además de lo anteriormente expresado, tenemos que el señor Plutarco Hormechea Redondo ya puso en movimiento el aparato judicial, a través de la iniciación de un proceso ordinario laboral que cursa en el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, como lo afirma su apoderado en el escrito de tutela, jurisdicción que como se dijo, es la competente para pronunciarse de fondo sobre el asunto que se debate, máxime si se tiene en cuenta que la vulneración al derecho a la igualdad alegada por el actor, quedó descartada.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional confirmará los fallos de instancia.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, el 4 de marzo de 1999, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Plutarco Hormechea Redondo contra el Banco Popular S.A.

Segundo: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-387
mayo 27 de 1999

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general pago de mesadas pensionales atrasadas

En jurisprudencia reiterada, la Corte ha señalado que para lograr el pago de mesadas pensionales atrasadas, están las acciones judiciales correspondientes. Concretamente, resulta un mecanismo adecuado, en la mayoría de los casos, el acudir al procedimiento ejecutivo laboral, procedimiento rápido y apropiado para la finalidad patrimonial perseguida.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de mesadas pensionales atrasadas

Excepcionalmente, es procedente ordenar el pago de mesadas atrasadas a través de la acción de tutela. Las razones que llevaron a la Corte a conceder la protección se encontraban en la avanzada edad de los demandantes, y, en el hecho de que llevaran varios años pidiendo ante la autoridad responsable del pago, la cancelación de sus pensiones reconocidas pero no pagadas. También para no someter a la actora a un nuevo proceso judicial, que anteriormente había sido resuelto a su favor, pero que, por una controversia interna entre los responsables del pago de la pensión, controversia de la cual era ajena, hacía procedente la protección pedida. Igualmente, en relación con una persona que había sufrido una trombosis, y estaba demostrada la afectación del mínimo vital por el incumplimiento del pago atrasado.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cobro exclusivo de indexación o intereses de mora por retardo en pago de mesadas pensionales

ACCION DE TUTELA-Procedencia para el pago oportuno de mesadas pensionales futuras

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS

-Pago oportuno de mesadas futuras

Referencia: Expediente T-213.889

Acción de tutela presentada por José Gregorio Fuentes Tarazona contra el Departamento de Nariño.

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, en sesión de la Sala Segunda de Revisión, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre la sentencia proferida el 15 de marzo de 1999, por el Tribunal Superior de Pasto, Sala de decisión Laboral, en la acción interpuesta por José Gregorio Fuentes Tarazona contra el Departamento de Nariño.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de la Corte, en auto de fecha 13 de mayo de 1999, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

L ANTECEDENTES

El demandante presentó el 15 de enero de 1999, acción de tutela ante el Juzgado Laboral del Circuito de Pasto, reparto, por los siguientes hechos :

a) Hechos

El demandante es pensionado del Departamento de Nariño. Las mesadas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1998 no le han sido pagadas. Tampoco se le ha pagado la prima semestral de junio ni la de navidad de 1998. Esta situación vulnera sus derechos de petición, seguridad social y asistencia y protección a la tercera edad, en conexidad con el derecho a la vida, pues, de la mesada pensional, depende su sustento y el de su familia.

Pide al juez de tutela que se le protejan sus derechos, ordenando el pago de lo adeudado, con el reconocimiento de los intereses de mora correspondientes. Así mismo, que se le garantice el pago oportuno de las mesadas venideras, conforme a lo ordenado en la ley, y, que se le tutele el derecho de petición, pues, desde el 25 de agosto de 1998 envió al señor Gobernador de Nariño una comunicación, en la que solicita la cancelación de pagos que, para esa fecha, se le adeudaban, y aún no ha recibido respuesta.

b) Sentencia de primera instancia

En sentencia del 1o. de febrero de 1999, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto concedió la tutela pedida. Ordenó, en el término de 8 días, proceder al pago de la totalidad de las mesadas de jubilación atrasadas. Señaló que si no había disponibilidad presupuestal, el Gobernador debía adelantar las diligencias pertinentes para cumplir con lo ordenado.

Consideró el Juzgado procedente conceder la acción de tutela para lograr el pago de las mesadas pensionales atrasadas o en mora. Para ello, se basó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente, en las sentencias T-528 de 1995 y T-147 de 1995, en la que se hace referencia a la sentencia T-184 de 1994. Finalmente, dijo el Juzgado que el hecho de afirmar el demandante sobre su carencia de otros recursos diferentes a la pensión, para atender a su subsistencia, circunstancia que no fue desvirtuada en el proceso, hace la tutela el mecanismo pertinente.

c) Impugnación.

El Gobernador impugnó esta decisión por dos razones principales : la administración departamental, tal como se lo expresó al juez cuando fue notificado de la existencia de esta acción, está en imposibilidad física de efectuar el pago de la prestación económica que le adeuda al demandante, en razón de la difícil situación que atraviesa el ente territorial. Considera que por medio de la tutela no puede obligarse a una entidad que no tiene recursos, efectuar el pago. El impugnante explica los antecedentes de la grave situación económica que afrontan las finanzas del Departamento. La otra razón para oponerse a lo decidido por el juez, consiste en que el objeto de esta tutela es el pago de mesadas atrasadas, pero no un derecho fundamental. Esta circunstancia hace improcedente la acción.

d) Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Pasto, en sentencia de fecha 15 de marzo de 1999, revocó la decisión objeto de revisión, y, en consecuencia, denegó la tutela impetrada. Consideró que la pretensión del demandante es eminentemente patrimonial, pues se circunscribe a solicitar el pago de las pensiones atrasadas, con el incremento de los intereses de mora. Para este propósito existen las vías judiciales, tal como reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional. Advierte que sólo, en forma excepcional, es posible conceder la tutela, para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual habría que probarse que de la mesada pensional depende la subsistencia del demandante, ya que no es suficiente manifestar que se pertenece a la tercera edad. En este caso, no hay prueba de que se esté frente a un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera.- Competencia

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate

En el presente caso, el demandante solicita el pago de las mesadas pensionales atrasadas, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1998 ; las primas de junio y diciembre de 1998 ; el pago de los intereses de mora ; y la garantía sobre el pago oportuno de las mesadas futuras.

El a quo, al conceder esta acción de tutela, ordenó a la Gobernación de Nariño, el pago de las mesadas de jubilación atrasadas del demandante.

El Tribunal revocó esta orden por considerar que, existiendo otra vía de defensa judicial, y no estando probado que se esté afectando el mínimo vital del actor, la tutela resulta improcedente, pues, están en discusión asuntos eminentemente patrimoniales y no derechos fundamentales.

En estas dos sentencias, los jueces de instancia llegaron a decisiones totalmente diferentes, apoyándose en fallos de esta Corporación. Resulta, pues, necesario retomar la jurisprudencia y hacer las distinciones pertinentes, y, luego, analizar el caso concreto,

Tercera.- Procedencia o improcedencia de la acción de tutela sobre los siguientes asuntos : pago de mesadas atrasadas; pago de intereses de mora ; y, para garantizar el pago de mesadas pensionales futuras.

Brevemente se hará referencia a estos temas y se citarán algunas de las sentencias de esta Corte que se han referido a estas situaciones.

a) Pago de mesadas atrasadas.

En jurisprudencia reiterada, la Corte ha señalado que para lograr el pago de mesadas pensionales atrasadas, están las acciones judiciales correspondientes. Concretamente, resulta un mecanismo adecuado, en la mayoría de los casos, el acudir al procedimiento ejecutivo laboral, procedimiento rápido y apropiado para la finalidad patrimonial perseguida. En este sentido, las sentencias : T-001 de 1997 ; T-106 y T- 308 de 1999 ; y T-544 de 1998, T-500 y T-323 de 1996 ; T-160 de 1997, entre otras, han desarrollado este tema.

Sin embargo, excepcionalmente, es procedente ordenar el pago de mesadas atrasadas a través de la acción de tutela, como efectivamente ocurrió en algunas de las sentencias en las que se apoyó el a quo para conceder el amparo, que ahora es objeto de revisión. Se trata de las sentencias T-528 de 1995 y T-147 de 1995. En estos casos, las razones que llevaron a la Corte a conceder la protección en relación con las mesadas atrasadas, se encontraba en la avanzada edad de los demandantes, en ambos casos tenían más de 80 años, y, en el hecho de que llevaran varios años pidiendo ante la autoridad responsable del pago, la cancelación de sus pensiones reconocidas pero no pagadas. También, en los casos de las sentencias T-330 y T-357, ambas de 1998, la Corte concedió el amparo, ordenando el pago, pero por razones especiales : en el primero, para no someter a la actora a un nuevo proceso judicial, que anteriormente había sido resuelto a su favor, pero que, por una controversia interna entre los responsables del pago de la pensión, controversia de la cual era ajena, hacía procedente la protección pedida. En la segunda tutela, la situación correspondía a una persona que había sufrido una trombosis, y estaba demostrada la afectación del mínimo vital por el incumplimiento del pago atrasado.

Este recuento conduce a señalar que cuando el juez de tutela decide otorgar la protección, para el pago de mesadas atrasadas, ha realizado el correspondiente examen constitucional, mediante el que determine en el caso concreto, si se están afectando derechos fundamentales o no, y si en el proceso ejecutivo laboral, atendiendo las circunstancias personales y particulares del solicitante.

b) Improcedencia de la tutela para el cobro exclusivo de la indexación o de los intereses de mora.

Los intereses de mora o la indexación causados con ocasión del retardo en el pago de las mesadas pensionales, tampoco son objeto de protección a través de la acción de tutela. Las razones son las mismas por las que no es procedente conceder la tutela para el pago de mesadas atrasadas : la existencia de otro medio de defensa judicial. En este sentido existen, entre otras, las sentencias T-470 de 1998 ; T-435 de 1998 ; T-323 de 1996.

c) Las medidas encaminadas a garantizar el pago oportuno de mesadas pensionales futuras sí son objeto de protección a través de la acción de tutela.

La Corte ha señalado que a pesar de conocer el juez de tutela sobre la difícil situación económica en que pueda estar la entidad responsable del pago de las mesadas pensionales, tal hecho no la exime de una de sus principales funciones como empleadora : el pago oportuno de las mesadas que están bajo su responsabilidad. Al respecto, se remite a las sentencias T- 544 de 1998 ; T-76 de 1996 ; T-323 de 1996 ; T-788 de 1998, entre otras.

Aunque el pago oportuno de las mesadas pensionales se predica de todos los empleadores, el asunto adquiere una connotación especial, cuando el incumplido en la obligación constitucional es el propio Estado, a través de uno de sus entes territoriales. En casos como este, no resulta explicable que el Estado sea el que desconozca las consecuencias que trae consigo el principio constitucional que dice : “Colombia es un Estado social de derecho” (art. 1o. de la C.P.)

Cuarta.- El caso concreto.

Según la fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante que obra en el expediente, el actor tiene 65 años. No está demostrado que se encuentre bajo alguna de aquellas circunstancias excepcionales que harían procedente el amparo requerido, que llevara a ordenar el pago de lo adeudado.

Por tanto, en el caso del demandante, opera la regla general expresada en el punto tercero, literal a), de esta providencia, en el sentido de que la acción de tutela no es procedente para el pago de mesadas pensionales atrasadas, ni de los intereses de mora correspondientes, pues, para lograr estos pagos, el afectado cuenta con otro medio de defensa judicial : el proceso ejecutivo laboral, procedimiento que resulta eficaz y apropiado en este asunto (sentencia T-001/97).

Pero, siguiendo también la jurisprudencia de la Corte, es procedente ordenar que se garantice y reanude el pago de las mesadas pensionales que se causen a favor del demandante, pues, el cese de pagos pensionales, por un periodo prolongado o indefinido en el tiempo “hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador, del pensionado y de los que de ellos dependen, hecho que justifica la procedencia de la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o la entidad encargada del pago de mesadas pensionales, el restablecimiento o reanudación de los pagos.” (T-308 de 1999)

En consecuencia, se concederá la tutela sobre las mesadas pensionales futuras que se causen a favor del demandante. Para ello, se revocará la sentencia del ad quem, y se ordenará a la Gobernación del Departamento de Nariño, que en el término de 48 horas después de notificada esta sentencia, inicie los trámites y gestiones necesarios para obtener los recursos necesarios que garanticen el pago oportuno de las mesadas pensionales, correspondientes a las nóminas futuras, a que tiene derecho el actor. Sobre las mesadas dejadas de pagar y los intereses de mora respectivos, el demandante deberá acudir al procedimiento ejecutivo, si aún la administración no le ha cancelado los dineros correspondientes.

Sólo resta señalar que el demandante consideró que se le había vulnerado también el derecho de petición, pues, el 25 de agosto de 1998 envió desde la ciudad en donde reside (Cúcuta) a la Gobernación de Nariño en Pasto, una comunicación solicitando unos pagos que le adeudaban, y que, a la fecha de interponer la tutela, no había recibido respuesta. El

actor acompañó fotocopias de Adpostal de los “recibos de consignación certificados”, números 8443 y 8473, fechados el 26 y el 27 de agosto de 1998 (folio 14).

Al respecto, la Sala considera que se ha vulnerado el derecho fundamental de petición del actor, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, pues habían transcurrido aproximadamente cinco (5) meses entre dicha comunicación y la interposición de la acción de tutela (15 de enero de 1999), sin que el interesado hubiera recibido la respuesta esperada.

En consecuencia, se tutelaré también el derecho de petición del actor. Para tal efecto, se ordenará, que si aún el Gobernador no le ha dado respuesta al demandante de la comunicación mencionada, lo haga en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero: **REVOCAR** la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, Sala de decisión Laboral, de fecha quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la acción de tutela solicitada por José Gregorio Fuentes Tarazona contra la Gobernación del Departamento de Nariño. En consecuencia, se concede la acción tutela pedida para garantizar el pago de mesadas pensionales futuras y el derecho de petición del demandante.

Segundo: Para el cumplimiento de esta acción, **ORDENASE** al señor Gobernador del Departamento de Nariño, que si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites y gestiones necesarios, para obtener los recursos que permitan garantizar el pago oportuno de las mesadas pensionales a que tenga derecho el demandante, en las nóminas futuras. Así mismo, y dentro del mismo término y si aún no lo ha hecho, el mencionado Gobernador dé respuesta al demandante a la comunicación de fecha 25 de agosto de 1998.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-388
mayo 27 de 1999

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS
Pago oportuno de mesadas futuras

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-214895,-214896, T-214903, T-214906, T-214901.

Peticionarios: Blanca Kaipa Guerrero, Norberta Ajos de Madiago, Santiago Arellano Amador, Jorge Schotborgh Cohen, Mercedes Cecilia de Pombo de Vélez.

Procedencia: Consejo de Estado

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia aprobada en Bogotá, en sesión del veintisiete (27) mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, decide sobre los fallos proferidos por el Consejo de Estado.

Los expedientes llegaron a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Cinco ordenó la selección y acumulación de los mencionados expedientes, por auto del 13 de mayo de 1999, para ser tramitados y decididos en una misma sentencia.

1. ANTECEDENTES

A. La demanda

Los demandantes presentaron acción de tutela en contra del Departamento de Bolívar, representado por el señor Gobernador, con el fin que se les tutele el derecho fundamental a la

seguridad social y, en consecuencia se le ordene al Departamento de Bolívar cancelar las mesadas pensionales que les adeudan.

B. Fundamentos fácticos.

Los demandantes afirman ser jubilados a cargo del Departamento de Bolívar, lo cual acreditan con las debidas resoluciones expedidas por el departamento demandado.

Señalan que las mesadas correspondientes a la pensión de jubilación, les habían sido canceladas regularmente, hasta el mes de julio de 1998, fecha a partir de la cual les fue suspendido el pago de sus mesadas pensionales, con lo cual se les está causando un perjuicio irremediable en su subsistencia, toda vez que de esa pensión derivan su sustento y el de sus familias, ya que no cuentan con otros medios para subsistir.

C. Réplica

El ente territorial demandado, procedió mediante apoderada a contestar las acciones de tutela aceptando los hechos invocados en la demanda, pero aduciendo en su favor, que la no cancelación en el pago de las mesadas que se reclaman no son producto de la omisión, negligencia o imprevisión administrativa del Gobernador, sino que, esta situación se debe a la gravísima crisis financiera por la que atraviesa el departamento, a consecuencia de la pignoración de las rentas a las entidades bancarias, compromiso que fue adquirido durante administraciones anteriores.

Sin embargo, añade la apoderada del departamento, que el Gobernador es consciente de la situación que afronta la administración y, por lo tanto, ha efectuado todas las gestiones necesarias para obtener los recursos indispensables que le permitan afrontar la situación y poder cumplir con las obligaciones a cargo del departamento.

D. Fallos de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar en todas las tutelas que ahora ocupan la atención de la Corte, adujo que la situación que plantean los accionantes es asunto que preocupa mucho a esa Corporación, toda vez que no se trata de casos aislados, como quiera que más de 100 acciones de tutela han sido presentadas ante ese Tribunal y ante los Juzgados de la ciudad por los jubilados del Departamento de Bolívar.

No obstante, observa el Tribunal, que el Gobernador del Departamento ha realizado todas las gestiones a su alcance, tendientes a solucionar la crisis financiera por la que atraviesa el departamento y poder cumplir con las obligaciones a su cargo.

Añade el fallador a quo, que debe sopesar los extremos del conflicto, por cuanto de un lado están los jubilados y, del otro, el Gobernador del Departamento “pidiendo que le acepten las explicaciones, que en pocas palabras consisten en que no hay dinero para pagar a los jubilados y al personal activo, pero que se están haciendo los esfuerzos para conseguir esos dineros, solicitando un sobreendeudamiento por valor de \$25.000 millones, disminuyendo los gastos de funcionamiento y reduciendo la nómina de personal y también están en el proceso de ventas de activos del Departamento y otras muchas diligencias a fin de obtener los dineros necesarios para cancelar las deudas de los jubilados”.

Por ende, indica el Tribunal que mal puede definir el conflicto que se plantea, ordenando al Gobernador cancelar a los pensionados sus mesadas pensionales en el término de 48 horas, pues no se puede desconocer la grave situación financiera por la que atraviesa el Departamento de Bolívar, por ello, concluye diciendo, que tutelaré los derechos de los accionantes “pero la Gobernación pagará cuando efectivamente tenga en su haber el desembolso de los créditos solicitados y que está a la espera de que las entidades bancarias les apruebe”.

E. Fallos de segunda instancia

El Consejo de Estado inicia sus consideraciones, indicando que esa Corporación en reiteradas oportunidades ha sostenido que “...el pago de mesadas atrasadas no es por sí mismo un derecho fundamental y que la satisfacción del mismo sólo puede lograrse mediante las acciones y procedimientos establecidos por la ley, lo cual es apenas obvio, pues su contenido es eminentemente económico”.

Señala, que en los presentes casos no obran pruebas en los expedientes, que permitan demostrar que los accionantes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad que permita tutelarles el derecho que reclaman, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, razones éstas que llevan al fallador de segunda instancia, a revocar los fallos impugnados y, en su lugar, denegar las tutelas impetradas.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

B. Procedencia excepcional de la tutela para ordenar el pago de acreencias laborales.

Esta Sala de Revisión, mediante sentencia T-009 de 1999, resolvió favorablemente las pretensiones del actor, en un caso similar a los que ahora ocupan la atención de esta Corporación, por lo tanto, es pertinente citar y reiterar lo dicho en esa tutela.

“En reiterada jurisprudencia emanada de esta Corporación¹ se ha señalado que la tutela no es el mecanismo idóneo para hacer efectivo el pago de acreencias laborales, más aun cuando, existen mecanismos judiciales ordinarios lo suficientemente efectivos para que dichas acreencias sean pagadas. Sin embargo, existen situaciones excepcionales, en las cuales aquellos otros mecanismos judiciales ordinarios, carecen de toda eficacia y hacen viable la procedencia de la tutela como mecanismo judicial idóneo. Al respecto la Corte mediante sentencia T-001 de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente :

‘Así, ha encontrado la Corte que puede tutelarse el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando resulta afectado el mínimo vital (Cfr. Sentencias T-426 del 24 de junio de

¹ Cfr, Sentencias T-001 de 1997, T-010, T-035, T-047, T-139, T-166, T-332, T-335, T-364, T-410, T-418, T-423 y T-611 de 1998, entre muchas otras.

1992, T-063 del 22 de febrero de 1995 y T-437 del 16 de septiembre de 1996); que es posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. Sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T-608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996); que es posible restaurar, por la vía del amparo, la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996); que resulta admisible la tutela para eliminar las desigualdades generadas por el uso indebido de los pactos colectivos de trabajo con el objeto de desestimular la asociación sindical (Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)”(*Negrilla y subraya fuera del texto original*).

“Vista la anterior consideración, y teniendo en cuenta los hechos expuestos por el demandante, su situación particular se adecua de manera correcta a una de las situaciones excepcionales en las cuales la tutela resulta procedente como mecanismo judicial para hacer efectivo el pago de una acreencia laboral, siendo particularmente en este caso, el pago de mesadas pensionales atrasadas y que se constituyen en la única fuente de ingresos que tiene el demandante. Por lo tanto, resulta evidente la violación del derecho alegado por el actor como violado, y además se hace patente también, la vulneración del mínimo vital, pues, si la única fuente de recursos económicos para la subsistencia del actor y de su familia se suspende o se elimina, la carencia de todo recurso económico atenta así, contra su propia existencia haciendo imposible cubrir los gastos que se requieren para tener una vida en condiciones dignas y justas”.

Por otra parte, la Corte Constitucional en reiteradas providencias (T-001 de 1997, T-106, T-308 de 1999, entre otras), ha expresado que para la consecución del pago de mesadas pensionales atrasadas, el mecanismo idóneo es el de un proceso ejecutivo laboral, sólo en condiciones verdaderamente apremiantes, en forma excepcional, el juez constitucional ordena el pago de mesadas pensionales atrasadas.

Sin embargo, en los casos que ahora ocupan la atención de esta Corporación, no aparece acreditado en ninguno de ellos, circunstancias que justifiquen el pago de las mesadas pensionales atrasadas de los demandantes; en consecuencia, se concederán las tutelas sobre las mesadas pensionales futuras que se causen a favor de los actores. Por lo tanto, se procederá a revocar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y, en su lugar, se tutelaré el derecho a la seguridad social de los demandantes y se ordenará al Departamento de Bolívar, representado por el señor Gobernador, para que en el término máximo de un (1) mes, proceda a reanudar el pago de las mesadas pensionales, siempre y cuando disponga de los recursos presupuestales para ello. Si no los tuviere, dispondrá del término mencionado para iniciar los trámites correspondientes a fin de lograr la consecución de dichos recursos y, proceder de esta manera a reanudar el pago de las mesadas pensionales de los demandantes de manera que se garantice su pago oportuno.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** los fallos proferidos por el Consejo de Estado el 18 de marzo de 1999, dentro de las acciones de tutela interpuestas por los señores Blanca Kaypa Guerrero, Norberta Ayo de Madiago, Santiago Arellano Amador, Mercedes Cecilia de Pombo de Vélez y Jorge Schotborgh Cohen.

Segundo: **ORDENAR** al Departamento de Bolívar, representado por el señor Gobernador, para que en el término máximo de un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda, si aún no lo ha hecho, a reanudar el pago de las mesadas pensionales, siempre y cuando disponga de los recursos presupuestales para ello. Si no los tuviere, dispondrá del mencionado término para iniciar los trámites correspondientes a fin de lograr la consecución de dichos recursos, y proceder de esa manera a reanudar el pago de las mesadas pensionales de los accionantes de manera que se garantice su pago oportuno.

Tercero: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-389

mayo 27 de 1999

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La realidad como justificación del sistema normativo

La decisión de adoptar la forma del Estado Social de Derecho, trasciende los terrenos de la hueria teoría para llenar de contenido y significado cada una de las acciones en el seno de la sociedad. El concepto tradicional de Estado, cuya legitimidad descansa en la función desarrollada por tres ramas independientes que mecánicamente cumplen funciones asignadas por la ley, -intentando traducir con fidelidad los enunciados de una norma jurídica-, es radicalmente reformado por el Constituyente del 91, que ve en la realidad, antes que en los códigos, la justificación del sistema normativo que identificamos como derecho, y en general, de la organización política estatal. Las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual.

FUNCION PUBLICA-Objetivos deben hacerse realidad

Los organismos que actúan en nombre del Estado en prestación de servicios públicos o asistenciales o en la producción de servicios, están sujetos al cumplimiento de claros objetivos que deben hacerse realidad. La función pública no es una formalidad, no es una abstracción ni es un escenario en donde se busca cumplir con el requisito institucional que la estructura contemporánea demanda del Estado; tampoco se agota en la expedición de preceptos que en tono elocuente enumeran principios y proponen fórmulas. No, se trata de una estructura acaso más complicada, en la que el reconocimiento de derechos y facultades va acompañada de su jerarquización y debida interpretación, y en donde la instrumentalización de los principios constitucionales exige la adecuada administración de recursos, la construcción efectiva de espacios físicos donde estos se puedan desarrollar y la puesta en marcha de métodos que aseguren amplia cobertura y fácil acceso

ESTADO-Protección preventiva del menor

NIÑEZ-Medios de protección deben aplicarse y tener consecuencias prácticas

Los capítulos que establecen medios de protección para la niñez desamparada, desprotegida o puesta en circunstancias de peligro actual o inminente, han sido promulgados para aplicarse y tener consecuencias prácticas; las obligaciones de los padres tienen regulación legal precisamente por la naturaleza de los bienes que se protegen, y la intervención de las autoridades debe ser oficiosa por la especial importancia que se otorga a los derechos de este sector de la población y la situación de indefensión en la que se encuentran los menores.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Protección activa del menor

El I.C.B.F. cumple funciones vitales para intervenir en aquellas circunstancias en donde los derechos del menor se encuentran comprometidos y cuenta con facultades idóneas para llevar a cabo este cometido. Se trata sin ninguna duda, de un sistema de protección que no se conforma con el movimiento inercial que por tradición ejecuta el Estado, sino que exige en muchos casos que sea la Administración que tome la iniciativa e indique al particular la manera apropiada de hacer valer sus derechos y los de aquellas personas que están bajo su cuidado.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL-Objeto

La postulación del principio de solidaridad no tiene otro objetivo que recordar junto a la necesidad de colaboración entre los miembros que componen un mismo cuerpo -el Estado-, el hecho de que ciertas acciones sólo pueden llevarse a cabo a partir de la contribución de múltiples organismos y que por lo tanto, la responsabilidad en la consecución de los fines que se estiman deseables depende, en última instancia de la colaboración de todos los entes interesados -institucionalizados o no-.

ORGANISMOS DEL ESTADO-Deben informárseles oportuna e inequívocamente de las irregularidades/**ORGANISMOS DEL ESTADO**-Ineficacia oficial no sustenta incumplimiento del deber de denunciar

El éxito de la labor de las autoridades y funcionarios encargados de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos depende esencialmente de la comunicación que exista entre los particulares y los representantes del Estado. De nada se puede responsabilizar a un ente estatal al que no se informa, avisa o pone al tanto de manera oportuna y hasta donde sea posible, inequívoca de las irregularidades ocurridas o de las violaciones perpetradas contra otros miembros de la comunidad. Hasta cierto punto, la efectividad de muchas funciones oficiales está directamente relacionada con la demanda ciudadana por soluciones y por respuestas a los problemas que se presentan. En este punto nada justifica la actitud del particular que tras la consuetudinaria “ineficacia oficial” pretende sustentar el incumplimiento de su deber de denuncia, o que tras la candorosa alegación de la ignorancia de la norma jurídica -que bien puede traer aparejada una pena o una recompensa-, aspira a pasar inmune el reproche por sus omisiones.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección real/FUNCION PUBLICA-Debe llenarse de iniciativa y creatividad

La protección de los derechos fundamentales depende de un compromiso institucional que se amolde a las transformaciones que dentro de nuestra cultura jurídica se han presentado a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Poco o nada se logra si las autoridades judiciales y administrativas creen –como asombrosamente todavía ocurre–, que la suya es una tarea simbólica que hace parte de las “buenas intenciones” de la Carta Política, reservando sus poderes y atribuciones para hacer frente a los asuntos que tradicionalmente configuran el panorama y la tradición jurídicas verdaderos. La función pública en general, pero particularmente cuando guarda relación con el régimen de garantías fundamentales debe llenarse de iniciativa, incluso creatividad, para que empleando las herramientas legales de que dispone y los recursos logísticos con los que cuenta pueda cumplir su labor con certeza. Además, no puede olvidarse que el principio de autonomía funcional no sólo sirve como un criterio de distinción entre las tareas que cumplen las diferentes ramas del poder, sino que constituye el respaldo con que cuenta determinado agente para definir de cara a la Constitución y la Ley el curso de su conducta y para lograr las finalidades que su cargo impone, ciertamente impostergables cuando se habla de la tutela de derechos fundamentales.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-No empleo razonado y proporcionado de recursos para prevenir o impedir violación de garantías constitucionales

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Asistencia psicológica a menor por posible abuso sexual por el padre

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Suspensión provisional de visitas por padre hasta que se decida proceso penal

Referencia: Expediente T-193.739

Acción de Tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos, por la presunta violación de los derechos a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

Temas:

Protección especial de los menores de edad

Funciones y compromiso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Peticionaria: AA

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E), y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

Procede a revisar las sentencias de instancia proferidas en el trámite del proceso radicado bajo el número T-193.739.

I ANTECEDENTES

1. Hechos

a. AA –la peticionaria–, contrajo matrimonio con el señor BB el 25 de julio de 1992, y de esa unión nació una niña. Luego de 10 meses de convivencia la pareja decidió separarse.

b. Pocos días después del nacimiento de la menor -19 de febrero de 1993-, la peticionaria comenzó a notar extraños comportamientos por parte de su esposo hacia la niña, v.g. “baños desnudos con la niña a altas horas de la noche” (folio 2), que le hicieron temer, desde entonces, por la integridad física de la pequeña.

c. La señora AA afirma que la historia clínica de la menor se ha caracterizado por la presencia de infecciones en boca y ano desde temprana edad (folio 1), acompañadas de persistentes dolores vaginales y anales (folios 20, 21, 24 y 25), que han llevado a los médicos a pensar en manipulación de dichos órganos por parte de otra persona (folio 25), y en la configuración de un posible caso de abuso infantil (ibid.).

d. Con el propósito de resolver sus diferencias y llegar a un acuerdo alrededor de la custodia y cuidado personal de la niña, los cónyuges acudieron a uno de los centros zonales (Barrios Unidos), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el 5 de agosto de 1997, para intentar una conciliación, contando con la asesoría de una Defensora de Familia, en el que se fijaron los deberes de cada uno de los padres respecto de su hija y se estableció un régimen de visitas. Según dicho convenio, el padre puede llevarse a la niña cada 15 días, y visitarla en cualquier tiempo, sin limitación alguna (folios 10 y ss).

e. De otra parte, y debido al “trastorno de personalidad no especificado con predominio de elementos infantiles narcisistas y border-line para el varón”, el matrimonio celebrado entre la peticionaria y el señor BB, se declaró nulo mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior Eclesiástico de Colombia, debidamente ratificada el día 27 de febrero de 1998 (folio 16).

f. Los inusuales síntomas presentados por la pequeña, que a pesar del tiempo y los tratamientos no desaparecían, y la sospecha de que en efecto, se podía estar presentando un caso de abuso infantil, llevaron a la madre a buscar ayuda ante diferentes autoridades, pues tras entrevistas y comunicaciones dirigidas a los funcionarios de Bienestar Familiar, poco o

nada se había hecho por la menor. En repetidas ocasiones la peticionaria expresó su preocupación a la Defensora de Familia acerca de los problemas psicológicos que afronta su esposo y la posibilidad de abuso sexual de la pequeña por parte de éste. Concretamente afirma que informó a la Defensoría que su hija “se queja frecuentemente de dolor en sus genitales y ano después de las visitas con su padre, varias veces es llevada a FAMISANAR y al consultorio del doctor Eduardo Arias, Médico General, donde coinciden los dictámenes en la presencia de ‘eritma vaginal’ e irritación... varias veces se le ha encontrado -a la niña-, flujo en los calzones y debido a esto, las muestras son llevadas a medicina general y allí se encuentran actualmente en investigación” (folio 1). No obstante contar con esta información, se añade, el Instituto apoya al padre y expone a su hija a una verdadera situación de peligro.

g. Finalmente las quejas de AA son escuchadas por el Centro de Atención Ciudadana de la Defensoría del Pueblo, entidad que en comunicación del 12 de junio de 1998 dirigida a la Subdirectora de Protección del I.C.B.F., hace un relato puntual de los hechos que rodean el presente caso para afirmar que: “[p]or tratarse de un asunto de su competencia, remitimos esta comunicación, para que se sirva colaborar a la señora AA para efecto de investigar los hechos manifestados por ella y a su vez proteger a la menor que se encuentra en grave peligro.” (folio 19).

h. El 21 de septiembre de 1998 la peticionaria acudió ante la Fiscalía Delegada de Santa Fe de Bogotá con el propósito de denunciar la comisión del delito tipificado como actos con menor de 14 años en la persona de su hija, señalando como posible autor del mismo al señor BB. Iniciada la investigación de rigor y practicadas las pruebas testimoniales y técnicas requeridas, el 24 de noviembre se expidió orden de captura en contra del imputado, diligencia que se lleva a cabo el 4 de diciembre de 1998. En la actualidad ya se terminó la fase de instrucción al declararse formalmente el cierre de la investigación con el propósito de definir la situación jurídica del procesado (folio 127).

i. La peticionaria decidió acudir a la acción de tutela con el propósito de lograr la protección de los derechos fundamentales a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su pequeña hija, que considera vulnerados por el comportamiento descuidado de la Defensoría de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al establecer un régimen de visitas sin tener en cuenta los riesgos que se derivaban para la menor de los rasgos de personalidad del padre, y sus afirmaciones acerca del abuso sexual al que ha sometido BB a su hija. Además, la negligencia de la entidad demandada es patente si se tiene en cuenta que ni siquiera se han atendido las solicitudes hechas por intermedio de la Defensoría del Pueblo que se interesan por la seguridad de la menor.

2. Pretensión

Se pide que además de tomar las medidas conducentes para la protección y restablecimiento efectivos de los derechos de la niña, provisionalmente, se decrete la suspensión de visitas autorizadas al padre.

II. DECISIONES JUDICIALES

El Juez Octavo Penal del Circuito fue el funcionario encargado de resolver en primera instancia el recurso de amparo presentado. Mediante sentencia, del 9 de octubre de 1998,

decidió NEGAR la tutela interpuesta por considerar que no hay evidencia que permita afirmar la violación de derechos constitucionalmente protegidos por parte del I.C.B.F. Sustenta su resolución en el hecho de que el régimen de visitas que ahora, por vía de tutela, decide impugnar la demandante, es el fruto de un acuerdo libre y voluntario de los padres, pues en el acta conciliatoria donde se dejó constancia de estos convenios, las partes manifestaron *“que firmaban libres de presión y que esa era su voluntad”* (folio 84). Por otra parte, siempre que la madre ha pedido la colaboración o intervención por parte del Instituto, éstas se le han brindado, hasta el punto de establecer que si alguien ha incumplido con sus obligaciones es la propia peticionaria, quien no ha asistido a los controles psicológicos y con la realización de algunas visitas programadas.

Debidamente impugnado, correspondió conocer del proceso en segunda instancia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante providencia del nueve de diciembre de 1998 CONFIRMO el fallo recurrido. Se sustenta el juicio en el acervo probatorio que hace parte del presente caso, pues no cabe duda *“que el I.C.B.F. no había impuesto el régimen de visitas al padre de la menor, sino que el mismo eran el producto del voluntario y mutuo acuerdo entre las partes mediante el mecanismo de conciliación.”* Añadió que el ente accionado tampoco ha dejado de brindar la ayuda que la menor necesita, *“pues está acreditado probatoriamente tanto por la respuesta que envió la funcionaria demandada al Juzgado, como por la copia de la historia Integral Socio – Familiar que se dio atención, incluso, por parte del Departamento de Psicología, a través de la cual se pudo evidenciar que no es una niña triste, que no presenta problemas de adaptación y que la misma tiene muy buenas relaciones con su señor padre, como también obran constancias de que siempre y en todo momento se le prestó suficiente protección y apoyo a sus diversas inquietudes.”* (Folio 7).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos en el trámite de las acciones de tutela, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; en este caso, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión proferir la decisión respectiva, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Dos del 22 de febrero de 1999.

2. Aspectos procesales del caso

Mediante auto del 26 de febrero de 1999, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, decidió en consideración de los bienes jurídicos que están en juego, ordenar como medida de protección provisional “que se suspenda toda visita del citado BB a la menor CC hasta que se decida sobre la revisión del proceso en referencia.” (Folio 120). Igualmente se ordenó a la Fiscalía Seccional 228 de la Unidad de Delitos Contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, que rindiera informe detallado sobre el estado en que se encuentra la investigación previa radicada bajo el número 380536; de manera especial, si esa dependencia ordenó la detención preventiva de BB.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Corte, con el propósito de resolver el caso que estudia, hacer referencia al campo de acción que se predica de la función de ciertas entidades estatales, en particular el I.C.B.F., para determinar las situaciones en las que puede reclamarse su amparo y reprochar

justificadamente su inacción; igualmente, debe hacerse referencia a la necesidad de coordinar los esfuerzos tanto de los particulares como de agentes oficiales con el propósito de defender los derechos de la niñez.

4. Sobre el Estado Social de Derecho y las instituciones estatales.

La concepción del nuevo marco jurídico que surge a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, es un fenómeno social que sobrepasa el propósito de una simple enunciación formal; la decisión de adoptar la forma del Estado Social de Derecho, trasciende los terrenos de la huería teoría para llenar de contenido y significado cada una de las acciones en el seno de la sociedad¹. En efecto, el concepto tradicional de Estado, cuya legitimidad descansa en la función desarrollada por tres ramas independientes que mecánicamente cumplen funciones asignadas por la ley, –intentando traducir con fidelidad los enunciados de una norma jurídica–, es radicalmente reformado por el Constituyente del 91, que ve en la realidad, antes que en los códigos, la justificación del sistema normativo que identificamos como derecho, y en general, de la organización política estatal. Las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual².

Un claro ejemplo de esta nueva postura lo constituye sin duda el desarrollo de la acción de tutela. Nacida como un instrumento procesal para defender a los particulares de los abusos de la autoridad mediante el pronunciamiento protector del juez de amparo, la tutela se ha convertido en un instrumento complejo –que involucra a varios órganos desde diversas perspectivas–, en el campo de la protección de los derechos³.

Desde plano del propio funcionamiento estatal, esto es, desde la perspectiva de las entidades que se encargan de desarrollar aquellas funciones o prestar esos servicios que reconocemos como típicamente estatales, también es posible identificar un cambio de paradigma que va de la mano de la Constitución de 1991. Y no puede ser de otra forma, porque los fines que se predicen de nuestra organización política⁴, los principios que se defienden en la Carta de

¹ Cfr. artículo 1° de la Constitución Política.

² Así, los cambios producidos por la adopción de la idea de un Estado Social de Derecho “han producido en el ordenamiento no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de los textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho. Cfr. Sentencia T-406 de 1992.

³ En efecto, el adecuado funcionamiento del Estado exige la colaboración armónica de los organismos estatales. Se trata, sin duda, de la reconfiguración de un paradigma clásico al que ya ha aludido la Corte: “La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con su formulación inicial. Aquello que en principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades del desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, el la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.” Cfr. *Ibid.*

⁴ Artículo 2° de la Constitución Política.

Derechos⁵ y la estructura que se construye tras la idea de la función pública⁶, exige de una parte, la participación de todos los servidores públicos –sin importar cual sea el contenido material de sus actos–, y por otro lado, una aplicación de las normas vigentes que no se colma con el razonamiento estrecho que ve en las reglas jurídicas obstáculos para la labor oficial sino que las toma como el inicio de la tarea de protección y garantía de los derechos.

5. La existencia de ciertos organismos estatales

En este orden de ideas, los organismos que actúan en nombre del Estado en prestación de servicios públicos o asistenciales o en la producción de servicios, están sujetos al cumplimiento de claros objetivos que deben hacerse realidad. Esta es una afirmación elemental dentro de la descripción de la estructura estatal que es menester repetir, con el propósito de subrayar uno de los sentidos más importantes de la mecánica de la Administración, frecuentemente olvidado tanto por los gobernantes, como por los gobernados. La función pública no es una formalidad, no es una abstracción ni es un escenario en donde se busca cumplir con el requisito institucional que la estructura contemporánea demanda del Estado; tampoco se agota en la expedición de preceptos que en tono elocuente enumeran principios y proponen fórmulas. No, se trata de una estructura acaso más complicada, en la que el reconocimiento de derechos y facultades va acompañada de su jerarquización y debida interpretación, y en donde la instrumentalización de los principios constitucionales exige la adecuada administración de recursos, la construcción efectiva de espacios físicos donde estos se puedan desarrollar y la puesta en marcha de métodos que aseguren amplia cobertura y fácil acceso⁷.

No se hace otra cosa distinta a reiterar la jurisprudencia que sobre estas y otras materias ha establecido la Corte⁸; pero esta vez se busca hacer énfasis particular en los requerimientos que se siguen de aceptar, en un sentido fuerte, la idea de la garantía de derechos reconocidos a todos los hombres sin distinción: la necesidad de asumir activamente este compromiso desarrollando, incluso oficiosamente, los medios que permitan asegurar una esfera mínima vital a partir de la cual, sea posible para los ciudadanos entablar relaciones con sus semejantes y con el ambiente en condiciones de equidad y dignidad. Atrás debe quedar la idea del Estado estático, o del funcionario público instrumental que camuflado en la falta de competencia, de legislación o de recursos, omite injustificadamente el cumplimiento de sus deberes. La expedición de la nueva Constitución y la proyección de la jurisprudencia emanada de la Corte dan hoy suficientes elementos de juicio para establecer derroteros claros en la interpretación de normas y la aplicación de principios que iluminan

⁵ Cfr. Título II de la Constitución Política: "De los derechos, las garantías y los deberes".

⁶ Cfr. Título V de la Constitución Política: "De la organización del Estado".

⁷ La jurisprudencia de la Corte Constitucional alrededor de la Función Pública ha sido prolija. Entre otras, pueden consultarse las Sentencias C-041 de 1991 -que desarrolla el principio de igualdad predicado de dicha función-, C-082 de 1996 -que hace referencia a la existencia de ciertos principios rectores de la actividad pública, v.g., moralidad y eficacia-, C-063 de 1997 -sobre el libre acceso a la función pública-.

⁸ Sobre la naturaleza del Estado Social de Derecho pueden consultarse con provecho las Sentencias T-401, T-426, T-493 y C-449 de 1992, además de la ya citada T-406 del mismo año; sobre la protección de los derechos fundamentales se puede hacer referencia a las Sentencias C-543 de 1992, T-100 de 1994 y SU-257 de 1997; sobre la Función Pública, pueden consultarse, además de las ya señaladas, las Sentencias T-501 de 1992 -sobre servidores y autoridades públicas-, y C-447 de 1996 -sobre funciones específicas que pueden cumplir servidores públicos-.

ampliamente a las autoridades para que cumplan adecuadamente su función protectora y tomen en ocasiones la iniciativa para prevenir y controlar un mal mayor.

6. Acerca de la protección de los niños

A través de la garantía de los derechos fundamentales de los niños se ve delineado con claridad el papel de un Estado protector, pero a la vez preventivo⁹; que reconoce de manera amplia garantías pero que establece principios prevalentes de cara a los intereses en juego¹⁰; que se aproxima a los textos legales sin prejuicios fundados en la tradición y los interpreta de manera amplia y comprensiva¹¹; en fin, que ve en la intervención del ente estatal una instancia propicia para fomentar la resolución de conflictos y solucionar problemas.

Así –y sin duda esta ilustración es del todo pertinente en el presente caso–, las estipulaciones contenidas en el Código del Menor o en el Código Civil y las funciones que se predicán del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no son pretensiones etéreas que cumplan un propósito representativo, alejado de las necesidades reales¹². Los capítulos que establecen medios de protección para la niñez desamparada, desprotegida o puesta en circunstancias de peligro actual o inminente¹³, han sido promulgados para aplicarse y tener consecuencias prácticas; las obligaciones de los padres tienen regulación legal precisamente por la naturaleza de los bienes que se protegen, y la intervención de las autoridades debe ser oficiosa por la especial importancia que se otorga a los derechos de este sector de la población y la situación de indefensión en la que se encuentran los menores.

Así mismo, el I.C.B.F. cumple funciones vitales para intervenir en aquellas circunstancias en donde los derechos del menor se encuentran comprometidos y cuenta con facultades idóneas para llevar a cabo este cometido. Se trata sin ninguna duda, de un sistema de protección que no se conforma con el movimiento inercial que por tradición ejecuta el Estado, sino que exige en muchos casos que sea la Administración que tome la iniciativa e indique al particular la manera apropiada de hacer valer sus derechos y los de aquellas personas que están bajo su cuidado.

7. Sobre el principio de solidaridad.

De otra parte, sería desproporcionado e irreal pretender que la obtención de ciertas metas sociales corresponde exclusivamente al esfuerzo y empeño de agentes legalmente reconocidos e institucionalmente organizados. Sin duda, la puesta en marcha de los fines constitucionales

⁹ Cfr. Sentencia T-029 de 1994 -Deber prioritario e ineludible del Estado en la protección de la infancia-.

¹⁰ Sentencia T-523 de 1993 -Derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella-.

¹¹ *Ibidem*.

¹² "El ICBF, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial. En este sentido, es necesario indicar que son los jueces contencioso administrativos y, en algunos casos, los jueces de familia, los órganos competentes para asegurar que el Instituto demandado se sujete al derecho. No obstante, se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio ius fundamental de carácter irremediable, procederá la tutela como mecanismo transitorio, sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado la autoridad administrativa". Sentencia T-587 de 1998.

¹³ Cfr. Artículo 36 del Decreto 2737 de 1989 -Funciones del I.C.B.F.-

incumbe tanto a la autoridad como a los particulares y obliga a una estrecha y efectiva colaboración. La ficción del gobernante que todo lo sabe y todo lo puede es una imagen que puede resultar atrayente para defender ciertas posturas políticas, pero resulta inadecuada cuando se busca trazar el horizonte de acción de una comunidad jurídica. Si los particulares no cumplen con sus deberes, si no colaboran con su parte dentro del delicado y complejo entramado social, la búsqueda de fines colectivos es inútil, la consecución del bienestar comunitario o individual no es posible.

La historia ha dado elocuentes pruebas de la inconveniencia de los efectos que se siguen al responsabilizar de manera exclusiva al Estado del desarrollo y garantía de las relaciones sociales. De las lecciones del pasado ha surgido la necesidad de coordinar los esfuerzos de la Administración y de los ciudadanos para que cada uno pueda concentrar sus esfuerzos y cumplir eficazmente sus funciones. Así, la postulación del principio de solidaridad¹⁴ no tiene otro objetivo que recordar junto a la necesidad de colaboración entre los miembros que componen un mismo cuerpo –el Estado–, el hecho de que ciertas acciones sólo pueden llevarse a cabo a partir de la contribución de múltiples organismos y que por lo tanto, la responsabilidad en la consecución de los fines que se estiman deseables depende, en última instancia de la colaboración de todos los entes interesados –institucionalizados o no–¹⁵.

8. Del caso concreto

El expediente que se somete al estudio de esta Sala es un buen ejemplo de un caso en el que la situación de hecho que se presenta debe contrastarse simultáneamente desde la perspectiva de los deberes que se predicen tanto del Estado como de los particulares, para poder establecer las obligaciones que pueden predicarse del uno y de los otros. Lo que está en juego entonces, es la adecuada protección de derechos constitucionales que se consideran vulnerados.

En este orden de ideas, no es erróneo predicar el interés y el deber del Estado en el cuidado de los derechos de los niños, pues se trata de un propósito constitucional y legal que busca enfrentar los peligros que gravitan sobre este segmento de la población, especialmente si se tiene en cuenta –junto a los problemas que afectan a toda la población–, que por múltiples causas relacionadas con la falta de desarrollo, la pobreza, o la erosión de la institución familiar, pueden ser sujetos de múltiples circunstancias en la que su integridad puede verse comprometida y su indefensión es evidente¹⁶. De hecho, existen instituciones especialmente dedicadas a la preservación de los derechos de los infantes, en las que se ha desarrollado un cuidadoso sistema de asistencia y protección que vela ciertamente por la integridad del vínculo familiar, pero específicamente de los menores de edad.

¹⁴ Sobre el particular bien puede consultarse la referencia jurisprudencial que se hace en la Sentencia T-202 de 1999.

¹⁵ La Solidaridad “desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber –impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social– consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de los asociados o en el interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.” Sentencia T-550 de 1994.

¹⁶ Cfr. Artículo 44 de la Constitución Política.

Ahora bien: para que este propósito sea efectivo es necesario que se cumplan ciertos presupuestos a los que ya se ha hecho puntual alusión en esta sentencia y que conviene contextualizar de cara a las circunstancias que se estudian:

a. Por una parte, el éxito de la labor de las autoridades y funcionarios encargados de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos depende esencialmente de la comunicación que exista entre los particulares y los representantes del Estado. De nada se puede responsabilizar a un ente estatal al que no se informa, avisa o pone al tanto de manera oportuna y hasta donde sea posible, inequívoca de las irregularidades ocurridas o de las violaciones perpetradas contra otros miembros de la comunidad. Hasta cierto punto, la efectividad de muchas funciones oficiales está directamente relacionada con la demanda ciudadana por soluciones y por respuestas a los problemas que se presentan. En este punto, como se dijo en su momento al señalar la obligación Estatal de cumplir con sus deberes, nada justifica la actitud del particular que tras la consuetudinaria “ineficacia oficial” pretende sustentar el incumplimiento de su deber de denuncia, o que tras la candorosa alegación de la ignorancia de la norma jurídica –que bien puede traer aparejada una pena o una recompensa–, aspira a pasar inmune el reproche por sus omisiones¹⁷.

b. De otro lado, la protección de los derechos fundamentales depende de un compromiso institucional que se amolde a las transformaciones que dentro nuestra cultura jurídica se han presentado a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Poco o nada se logra si las autoridades judiciales y administrativas creen –como asombrosamente todavía ocurre–, que la suya es una tarea simbólica que hace parte de las “buenas intenciones” de la Carta Política, reservando sus poderes y atribuciones para hacer frente a los asuntos que tradicionalmente configuran el panorama y la tradición jurídicas verdaderos. La función pública en general, pero particularmente cuando guarda relación con el régimen de garantías fundamentales debe llenarse de iniciativa, incluso creatividad, para que empleando las herramientas legales de que dispone y los recursos logísticos con los que cuenta pueda cumplir su labor con certeza. Además, no puede olvidarse que el principio de autonomía funcional no sólo sirve como un criterio de distinción entre las tareas que cumplen las diferentes ramas del poder, sino que constituye el respaldo con que cuenta determinado agente para definir de cara a la Constitución y la Ley el curso de su conducta y para lograr las finalidades que su cargo impone, ciertamente impostergables cuando se habla de la tutela de derechos fundamentales.

El caso expuesto por la peticionaria, al girar en torno de la situación de una menor de edad, posiblemente sometida a abuso sexual por parte de su padre, contiene elementos jurídicos y emotivos que deben ser adecuadamente ponderados para resolver el problema presentado a la Corte. En este sentido, las resonancias afectivas deben dejarse de lado –a lo mejor dolorosamente–, para constatar la veracidad de los hechos a través de las pruebas presentadas.

Indiscutible resulta el hecho de que la descripción de la relación sostenida por la señora AA y el señor BB antes y después de su separación se apoya en afirmaciones vagas, oscuras y cargadas de reproches hechos por la peticionaria, al parecer, por la nueva relación sentimen-

¹⁷ Cfr. Sentencia C-651 de 1997.

tal que sostiene el Sr. BB (folio 1 y ss., folio 39 y ss). Además, del proceso de anulación del matrimonio religioso sólo se presenta la copia auténtica que expide Notaria del Tribunal Eclesiástico de la parte resolutive del Decreto confirmatorio de la Sentencia Definitiva, por la que dicho Tribunal declaró nulo el aludido matrimonio (folio 16).

- También la incertidumbre rodea la historia clínica de la menor, porque si bien su madre afirma la presencia de infecciones anales desde los dos meses de vida de la niña en abril de 1993 (folio 1), los registros médicos hechos por los médicos empiezan a dar cuenta de dichas dolencias sólo a partir del 3 de enero de 1997 (folio 21).

- Y definitivamente vaga e imprecisa resulta la relación y comunicación entablada entre la peticionaria y su esposo frente al I.C.B.F.:

- Por una parte se presenta copia de la conciliación acordada por el Sr. BB y la Sra. AA, en la que se establece quien ejercerá la custodia y cuidado personal de la menor y el régimen de visitas a seguir. Resulta incomprensible cómo durante la celebración de una diligencia de conciliación cuyos efectos jurídicos son determinantes y fueron previamente explicados a las partes, no se puso en conocimiento de la Defensora de Familia, las sospechas y temores, medicamente respaldados, alrededor de la integridad sexual de la pequeña y del extraño comportamiento del padre.

- *Y si en gracia de discusión se acepta que dichos temores fueron comunicados a la Defensora del Familia, quien se limitó a amonestar al padre diciéndole que: "cuidado si tenía conductas raras", no se explica como inmediatamente la peticionaria firma la conciliación sin pedir que se dejara constancia o que se intentara probar sus afirmaciones, suficientemente graves como para posponer la diligencia de conciliación.*

- *Las relaciones –y los documentos que las reflejan–, que se desarrollaron entre los padres, la menor y el I.C.B.F. y que datan desde el 5 de agosto de 1997, están caracterizadas por la ambigüedad. Por una parte, no existe instrumento alguno en el que conste que la peticionaria puso en conocimiento ante los funcionarios competentes y de forma concreta, las graves circunstancias que parecían desarrollarse alrededor de la relación padre - hija¹⁸. Por otro lado, los exámenes psicológicos practicados a la menor no corresponden al perfil de una niña que ha sido víctima de abuso sexual o que tiene problemas con su padre –aunque bien debe recordarse que se trata de consultas esporádicas–. Por ejemplo, el 2 de abril de 1998 se observó "que es una niña alegre, cariñosa, colaboradora, que se adapta rápido al medio, que cumple las normas que se le dan." En esa misma sesión "pide estar con los dos padres." (Folio 47^a). Luego, el 6 de abril del mismo año, cuando se aplicó al padre el test de la familia se que: "[l]a relación entre padre e hija es muy buena, hay comunicación, cuando la*

¹⁸ La referencia más concreta al particular aparece en el resumen de la reunión del 5 de marzo de 1998 (folio 47), en el que la psicóloga de turno afirma: "Se presenta la señora AA. Manifiesta que el I.C.B.F. nunca la ayudó cuando ella más lo necesitaba, siempre ayudan es al esposo. Ella sugiere que el papá de la niña la visite en la casa, sin necesidad de llevársela a dormir a ningún otro lado, por los antecedentes que ha habido." Nunca se explica en que consisten este tipo de hechos se refiere con la expresión "antecedentes". En todo caso, existen varias pruebas alrededor de la incomformidad manifestada por la peticionaria por el hecho de que las visitas que realizaba el padre, o los flnés de semana que se iba con la niña de paseo, se presentaba con otra persona –su nueva pareja sentimental–, que no era del agrado de la señora AA. Por otro lado, no se explica que se afirme que el I.C.B.F. no ha prestado la ayuda requerida cuando existen numerosas pruebas de los chequeos realizados y el seguimiento de la menor.

niña se expresa del papá se expresa bien, no le tiene miedo. Es una niña cariñosa que juega con el papá.” (Folio 47^a).

· *Con fecha del 12 de junio de 1998 la Defensoría del Pueblo por intermedio del Jefe del Centro de Atención Ciudadana, pone en conocimiento a la Subdirectora de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de los detalles que rodean el caso de la hija de la peticionaria y pide “investigar los hechos manifestados y a su vez proteger a la menor que se encuentra en grave peligro.” (Folios 17 y ss.).*

La confusión y la contradicción que emana de la gran mayoría de pruebas da lugar al planteamiento de numerosas hipótesis que descansan en la interpretación de los acontecimientos que se encuentran verificados aisladamente, llenando los vacíos con las propuestas subjetivas que la emoción y los hechos brindan. Nada sólido se puede establecer de esta forma.

Por otro lado, un seguimiento más riguroso de los acontecimientos y las probanzas que estructuran el caso, nos permite afirmar que de acuerdo con la información suministrada al ente accionado antes de junio de 1998 –y que está documentalmente soportada–, no podía exigirse un comportamiento diferente al I.C.B.F. en la atención de los padres y su pequeña hija: se trata de una pareja separada con múltiples conflictos a la que el instituto ofrece la ayuda psicológica necesaria para estar al tanto del desarrollo de la niña y el de sus relaciones con los demás, arrojando datos satisfactorios que no dan muestra de la presencia de nada anormal.

Cosa diferente ocurre desde el momento –12 de junio–, en que más allá de las suposiciones y de las afirmaciones verbales, es posible determinar que hubo una información completa e inequívoca alrededor de los graves hechos que rodean la relación entre el señor BB y su hija y la posible configuración de un caso de abuso sexual. Desde este momento –inequívocamente probado, se repite– la responsabilidad de la entidad oficial debe apreciarse de cara a la naturaleza de la información que poseía, para establecer si las previsiones tomadas resultaron suficientes o configuran la violación de los derechos fundamentales de un niño.

Veamos: percatados de la grave situación que se desenvolvía alrededor de una pequeña niña, esto es, consciente del peligro y la violación de derechos fundamentales que se deriva de la posibilidad de que una menor de 5 años estuviera siendo sometida a actos de manipulación sexual por su padre, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se limitó a remitir la comunicación recibida por la Subdirectora de Protección el 12 de junio, a la Jefe de División de Protección de la Regional I.C.B.F. Santa Fe de Bogotá -2 de julio-, para que se “tomen los correctivos necesarios del caso y si es necesario se recomiende una atención psicológica especializada para la menor... [que] viene siendo víctima de abusos por parte de su padre”, (folio 62); luego –el 7 de julio-, a la Coordinadora del Centro Zonal Barrios Unidos “para que se intervenga a la mayor brevedad posible y se mantenga informada a la regional sobre la situación”, (folio 61); después a la psicóloga Jaine Olivares –el 14 de julio-, para que “se sirva realizar visita domiciliaria... a la Señora AA”, (folio 60), visita que no se pudo realizar porque la Sra. AA no se encontraba (folio 72).

Hasta la fecha no existe prueba de que se haya tomado ninguna otra medida protectora o investigativa alrededor del caso.

La atención dilatada de una queja que pone de presente el peligro actual que pende sobre una pequeña que posiblemente es objeto de manipulación sexual por parte de su padre y que toma alrededor de un mes para decretar una simple visita domiciliaria no es una medida idónea y proporcional al mal que se busca prevenir y a la naturaleza del derecho cuya protección se persigue.

Sin duda, las autoridades del I.C.B.F. cuentan con medios ordinarios y extraordinarios para suspender la amenaza que se cierne contra un menor de edad, en tanto se clarifican y comprueban los hechos que soportan una queja de tal magnitud¹⁹. En el caso que se estudia resulta evidente que la primera decisión recomendable, antes, de cualquier otra determinación tenía que ver con la suspensión de las visitas por parte del padre –presunto violador–. De hecho, eso fue precisamente lo que hizo esta Sala de Tutelas al percatarse de los hechos que motivan la acción, y sin conocer de la captura del señor BB por parte de miembros de la fiscalía desde el pasado 8 de diciembre (folio 119).

No puede decirse entonces, como lo demuestra este caso, que una entidad oficial está cumpliendo con sus funciones en lo referente a la protección de los derechos fundamentales si, analizada la magnitud de los hechos, no emplea de manera razonable y proporcionada todos los recursos con los que cuenta para prevenir o impedir la violación de las garantías básicas que establece la Constitución, si se limita a dar un ordenado trámite a las quejas y solicitudes sin que ninguna decisión de fondo se tome, si deja que pase el tiempo corriendo el inminente riesgo de que se pronunciamiento sea tardío, su protección ineficaz, su reparación ilusoria.

Ahora bien: del mismo modo que se establece la responsabilidad del Estado se debe decir que de nada sirve un sistema de protección de derechos, de aplicación prevalente en el caso de los niños, si los particulares, quienes deben soportar la vulneración, no acuden con la misma prontitud y claridad a demandar la intervención de las autoridades y la expedición de una solución efectiva.

La impresionante situación de hecho que parece sustentar la petición que se estudia, no puede menos que recordar la necesidad de convertir actos concretos y eficaces las disposiciones de la ley, asumiendo incluso la iniciativa en aquellos aspectos que son del resorte bien de los particulares, bien del Estado. Poca y descuidada fue la atención brindada por el I.C.B.F. a la peticionaria y su hija desde el momento que conoció con certidumbre los hechos que rodeaban su situación; pero al mismo tiempo resultó tardía y despreocupada –al punto de rayar con la negligencia–, la actitud desplegada por la madre con el propósito de poner fin a una situación sobrecogedora e indeseable.

IV DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

¹⁹ Por ejemplo, el artículo 36 del Decreto 2737 de 1989 establece que: "Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio del Defensor de familia del lugar donde se encuentra el menor, declarar las situaciones de abandono o peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones."

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por el Juez Octavo Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito y, en su lugar proteger, por las razones expuestas, los derechos a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad de la pequeña niña representada por la peticionaria AA.

Segundo. Mantener la orden de suspender las visitas del señor BB a su hija menor de edad, en tanto se decide el proceso penal que impulsa la Fiscalía en contra de aquél. Si el pronunciamiento de esta entidad señala la inocencia del sindicado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en atención a lo expresado en el presente fallo, debe fijar cuidadosamente el régimen de visitas entre los padres y la menor de edad.

Tercero. **ORDENAR** al Instituto de Bienestar Familiar que brinde a la niña la asistencia psicológica que su condición demanda, procediendo a la realización de un detallado examen que de cuenta certera de su condición psíquica por los posibles padecimientos sufridos.

Cuarto. Comunicar esta providencia al Juez Octavo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrado (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-390
mayo 27 de 1999

PENSION DE JUBILACION-Mora patronal en aportes

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general pago de acreencias laborales

Referencia: Expediente T-201.631

Acción de tutela contra Confecciones Marinella S.A. por una presunta violación de los derechos al trabajo y a la seguridad social.

Tema: Mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, y en la cancelación del salario.

Actora: Gloria Nury Arbeláez Luna

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E), y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a revisar los fallos de instancia adoptados por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Laboral-, en el trámite del proceso radicado bajo el número T-201.631.

ANTECEDENTES

1. Hechos

La actora trabaja como secretaria para la firma Confecciones Marinella, S.A., desde el 7 de enero de 1992. Según afirma, esa empresa dejó de pagarle los intereses de las cesantías correspondientes a 1997, el sueldo de las últimas cinco (5) semanas, y el aguinaldo de 1997.

Añadió en su solicitud de tutela, que cumple con los requisitos legales para que se le reconozca y pague la pensión de jubilación, pues el 16 de junio de 1998 cumplió 55 años; en consecuencia, consultó informalmente a un funcionario del Instituto de los Seguros Sociales sobre la viabilidad del reconocimiento de la correspondiente prestación, y éste le informó que ese Instituto se negaría a reconocerle el derecho, pues la firma demandada adeuda los aportes de 1995, 96, 97 y 98, a pesar de haber efectuado la retención de las sumas correspondientes de los salarios de la accionante durante ese lapso.

La señora Arbeláez Luna solicitó al juez de tutela amparar sus derechos fundamentales, y ordenar a Confecciones Marinella S.A. cancelarle las sumas que le adeuda, y pagar al ISS los aportes que no le consignó durante los últimos cuatro años.

2. Fallo de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagiñí decidió, el 11 de diciembre de 1998, no tutelar los derechos fundamentales de la demandante, pues para reclamar las sumas que se le han dejado de pagar, ella cuenta con la vía ordinaria; en cuanto hace a su pensión de jubilación, como está probado que la empresa demandada fue admitida a un concordato preventivo obligatorio en el que reconoció su deuda con el Instituto de los Seguros Sociales, y éste se hizo presente en tal procedimiento, no es de la firma accionada sino de este Instituto que debe reclamar la actora el reconocimiento y pago de su pensión.

3. Sentencia de segunda instancia

Impugnada la anterior providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín - Sala Laboral-, resolvió confirmarla el 26 de enero de 1999, sin añadir consideración diferente a las del fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos en el trámite de este proceso, en virtud de lo estipulado en los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Cuarta de Revisión adoptar la decisión respectiva, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Tres del 4 de marzo de 1999.

2. Jurisprudencia reiterada y unificada sobre el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación y la mora patronal en los aportes.

La Corte Constitucional sentó en 1993 una doctrina sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación en caso de mora patronal en el pago de los aportes, que ha sido reiterada en múltiples oportunidades¹; por ejemplo, en la sentencia T-143/98² se dijo:

¹ Ver las sentencias: T-406 y 520 de 1993; T-083 de 1994; T-154^a, 158, 287 y 502^a de 1995; T-398, 606 y 674 de 1996; T-059, 072, 103, 171, 179, 202, 295, 334, 364, 438, 451 y 669 de 1997; T-143, 168, 177, 363, 382, 474, 553, 557, 632, 751 y 757 de 1998; SU-430 de 1998 y C-177 de 1998.

² Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

“En ningún caso, pero menos todavía cuando se trata de personas de la tercera edad, podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales la conclusión según la cual una persona que haya laborado durante el tiempo legalmente previsto, cumpliendo los demás requisitos señalados por el legislador, pueda quedar despojada de su pensión de jubilación de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o el incumplimiento de otro, en especial si ese otro es precisamente el patrono para quien laboraba.

“Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que está obligado para los fines del cómputo del tiempo de cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo.

“Así, el patrono puede ser demandado por el trabajador con tal objeto, al amparo de claros preceptos constitucionales y legales”.

Así, en el caso bajo revisión es claro que el Instituto de los Seguros Sociales no puede, sin violar los derechos fundamentales de la actora, negarse a reconocerle el derecho a la pensión de jubilación por causa de la mora de su patrón en cancelar los aportes³. En este último caso, la trabajadora no queda desprotegida, porque su empleador es responsable por el pago de las mesadas pensionales que se lleguen a causar, hasta que ese Instituto se haga cargo del pago de la prestación.

3. Derecho amenazado y derecho vulnerado en el caso bajo revisión

Confecciones Marinella S.A. puso en peligro el derecho de la actora a su pensión, y faltó a la buena fe que debe presidir las relaciones entre los particulares, a más de incumplir con sus obligaciones legales, pues practicó las retenciones correspondientes a los aportes a la seguridad social de sus trabajadores y empleados, y no transfirió al Instituto de los Seguros Sociales, donde los había inscrito, las sumas retenidas y las correspondientes a sus aportes; además, dejó de pagar los salarios y algunas prestaciones a sus empleados. Con esas actuaciones amenazó gravemente el derecho a la seguridad social de la demandante, y le violó el derecho al trabajo, pues desconoció la garantía de la remuneración.

a) Derecho a la seguridad social

En este caso, no se controvierte una decisión por medio de la cual se haya negado a la actora el reconocimiento de su pensión de jubilación; la accionante es clara al manifestar que no ha elevado ante la empresa demandada o ante el Instituto de los Seguros Sociales, una solicitud expresa orientada al reconocimiento de tal derecho. Únicamente ha expresado en vía de tutela, que le fue informado que el ISS podría responder tal solicitud negándose a reconocerle el derecho, so pretexto de la mora patronal en el pago de las contribuciones. Lo que existe entonces, es una amenaza para la efectividad del derecho a la seguridad social.

³ Ver la sentencia C-177/98 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

b) Derecho a la remuneración salarial.

Además, la firma demandada suspendió los pagos correspondientes a la nómina de sus empleados y trabajadores -adeudaba cinco semanas cuando se presentó esta solicitud de amparo-, y de esa manera afectó el derecho de la actora a la remuneración (C.P. art. 53), aunque ésta no manifestó que se le hubiera privado así del sustento mínimo vital. Resulta de lo anterior, que Confecciones Marinella S.A. sí violó a la actora el derecho al trabajo, pues dejó de cumplir con su obligación de remunerarlo en la oportunidad convenida.

Respecto a lo primero debe decirse que el juez de tutela no está aún llamado a pronunciarse, pues no se ha agotado la vía ordinaria, y la amenaza que pesa sobre el derecho a la seguridad social de la demandante ha sido prevista y remediada en el ordenamiento vigente: la empresa fue admitida al proceso de concordato preventivo obligatorio, y por medio del auto 410-5040 de la Superintendencia de Sociedades -1 de julio de 1998-, el Instituto de los Seguros Sociales fue designado representante de las entidades públicas en ese concordato; por tanto, no existe razón para que la mora del empleador pueda provocar la negativa del ISS a reconocerle a la demandante su derecho a la pensión de jubilación en el evento de que la actora presentase una solicitud formal en este sentido; en caso de que tal negativa indebidamente se llegare a presentar, la actora podría acudir a la vía ordinaria laboral para defender su derecho o, según la situación en que se encuentre, a la acción de tutela. Por ahora, es claro que no procede orden alguna del juez de tutela al respecto, pues los mecanismos legales para minimizar el riesgo al que se encuentran sometidos los acreedores de Confecciones Marinella S.A. -y por tanto la amenaza que pesa sobre el derecho de la actora-, fueron y están siendo adoptados por la Superintendencia de Sociedades y la junta de acreedores.

Sobre lo segundo, procede anotar que las acreencias de origen laboral fueron llevadas por Confecciones Marinella S.A. al proceso concordatario, y es a través de ese otro mecanismo de defensa, o de las acciones laborales ordinarias, que debe perseguir la señora Arbeláez Luna la cancelación de las sumas que le adeuda la firma demandada, pues para obtener el pago de obligaciones de origen laboral no procede, por regla general, la acción de tutela, y la actora no se encuentra en uno de los casos considerados por la jurisprudencia de esta Corte como excepciones justificadas.

En conclusión, la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa, no se encuentra en uno de los grupos de población a los que se debe una protección especial y, en este caso, no existe un perjuicio irremediable que se pueda hacer cesar con la orden del juez de tutela, por lo que se debe aplicar la regla general de la improcedencia de esta acción para reclamar el reconocimiento, liquidación y pago de obligaciones laborales. En consecuencia, se confirmará la decisión de segunda instancia, por medio de la cual se negó la tutela de los derechos fundamentales de la actora, pues ésta cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de enero de 1999, por medio de la cual se denegó la tutela de los derechos de la señora Gloria Nury Arbeláez Luna, pues ésta cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa y no hay un perjuicio irremediable que evitar.

Segundo. **COMUNICAR** esta providencia al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-391
mayo 27 de 1999

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Prohibición de anteponer a la salud de los afiliados el máximo de rendimiento económico y mínimo de gastos

INSTITUCION DE SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad por incumplimiento de los dictámenes de sus profesionales

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

PREVENCION AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Omisiones y demoras para la práctica de intervenciones quirúrgicas

Referencia: Expediente T-201376

Acción de tutela incoada por Oscar Cardona Maya contra el Seguro Social -Seccional Antioquia-

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a revisar el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín.

L INFORMACION PRELIMINAR

Oscar Cardona Maya instauró acción de tutela contra el Seguro Social por estimar violados sus derechos a la salud, a la seguridad social y al trabajo.

Los hechos en los que fundó su demanda son los que a continuación se transcriben:

“Me desempeñaba como conductor de camión de carga, con residencia en el Municipio de Carmen de Atrato (Chocó) cuando empecé a sufrir por una severa molestia en la pierna izquierda.

Consulté por cuenta de la EPS SEGURO SOCIAL en el Hospital San Roque de Carmen de Atrato. Allí estuve en tratamiento un tiempo y ante la no mejoría, el médico tratante me remitió a médico ortopedista en la ciudad de Quibdó.

En Quibdó, el especialista conceptuó y determinó que mi mal ortopédico era tratable con procedimiento quirúrgico, de carácter urgente, por larga evolución que mostraba la enfermedad.

Como la operación no se llevaba a efecto y la enfermedad cada día se agudizaba más, al punto de que ya no me era posible trabajar, me vine para Medellín.

En Medellín volví a consultar, esta vez en el CAA SAN IGNACIO, donde el médico general me remitió al Servicio de Ortopedia de la Clínica Universitaria Bolivariana. Allí el especialista de nuevo conceptuó que requería urgente intervención quirúrgica de la cadera (septiembre 18 de 1998), la que hasta la fecha no se me ha practicado.

El 25 de septiembre de 1998, como consta en la “Relación de Autorizaciones para procedimientos en la Clínica Universitaria Bolivariana”, recibió el Seguro Social la orden para mi intervención”.

Con fundamento en lo anterior, el actor solicitó al juez de tutela que se ordenara al Seguro Social practicar la operación de cadera.

La demanda fue presentada el 12 de enero de 1999.

Por requerimiento del juez de instancia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó sobre el estado de salud del peticionario:

“Tiene coxo valga subluxada por displasia de cadera izquierda, la cual se aprecia en los rayos X. El tratamiento es prótesis de cadera.

La cirugía debe realizarse en el lapso de tres (3) meses”.

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISION

El Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín, mediante fallo del 26 de enero de 1999, concedió la tutela, pues estimó que la omisión del Seguro Social constituía atentado contra los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida digna.

En consecuencia, ordenó al ente demandado que, dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, programara la práctica de la cirugía requerida para la implantación de la prótesis de cadera, la cual debía llevarse a cabo dentro de los 10 días siguientes, teniendo en cuenta los trámites administrativos de rigor.

El fallo no fue objeto de impugnación.

En sede de revisión, el Magistrado Sustanciador solicitó al Seguro Social que informara si ya se había dado cumplimiento a la sentencia proferida por el juez de instancia, y mediante oficio del 24 de mayo de 1999, la entidad demandada respondió que la cirugía se había practicado aproximadamente el día 25 de febrero del año en curso.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo en referencia, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 86 y 241 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Sustracción de materia por haber desaparecido los supuestos de hecho de la acción. Indolencia y omisión del Seguro Social. Las entidades prestadoras de servicios de salud no pueden aguardar órdenes de tutela para actuar, como es su deber, en forma oportuna y eficiente

La Sala encuentra que en el presente asunto el juez de instancia acertó en la decisión adoptada pues, como se ha dicho en múltiples ocasiones, la inercia de las instituciones encargadas de prestar el servicio público de salud da lugar al desconocimiento de la dignidad humana y apareja la violación de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, de quienes esperan indefinidamente que se les preste la atención requerida.

En el Estado Social de Derecho, carece de sentido la existencia de un organismo público con el trascendental objeto del Seguro Social si se lo concibe apenas como una “empresa”, sólo que de origen estatal, cuya única razón es el máximo rendimiento económico y los mínimos gastos, descuidando su único y verdadero fundamento y la función básica que le corresponde: la atención oportuna y eficiente de la seguridad social y de la salud de sus afiliados y beneficiarios.

Si por negligencia o ineptitud, o por el deliberado propósito de obtener rendimientos financieros a costa de la salud de sus pacientes -lo que sería muy grave a la luz del ordenamiento jurídico y comprometería la responsabilidad penal, civil y patrimonial de los funcionarios involucrados-, un ente público de seguridad social se abstiene de cumplir su tarea pese a los dictámenes de sus propios profesionales, amenaza el derecho a la vida e incumple los mandatos constitucionales sobre seguridad social, lo que hace viable la acción de tutela en su contra, sin perjuicio de los demás instrumentos judiciales en lo concerniente a responsabilidades y sanciones.

Ahora bien, la Corte considera que, encontrando las personas en la acción de tutela eficaz medio de defensa de sus derechos ante la omisión de las instituciones de seguridad social, y justamente por cuanto la creciente utilización del amparo está delatando cada vez con mayor contundencia un estado de cosas contrario a los principios constitucionales básicos, no es posible admitir que los administradores de tales organismos adopten la actitud de aguardar los fallos judiciales para cumplir las funciones que les corresponden.

En el caso bajo examen, el peticionario debió soportar durante varios meses las consecuencias generadas por la indolencia del Seguro Social, ya que, según se pudo constatar con el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se requería con carácter urgente la práctica de la cirugía de cadera, dada la gravedad de la lesión que padecía el peticionario.

Como la intervención quirúrgica ya fue practicada en febrero de este año, precisamente con el fin de dar cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín -según consta en el informe rendido por el Seguro Social-, se está ante un hecho superado y, por tanto, la Sala se limitará a confirmar la decisión judicial sin que sea procedente impartir orden encaminada al propósito central del amparo, pues ella carecería actualmente de objeto, satisfecha como está, según las pruebas existentes, aunque contra la voluntad del Seguro, la fundada y justa pretensión del accionante.

De todas formas, la Corte Constitucional considera necesario ordenar al Seguro Social que atienda cualquier contingencia que pueda presentarse en la salud del paciente por causa o en

relación con la operación efectuada, y que le brinde los tratamientos, terapias y medicamentos que requiera, sin que se haga necesaria una nueva acción de tutela para tales efectos.

Además, se prevendrá a la institución para que no vuelva a incurrir en omisiones y demoras como las que generaron la proposición de la acción de tutela en referencia.

Se reiteran los criterios expuestos por esta Sala en casos similares:

“Si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, bien sea mediante la realización de una conducta positiva, ya por el cese de los actos causantes de la perturbación o amenaza, o por la vía de una abstención. De lo contrario, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-036 del 2 de febrero de 1994).

“De lo anterior se colige que la decisión judicial mediante la cual se concede una tutela tiene por objeto la restauración del derecho conculcado, ajustando la situación planteada a la preceptiva constitucional.

Si ello es así, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción –bien sea por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo– conduce a la pérdida del motivo constitucional en que se basaba el amparo. Ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia.

Lo propio acontece cuando el aludido cambio de circunstancias sobreviene una vez pronunciado el fallo de primer grado pero antes de que se profiera el de segunda instancia o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional. En dichas hipótesis la correspondiente decisión sería inoficiosa en cuanto no habría de producir efecto alguno”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 del 4 de febrero de 1994).

DECISION

En mérito de las pendientes consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Trigésimo Primero Penal Municipal de Medellín, por medio del cual concedió el amparo solicitado.

ADICIONASE la sentencia en el sentido de ordenar al Seguro Social que atienda de inmediato y en forma completa toda contingencia que pueda presentarse en la salud del paciente por causa, con ocasión o en relación con la cirugía practicada, y que le suministre sin dilación los medicamentos que requiera y las terapias que se le ordenen.

T-391/99

Segundo.- Se **PREVIENE** al Seguro Social en el sentido de que no puede seguir incurriendo en las conductas que dieron lugar a la tutela, ni continuar, por su negligencia y demora, o bajo una concepción “empresarial”, ajena al Estado de Derecho, poniendo en peligro la salud y la vida de los pacientes a su cuidado.

Esta providencia se notificará personalmente al Presidente de la institución.

Tercero.- **DESE** cumplimiento a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-392

mayo 27 de 1999

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cumplimiento de contrato de seguro contra riesgos de enfermedad y accidente

Referencia: Expediente T-201720

Acción de tutela incoada por María Angélica Acevedo Murillo contra la Compañía SEGUROS BOLIVAR.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintisiete (27) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Procede la Corte a revisar los fallos proferidos en el asunto de la referencia por los juzgados 23 Penal Municipal, y 30 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

María Angélica Acevedo Murillo instauró acción de tutela contra la compañía “Seguros Bolívar”, por estimar violado el derecho a la vida.

La menor es beneficiaria de una póliza de seguros contra el riesgo de enfermedad o accidente, cuya vigencia comprende desde el 16 de septiembre de 1998 hasta el 16 de septiembre de 1999.

El 17 septiembre de 1998 (un día después de la entrada en vigencia de la póliza), la peticionaria solicitó a la compañía aseguradora que expidiera carta de autorización para la práctica de la cirugía “laparotomía exploradora y extirpación de quiste ovárico derecha” (fl. 39).

La sociedad demandada, mediante escrito de la misma fecha negó la solicitud, alegando que por haber ocurrido el hecho antes de la vigencia de la póliza, se trataba de un hecho cierto no asegurable, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 1054 y 1073 del Código de Comercio.

Además, señaló la compañía de seguros que dentro de las condiciones generales de la póliza no se encontraba cubierto el reclamo, pues el numeral 4 de su condición segunda establecía que quedaban excluidos del amparo las enfermedades o padecimientos preexistentes a la fecha de inclusión del asegurado en aquélla, sean conocidos o no por el asegurado o

tomador; y que según los términos del contrato, “se considera preexistente toda enfermedad, malformación o afección originada u ocurrida antes de la vigencia de la iniciación del amparo o la inclusión en la póliza, independientemente de que se diagnostique durante la ejecución del contrato”.

Para la sociedad demandada la patología que dio lugar a la solicitud de la peticionaria requiere un tiempo de evolución que no coincide con la vigencia de la póliza.

No obstante, la actora consideró que como al suscribir la póliza se realizó la verificación y comprobación a través de la terminal nacional de información de la no preexistencia de enfermedad alguna, la actitud de la entidad demandada amenazaba su derecho a la vida.

La demandante solicitó al juez de tutela que ordenara a “Seguros Bolívar” cumplir la orden de hospitalización del médico tratante y adscrito a dicha compañía.

La entidad mencionada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que existía otro medio de defensa judicial para debatir el asunto objeto de la litis; que el hecho que dio lugar a la reclamación no encajaba dentro del concepto de riesgo como “hecho futuro e incierto” (arts. 1045 y 1054 del Código de Comercio); y que según los términos del contrato, expresamente se habían excluido las enfermedades preexistentes. Por último, afirmó la citada entidad que “las compañías de seguros tienen un régimen propio, consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y son totalmente diferentes a las denominadas empresas de medicina prepagada, que a su vez se rigen por unas normas diferentes en un todo a las de las compañías de seguros” (fl. 24).

Según certificación del médico tratante, remitida al Despacho judicial el 16 de septiembre de 1998, la peticionaria fue atendida “por presentar dolor pélvico de aproximadamente 10 días de evolución, según resultado de una ecografía pélvica, confirmando la presencia de un quiste septado de 75 x 60 x 54 mm (...). El examen físico practicado ese día descartó la presencia de un abdomen agudo, lo cual traduce que en ese momento NO existía URGENCIA MEDICA, por lo cual se solicitaron los exámenes paraclínicos para continuar el estudio y se procedió a solicitar la autorización de Seguros Bolívar para tratamiento quirúrgico programado, aclarándole muy bien a la paciente que su enfermedad no es aparentemente grave y al NO SER URGENTE permite realizar los trámites necesarios para la práctica de la cirugía...” (ver folio 16 del expediente).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

El Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 2 de octubre de 1998, negó la tutela por estimar que se trataba de una de controversia contractual, cuya prestación era de contenido exclusivamente económico, pues su fin era “obtener la cancelación del valor que demanda la cirugía, acorde con el seguro médico tomado con la compañía de seguros Bolívar”, y que, por tanto, la parte interesada podía ejercer los mecanismos de defensa que el sistema jurídico había previsto para solucionar esta clase de litigios.

Señaló el juez que no se podía hablar de una acción u omisión que violara los derechos fundamentales de la demandante y que fuera imputable a la compañía de seguros demandada, ya que según las pruebas aportadas al proceso, la peticionaria ya padecía la enfermedad al

momento en que empezó a tener vigencia la póliza. Además recalcó que, de acuerdo con el diagnóstico médico, la enfermedad no era aparentemente grave.

La madre de la menor accionante impugnó la anterior decisión, ya que, a su juicio, el informe médico rendido durante el proceso no concordaba con el que el mismo galeno les había expresado en su consultorio. Sostuvo que muy seguramente ese cambio de versión había obedecido a las indebidas presiones de la compañía aseguradora.

Aseveró que cuando está en juego el derecho a la vida no se puede esperar la decisión por parte de la justicia ordinaria, y aunque reconoció que en el contrato se había excluido expresamente el cubrimiento de enfermedades preexistentes, dijo que la Corte Constitucional ya había sentado jurisprudencia en el sentido de que no se podía negar la atención médica requerida alegando una preexistencia no demostrada. Y agregó que “sin embargo lo que se está alegando no es la preexistencia sino la negativa a la orden de hospitalización como derecho adquirido”.

La impugnante discrepó del argumento expuesto en la sentencia, según el cual se trataba de un contrato comercial sujeto a la jurisdicción ordinaria, puesto que la salud es un servicio público que no puede convertirse en negocio.

En segunda instancia, el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia del 9 de diciembre de 1998, confirmó la decisión atacada, con base en similares consideraciones a las expuestas por el *a quo*.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos en referencia, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 86 y 241 de la Carta Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Improcedencia de la acción de tutela para resolver controversias contractuales

La Sala estima que el asunto bajo examen se circunscribe a una controversia meramente contractual. En efecto, se refiere al cumplimiento de un contrato de seguro contra los riesgos de enfermedad y accidente. Y dicho contrato se rige, según nuestro ordenamiento jurídico, por las cláusulas del mismo -que son ley para las partes- y por las disposiciones del Código de Comercio.

El objeto de litigio se reduce a determinar si el hecho que originó la reclamación constituía o no siniestro y, por tanto, si la compañía aseguradora tenía derecho o no a objetar la reclamación. Lo anterior, de acuerdo con las cláusulas contractuales y legales que rigen la materia.

Estima la Corte que deberá ser el juez ordinario quien dirima el asunto, y no el juez constitucional, pues no se trata en este caso de la prestación del servicio público de salud o de la seguridad social a cargo del Estado o prestada con la colaboración de los particulares, sino simplemente de la ejecución de un contrato de naturaleza estrictamente privada, cuyo fin se dirige al cubrimiento patrimonial del riesgo en salud.

Así las cosas, lo que ha dicho la Corporación sobre el régimen de preexistencias en materia de seguridad social en salud, o en torno a los contratos de medicina prepagada, no resulta

aplicable al presente evento, pues el contrato de seguro según lo establece el artículo 1036 es un contrato aleatorio, y el riesgo asegurable -uno de los elementos esenciales del mismo-, ha sido definido así en el Código de Comercio:

“ARTICULO 1054.- Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

Dicho contrato supone la ubérrima buena fe, una de cuyas manifestaciones es la declaración del tomador sobre el estado del riesgo (art. 1058 del Código de Comercio). Y todo lo relativo a las diferencias entre las partes por causa o con ocasión del contrato debe controvertirse en principio ante la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, no encuentra la Sala que en este evento el litigio tenga alcances constitucionales ni que la sociedad demandada haya vulnerado los derechos fundamentales de la solicitante. Se reiteran las siguientes pautas jurisprudenciales:

“Las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por la vía de la tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quien se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con la reglas de competencia estatuidas en la ley”. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-594 del 9 de diciembre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

“...son de recibo para esta Sala las tesis expuestas en la sentencia revisada en el sentido de denegar la acción por tratarse de una controversia surgida con ocasión de la ejecución de un contrato de seguro para cuyo trámite y resolución están instituidas otras vías judiciales”. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-189 del 12 de mayo de 1993. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Al tenor de los criterios precedentes, esta Sala confirmará los fallos de instancia.

DECISION

Con base en las expuestas consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR** los fallos proferidos por los juzgados 23 Penal Municipal, y 30 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en virtud de los cuales se negó la protección solicitada.

Segundo.- **DESE** cumplimiento a lo previsto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-393

mayo 27 de 1999

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Dolencia existente antes de la incorporación pero agravada durante la permanencia en filas

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Asistencia médica mientras se encuentre vinculado o el retiro se produzca por enfermedad adquirida en la prestación

Las normas legales y reglamentarias que regulan la asistencia médica que las fuerzas militares están obligadas a dispensar a quienes prestan el servicio militar obligatorio deben ser interpretadas en consonancia con los principios, valores y derechos constitucionales y, en particular, con el derecho a la vida, el principio de igualdad material y la vigencia de un orden social justo. La Corte ha determinado que, en materia de atención médica, la regla general consiste en que aquélla debe brindarse, con carácter obligatorio, mientras la persona se encuentra vinculada a las Fuerzas Militares. Por ende, tal obligación cesa tan pronto se produce el desacuartelamiento. Sin embargo, es posible aplicar una excepción a esta regla cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, cuya protección “se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho”.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Condiciones para atención médica por enfermedades adquiridas antes de su incorporación

La jurisprudencia ha sostenido que las autoridades militares deben prestar los servicios médicos necesarios para la recuperación de los soldados que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio y que sean víctimas de enfermedades o dolencias adquiridas antes de su incorporación a filas, siempre que se cumplan dos condiciones: (1) que al momento de la evaluación médica para ingreso a la institución militar o de policía, el sujeto hubiere suministrado a la autoridad de sanidad encargada de realizar el examen información veraz, clara y completa sobre su estado de salud; y, (2) que la lesión preexistente se hubiere agravado en razón del entrena-

miento militar y de las deficiencias de los servicios médicos de la unidad militar en la que se encontraban incorporados.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Atención médica a afectados con patologías existentes antes de su incorporación y agravadas con ocasión de éste

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Obligación de practicar los exámenes médicos necesarios cuando se alegue la existencia de una lesión o enfermedad

La Corporación ha considerado que siempre que un soldado alegue la existencia de una lesión o enfermedad que lo invalide o haga peligrar su vida o su integridad personal, las autoridades militares de sanidad se encuentran obligadas a realizar, de manera exhaustiva, todos los exámenes y evaluaciones médicas que se requieran para establecer, con la máxima precisión posible, si la dolencia que el soldado dice padecer existe verdaderamente y cuál es su magnitud. Según la Corte, esta obligación se deriva del principio constitucional que obliga a las autoridades públicas a presumir la buena fe de los ciudadanos y a no eludir sus responsabilidades.

DERECHO A LA VIDA DE LOS SOLDADOS-Protección por autoridades militares/**DERECHO A LA SALUD DE LOS SOLDADOS**-Protección por autoridades militares

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al señalar que las autoridades militares se encuentran obligadas a proteger la vida y la salud de los soldados y a adoptar todas aquellas medidas necesarias para que su permanencia en filas constituya una experiencia lo más humana, dignificante y enriquecedora posible, proporcionándoles “atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas de salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar, entre otros, desde el día de su incorporación, durante el servicio y hasta la fecha de licenciamiento”.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Manifestación de dolencia durante la práctica del primer examen de actitud psicofísica

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL-Práctica de prueba médico-científica para definir si autoridades militares deben brindar atención médica a ex-soldado

DEBIDO PROCESO A LOS SOLDADOS-Necesidad de establecer si actividades físicas agravaron lesión muscular

DEBIDO PROCESO-Negación de toda posibilidad de ejercer instrumentos de defensa y contradicción en materia de sanidad militar

DEBIDO PROCESO A LOS SOLDADOS-Convocación de junta médico laboral militar para definición de situación médica

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Importancia de la evaluación médica rigurosa y adecuada para el ingreso

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Características de los exámenes de aptitud psicofísica

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Vinculación de personas moderadamente disminuidas físicamente destinadas a tareas que no afecten la salud

Lo anterior no obsta para que personas que se encuentran “moderadamente disminuidas en sus capacidades físicas” pueden ser incorporadas al servicio militar obligatorio, siempre y cuando, una vez vinculadas a filas, sean “destinadas a cumplir tareas que no pongan en riesgo su vida en razón de sus condiciones de salud, con lo cual no se le otorga ningún beneficio sino se le garantiza la igualdad de trato consagrada como derecho fundamental en la Constitución. La obediencia y disciplina militares que garantizan la unidad de mando pueden satisfacerse a través de medios alternativos menos drásticos”. En este sentido, puede afirmarse que las dolencias físicas que autorizan que un ciudadano sea exceptuado del deber de prestar el servicio militar son sólo aquellas que, dadas las exigencias físicas de la actividad militar, sean absolutamente incompatibles con éstas.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Pago diferido de cuota de compensación militar

Referencia: Expediente T-185359

Actor: José Duvier Rojas González

Temas: Protección constitucional del derecho a la salud de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio

Características de los exámenes de aptitud psicofísica

Controversias relativas a la denominada cuota de compensación militar

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela T-185359 adelantado por JOSE DUVIER ROJAS GONZALEZ contra el COMANDANTE DE INFANTERIA DE AVIACION N° 3 - BASE AEREA DE APIAY.

ANTECEDENTES

1. El 5 de agosto de 1998, el señor José Duvier Rojas González interpuso acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra el Comandante de Infantería de Aviación N° 3 - Base Aérea de Apiay, ante la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, por considerar que aquel ha vulnerado sus derechos fundamentales a la integridad física (C.P., artículos 11 y 12), a la igualdad (C.P., artículo 13), al debido proceso (C.P., artículo 29), a la seguridad social (C.P., artículo 48), a la salud (C.P., artículo 49) y al trabajo (C.P., artículo 53).

El actor manifestó que, en el mes de noviembre de 1997, se presentó voluntariamente ante las autoridades militares de la Base Aérea de Apiay, a fin de resolver su situación militar. Indicó que, luego de haberle sido practicado un examen médico de aptitud física, en el cual fue encontrado apto para prestar el servicio militar, fue acuartelado el 13 de enero de 1998.

Señaló que, aproximadamente en la última semana del mes de febrero de 1998, se encontraba practicando una serie de ejercicios físicos rutinarios cuando sintió un dolor en la cadera izquierda. Aseveró que, tras comunicar a sus superiores la novedad, fue remitido a la unidad de sanidad, en donde le fueron practicadas unas radiografías, en las cuales, según el médico que las evaluó, no se “observaba ninguna anomalía”. Agregó que “el médico manifestó que eso era falta de ejercicio y me hicieron continuar con los ejercicios, como se le conoce popularmente ‘me hicieron seguir voltiando’”.

El demandante relató que, el 10 de marzo de 1998, le fue practicado el tercer examen médico de rutina, en el cual informó nuevamente acerca del dolor en la cadera que se presentaba al hacer los ejercicios diarios. Manifestó que, luego de que fueran ordenadas radiografías adicionales y de que, nuevamente, nada anormal apareciese en las mismas, fue remitido donde un médico ortopedista, quien concluyó que padecía una dolencia denominada “retracción tensor fascia lata”, la cual debía ser tratada a través de la práctica de unas terapias.

Aseveró que, una vez fue examinado por el especialista, “fui remitido a una teniente (...), de profesión médico, en sanidad, en la Base de Apiay. Esta funcionaria leyó la fórmula, y manifestó que el tratamiento era muy largo, que no se podía practicar en Villavicencio, que valía mucho dinero y que el Estado no podía pagarlo, que ese tratamiento sólo me lo podían practicar en Bogotá. Que era más lo que le costaba el tratamiento a la Fuerza Aérea, que el servicio que yo le iba a prestar, que era mejor darme de baja para que yo me hiciera el tratamiento por mi cuenta”.

El actor señaló que, luego de haber sido dado de baja el 31 de marzo de 1998, se presentó ante el Distrito Militar N° 5 de Villavicencio, a fin de reclamar su libreta militar. Allí le fue informado que, el 10 de agosto siguiente, debía volver a presentarse ante las autoridades de reclutamiento militar, “para que en esa fecha se me practiquen nuevamente exámenes médicos para ver si me pueden utilizar en otra fuerza, o si no que tenía que llevar la suma de \$126.300 para pagar la libreta”.

Aseveró que “en la actualidad a causa de la molestia presentada cuando estaba prestando el servicio militar en la Fuerza Aérea en Apiay, tengo dificultades para caminar, siento dolor, cuando estoy sentado y procedo a pararme se me producen dolores insoportables, no tengo servicio médico, ni tengo dinero para acudir a uno particular”. Agregó que “no puedo trabajar por no tener la libreta militar y ahora con el agravante de la lesión, me encuentro prácticamente en estado de indefensión, a causa de la negligencia y la arbitrariedad con que he sido tratado por los representantes de la Fuerza Aérea, pues no se me ha prestado la atención médica a que tengo derecho por cuenta del Estado, pues la lesión la sufrí prestando el servicio militar”.

Con base en lo anterior, el demandante solicitó (1) que se ordenara la prestación inmediata de la atención médica que requiere hasta su restablecimiento total y, si es del caso, que se ordenara su traslado fuera de Villavicencio, todo ello a cargo del demandado; (2) que su libreta militar le fuera expedida en forma gratuita, y (3) que se iniciaran los trámites necesarios para ser indemnizado a causa de la lesión sufrida.

2. El Comandante del Grupo de Infantería de Aviación N° 3 - Base Aérea de Apiay manifestó al tribunal de tutela que “el accionante en su tercer examen [médico] de comprobación se halló en una causal de inhabilidad para la prestación del servicio militar, inhabilidad originada en una evolución de tres años atrás, lo que implica que dicha circunstancia no fue adquirida en el tiempo que permaneció en filas, criterio médico-científico que se extrae del concepto emitido por el doctor Carlos Sánchez (...) quien presta sus servicios profesionales en la Base Aérea de Apiay, igualmente la evolución de la patología se observa en su historia clínica, documentos que anexo en copias legibles (...). Fue precisamente con esos criterios científicos en el área de la medicina que se determinó la inhabilidad del señor José Duvier Rojas González para prestar su servicio militar y en tal virtud se procedió administrativamente a emitir el acto jurídico del desacuartelamiento”.

En relación con la expedición de la libreta militar del actor, la autoridad militar demandada manifestó que sus actuaciones, así como las de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, se han ajustado a las normas que regulan tales cuestiones, contenidas en la Ley 48 de 1993 y en el Decreto 2048 de 1993. En particular, indicó que las circunstancias en que se produjo el desacuartelamiento del actor lo hacen acreedor a una tarjeta de reservista de segunda clase, por la cual es necesario cancelar la denominada “cuota de compensación”.

3. Por sentencia de agosto 21 de 1998, la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio negó, por improcedente, la tutela impetrada por José Duvier Rojas González.

A juicio del tribunal de tutela, de la documentación médica remitida por la autoridad militar demandada “se desprende sin dubitaciones que la afección que padece el accionante no tuvo origen en la prestación del servicio militar, sino que sus antecedentes se remontan a varios años atrás; más concretamente, a tres”. Agregó que “si conforme lo dispone la Ley 48 de 1993, artículos 15 a 18, y lo expresa el Comandante del Grupo de Infantería de Aviación N° 3, dentro del proceso de incorporación se realiza un examen de reclutamiento mediante el cual se hace la primera evaluación del estado general de salud del conscripto; luego una segunda evaluación para verificar la aptitud física y un último examen de comprobación para verificar que los soldados no presentan inhabilidades o incompatibilidades con la prestación del servicio, el

cual se practica entre los 45 y 90 días después de la incorporación, no se observa que haya existido irregularidad alguna en la orden de desacuartelamiento porque esta no fue producto del capricho o arbitrariedad de quien impartió la orden, sino resultado de la existencia de una causal de inhabilidad física para la prestación del servicio militar, diagnosticada con criterio científico por médico especialista, cuya evolución databa de tres años, la cual no fue adquirida durante el tiempo que estuvo en la Base Aérea, ni por causa ni razón del servicio”.

Por último, el fallador señaló que “respecto de la libreta militar, como el servicio militar no se prestó, la expedición de la tarjeta de reservista de segunda clase y su costo, denominado cuota de compensación, están reglados por la ley y a ellos deben someterse todas las personas, sin que la tutela pueda ser medio para eximir del pago a algunas”.

4. Mediante escrito fechado el 26 de agosto de 1998, el actor impugnó el fallo de primera instancia.

Aseveró que “el procedimiento seguido con el suscrito ha sido completamente arbitrario, porque la Ley 48 de 1993 no es una patente de curso otorgada a los militares por el Congreso de la República. Esta ley por ninguna parte les autoriza reclutar personas incapacitadas para someterlas a entrenamientos, y cuando a causa de los ‘entrenamientos’ su incapacidad se agrava, se eximan de cualquier responsabilidad”.

El demandante puso de presente que, el 13 de enero de 1998, día de su incorporación al servicio militar, le manifestó al médico que lo examinó que, durante un partido de microfútbol, había sufrido un desgarre. Pese a tal advertencia, fue encontrado apto para prestar el servicio militar e incorporado al mismo. Agregó que “cuando estaba incorporado y me tenían haciendo los ejercicios que les ponen a hacer a los reclutas, a pesar de lo que le manifesté al ‘científico’ que me examinó, fue cuando empecé a padecer las molestias que condujeron a mi retiro”.

Indicó que el fallo impugnado asegura, erradamente, que él nunca prestó el servicio militar, siendo que entre los meses de enero y marzo de 1998 estuvo reclutado en la Base Aérea de Apiay, tiempo durante el cual la dolencia que padecía se agravó a causa de los ejercicios físicos que le obligaron a practicar. En este sentido, el actor señaló “cómo es que el a-quo (...) no encontró contrario a derecho, que después de dos meses de incorporado al ejército, previo examen médico de aptitud, a pesar de lo que le manifesté al médico, me ponen a hacer ejercicio salvajemente, me aparece la patología conocida, me examina un ‘científico’ y dictamina que no es nada, que es falta de ejercicio, y luego de ser examinado por tercera vez (...) por fin encuentran la causa, ahí sí me dan de baja, me niegan la atención médica idónea, y me dicen que pague por mi cuenta mis gastos médicos, me ordenan pagar la ‘cuota de compensación’ o en su defecto me ordenan presentarme nuevamente a ver si me pueden utilizar en otra fuerza”.

Así mismo, el demandante indicó la contradicción en que incurre la autoridad demandada como el fallo impugnado cuando afirman que la orden de desacuartelamiento se produjo en forma legal. Al respecto, manifestó que la señalada contradicción surge del hecho de que las propias autoridades militares acepten el hecho de que no era apto para prestar el servicio militar, en razón de la lesión que sufría, pero, a pesar de ello, lo incorporaron al mismo, obligándolo a realizar unos ejercicios que agravaron su enfermedad.

Conforme a lo anterior, estimó (1) que su incorporación irregular a las fuerzas militares violó su derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29); (2) que sus derechos a la integridad física (C.P., artículos 11 y 12), a la seguridad social (C.P., artículo 48) y a la salud (C.P., artículo 49) resultaron vulnerados por los ejercicios que le obligaron a practicar —a sabiendas de su antecedente clínico— durante los dos meses en que estuvo incorporado al servicio militar; (3) que violaba su derecho a la igualdad (C.P., artículo 13) el hecho de que la autoridad médica se negara a prestarle atención médica, como a cualquier otro soldado, por una patología adquirida durante la prestación del servicio militar; y, (4) que la no expedición de la tarjeta de reservista viola su derecho al trabajo (C.P., artículo 53), toda vez que sin el mencionado documento no le es posible acceder a ningún empleo.

5. La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia de septiembre 28 de 1998, confirmó la sentencia de tutela de primera instancia.

En opinión del ad quem, la autoridad demandada no incurrió en acto arbitrario alguno al haber ordenado el desacuartelamiento del actor. Sobre esta cuestión, manifestó que “tal y como lo apreció el fallador constitucional de primer grado, el concepto emitido por el ortopedista (...) y la historia clínica que de Rojas González reposa en el Hospital Luis F. Gómez Niño, indican con toda claridad que la ‘retracción de la fascia lata’ diagnosticada al aquí peticionario, corresponde a una lesión con evolución de tres años anteriores a su incorporación al servicio militar y que, por ende, la misma no fue adquirida en el tiempo o por razón de la vinculación a filas del accionante; así mismo, que esa afectación, a voces del ordinal h) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, determina inhabilidad para la prestación del servicio militar, advirtiéndose a la vez su debido acreditamiento en los términos del artículo 26 del Decreto 2048 de 1993”. Agregó que “comprobada la inhabilidad en que estaba incurso el aquí peticionario, forzoso era que se le considerara exento de la prestación del servicio militar y, por lo mismo, que se le desincorporara de filas ‘con la obligación de pagar cuota de compensación militar’ (art. 28, Ley 48 de 1993) para obtener su correspondiente libreta militar, determinación materializada, precisamente, mediante la orden de desacuartelamiento impartida (...), de donde, se reitera, esa precisa acción, no se muestra como caprichosa o arbitraria y, menos, contraria a la Constitución o a la ley”.

Así mismo, el fallador de segunda instancia estimó que las peticiones del actor en relación con la expedición de su libreta militar no podían prosperar, como quiera que este tipo de asuntos sólo podían ser resueltos por la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional y no por la autoridad militar demandada. Igualmente, el ad quem puntualizó que, en el presente caso, no se avizoraba perjuicio irremediable alguno que autorizara la procedencia transitoria de la acción de tutela incoada por el demandante.

La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionada, correspondió a esta Sala su conocimiento.

FUNDAMENTOS

1. El actor entabló acción de tutela contra el Comando de Infantería N° 3 - Base Aérea de Apiay, por considerar que este ha violado sus derechos fundamentales a la integridad física (C.P., artículos 11 y 12), a la igualdad (C.P., artículo 13), al debido proceso (C.P., artículo 29), a la seguridad social (C.P., artículo 48), a la salud (C.P., artículo 49) y al trabajo (C.P.,

artículo 53). *Manifestó que fue incorporado al servicio militar obligatorio en el mes de enero de 1998 y que, poco tiempo después, al practicar los ejercicios físicos de rutina, comenzó a sentir dolores en la cadera izquierda. Señaló que, a finales de febrero de 1998, en la unidad de sanidad de la Base Aérea de Apiay, fue evaluado médicamente sin que se encontrara ninguna anormalidad. Según el demandante, el médico examinador le manifestó que el dolor provenía “de la falta de ejercicio”. Indicó que, ante la persistencia de los dolores y el hecho de que las autoridades médicas de la base militar no encontraran la causa de los mismos, el 10 de marzo de 1998, fue remitido donde un ortopedista que dictaminó que padecía de una retracción del tensor de la fascia lata. El actor aseveró que, con este dictamen, se presentó nuevamente a la unidad de sanidad de la Base Aérea de Apiay a fin de que le fuera practicado el tratamiento respectivo. Sin embargo, la autoridad médica se negó a practicar las terapias formuladas por el ortopedista, argumentando que este tratamiento era demasiado prolongado y costoso como para que el Estado se hiciera cargo del mismo. Finalmente, en el mes de marzo de 1998, fue desacuartelado por no ser apto para continuar prestando el servicio militar en razón de la dolencia que padece. Posteriormente, al solicitar la expedición de la libreta militar, le informaron que debía pagar una cuota de compensación por un valor superior al que le fue entregado al momento de ser declarado inhábil. Afirma que, sin la correspondiente tarjeta, no podrá encontrar un puesto de trabajo que le permita acceder al tratamiento médico que necesita para superar su dolencia, pero que no cuenta con el dinero para pagar la cuota de compensación militar.*

Con base en lo anterior, el demandante solicitó que se ordene al demandado que le preste los servicios médicos que requiere para la recuperación de su salud y que le expida, sin ningún costo, su libreta militar.

La autoridad pública demandada manifestó que la dolencia por la cual el actor fue desacuartelado había sido adquirida tres años antes de ser incorporado al servicio militar obligatorio y, por tanto, no se produjo como consecuencia de la prestación del mismo. Señaló que, en esta medida, las fuerzas militares no se encuentran en la obligación de prestarle atención médica. Adicionalmente, indicó que el desacuartelamiento del demandante se produjo de conformidad con los postulados legales vigentes (Ley 48 de 1993), toda vez que, en el tercer examen de comprobación de la capacidad psico-física, fue encontrado inhábil para continuar prestando el servicio militar en razón de la dolencia que padece. En relación con la libreta militar del actor, la demandada señaló que, por las circunstancias en que se produjo su desacuartelamiento y según las disposiciones pertinentes de la Ley 48 de 1993, este se encuentra obligado a pagar la denominada “cuota de compensación”.

Las sentencias de instancia negaron la protección constitucional solicitada. A juicio de los falladores de tutela, la autoridad militar demandada no se encuentra en la obligación de suministrar la atención médica que solicita el actor, como quiera que la dolencia que éste padece no fue adquirida en razón de la prestación del servicio militar obligatorio. Así mismo, señalaron que el desacuartelamiento del actor no presentaba viso alguno de arbitrariedad, toda vez que se produjo dentro de los términos consagrados en la Ley 48 de 1993. En punto a la libreta militar solicitada por el actor, los jueces de instancia sopesaron los argumentos que, a este respecto, expuso la autoridad demandada.

Con fundamento en lo anterior, debe la Sala establecer si los derechos fundamentales de un ciudadano que padece una retracción del tensor de la fascia lata, existente antes de su

incorporación al servicio militar obligatorio pero agravada durante su permanencia en filas, resultan vulnerados con la negativa de las fuerzas militares de prestarle los servicios médicos necesarios para la recuperación de su salud, con el argumento de que la enfermedad no se produjo en razón de la prestación del servicio militar. Adicionalmente, la Corte debe definir si, en las circunstancias descritas, el actor tiene derecho constitucional fundamental a la expedición gratuita de la libreta militar.

Presunta vulneración de los derechos a la salud y a la seguridad social del actor y conexidad eventual con algún derecho fundamental

2. La Corte ha manifestado que el derecho a la salud (C.P., artículo 49) ostenta el carácter de fundamental cuando su protección es indispensable para salvaguardar los derechos a la vida y a la integridad personal (C.P., artículos 11 y 12) del titular. La regla anterior ha sido rigurosamente aplicada en aquellos casos en los cuales “el ciudadano que requiere el servicio está cumpliendo con una carga cívica y patriótica, como es la prestación del servicio militar obligatorio”¹.

Ahora bien, la atención de los derechos prestacionales, como el derecho a la salud, debe procurarse dentro del marco legal que establece y define el conjunto de derechos y obligaciones específicas que dan lugar a cada prestación. Sin embargo, las normas legales y reglamentarias que regulan la asistencia médica que las fuerzas militares están obligadas a dispensar a quienes prestan el servicio militar obligatorio, deben ser interpretadas en consonancia con los principios, valores y derechos constitucionales y, en particular, con el derecho a la vida, el principio de igualdad material y la vigencia de un orden social justo².

Con base en las premisas anteriores, la Corte ha determinado que, en materia de atención médica, la regla general consiste en que aquella debe brindarse, con carácter obligatorio, mientras la persona se encuentra vinculada a las Fuerzas Militares. Por ende, tal obligación cesa tan pronto se produce el desacuartelamiento. Sin embargo, es posible aplicar una excepción a esta regla cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, cuya protección “se traduce en el derecho que tiene a ser asistido médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho”³.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha sostenido que las autoridades militares deben prestar los servicios médicos necesarios para la recuperación de los soldados que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio y que sean víctimas de enfermedades o dolencias adquiridas antes de su incorporación a filas, siempre que se cumplan dos condiciones: (1) que al momento de la evaluación médica para ingreso a la institución militar o de policía, el sujeto hubiere suministrado a la autoridad de sanidad encargada de realizar el examen información veraz, clara y completa sobre su estado de salud, y (2) que la lesión preexistente se hubiere agravado en razón del entrenamiento militar y de las deficiencias de los servicios médicos de la unidad militar en la que se encontraban incorporados⁴.

¹ Sentencia T-534/92 (Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón).

² Sentencia T-376/97 (Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara).

³ Sentencias T-376/97 (Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara). En sentido similar, véase la sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

⁴ Sentencia T-534/92 (Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón). En sentido similar, véase la sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En este mismo sentido, la Corte ha establecido que las fuerzas militares no pueden evadir su deber de prestar atención médica a soldados afectados con patologías existentes antes de su incorporación al servicio militar, agravadas con ocasión de éste, con argumentos formalistas, como, por ejemplo, el de que el afectado no había alcanzado a prestar el juramento de bandera.⁵

Finalmente, la Corporación ha considerado que siempre que un soldado alegue la existencia de una lesión o enfermedad que lo invalide o haga peligrar su vida o su integridad personal, las autoridades militares de sanidad se encuentran obligadas a realizar, de manera exhaustiva, todos los exámenes y evaluaciones médicas que se requieran para establecer, con la máxima precisión posible, si la dolencia que el soldado dice padecer existe verdaderamente y cuál es su magnitud.⁶ Según la Corte, esta obligación se deriva del principio constitucional que obliga a las autoridades públicas a presumir la buena fe de los ciudadanos (C.P., artículo 83) y a no eludir sus responsabilidades.⁷

A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al señalar que las autoridades militares se encuentran obligadas a proteger la vida y la salud de los soldados y a adoptar todas aquellas medidas necesarias para que su permanencia en filas constituya una experiencia lo más humana, dignificante y enriquecedora posible,⁸ proporcionándoles “atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas de salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar, entre otros, desde el día de su incorporación, durante el servicio y hasta la fecha de licenciamiento (Ley 48 de 1993, artículos 13 y 39)”.⁹

Según esta Corporación, de los riesgos físicos y psíquicos que entraña la prestación del servicio militar obligatorio se desprende el derecho de los soldados que resulten lesionados o que adquieran alguna enfermedad a “reclamar a los organismos de sanidad de las Fuerzas Militares –quienes tienen atribuidas las funciones de prevención, protección y rehabilitación en beneficio de su personal– la atención médica, quirúrgica, servicios hospitalarios, odontológicos y farmacéuticos necesarios, al igual que elementos de prótesis cuando sean indispensables, por el tiempo necesario para definir su situación y sin perjuicio del reconocimiento de las prestaciones económicas a que haya lugar (Decreto 2728 de 1968, artículo 1°; Decreto 094 de 1989, artículos 38 y 42)”.¹⁰

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, esta Corte ha señalado que, incluso si se trata de un caso ubicado en alguna de las hipótesis antes indicadas –en las que el sujeto tiene el derecho sustancial a recibir atención médica–, la acción de tutela sólo procede si se demuestra la conexidad con algún derecho fundamental y si no existe otro mecanismo de protección o, de existir, la acción se torna necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Conforme a las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional, resta por determinar si, en el caso sub lite, la falta de atención médica constituye una vulneración de los

⁵ Sentencias T-534/92 (Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón) y T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

⁶ Sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

⁷ Sentencias T-534/92 (Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón) y T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

⁸ Id.

⁹ Sentencia T-376/97 (Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara).

¹⁰ Sentencia T-376/97 (Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara). En el mismo sentido, véase la sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

derechos fundamentales del actor que puede ser controvertida a través de la acción de tutela.

3. Como quedó establecido, el amparo constitucional impetrado por el actor fue denegado por los jueces de tutela quienes, sin mayor esfuerzo argumentativo, avalaron las razones expuestas por el Comandante de la Base Aérea de Apiay para sustentar su negativa a prestar los servicios de salud solicitados por el demandante. Básicamente, tales razones consistieron en afirmar que la dolencia que motivó el desacuartelamiento del actor, detectada durante la práctica del tercer examen de aptitud psicofísica, tenía “una evolución de tres años atrás” (fol. 15), motivo por el cual no se había producido con ocasión del servicio militar y, por tanto, las fuerzas militares no se encontraban obligadas a prestar la atención médica necesaria para el restablecimiento de la salud del demandante. Este, por su parte, no ha controvertido los argumentos expresados por la autoridad demandada, en el sentido de que ha aceptado plenamente que, tiempo antes de ser incorporado al servicio militar obligatorio, sufrió un desgarre mientras jugaba un partido de microfútbol (fol. 30). Empero, ha sido igualmente explícito al afirmar que las autoridades militares se encontraban al tanto de esta situación, toda vez que él señaló la existencia del anotado desgarre durante la práctica del primer examen de aptitud psicofísica, pese a lo cual fue incorporado a filas. En este sentido, ha señalado que su lesión no se produjo con ocasión del servicio militar sino que aquella se agravó sustancialmente en razón de los ejercicios que fue obligado a practicar durante los meses en que estuvo reclutado en la Base Aérea de Apiay.

4. Conforme a lo anterior, la cuestión fáctica esencial que debe ser dilucidada a fin de saldar la controversia entre el actor y la autoridad demandada consiste en establecer si la lesión que aquel padece se agravó en forma sustancial como consecuencia de las actividades que realizó mientras prestaba el servicio militar obligatorio. De establecerse esta cuestión, no existe duda alguna de que las fuerzas militares estarían obligadas a dispensar los servicios médicos necesarios para lograr la recuperación de la salud del demandante.

Ciertamente, como se indicó más arriba, la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que las autoridades militares tienen el deber de prestar la atención sanitaria requerida por los soldados afectados con patologías existentes antes de su incorporación al servicio militar, agravadas con ocasión de este.

5. En el expediente no obra prueba alguna que permita establecer –siquiera suMarítamente– la cuestión fáctica que, como antes se anotó, constituye el meollo del caso sub lite.

Las decisiones judiciales sometidas a la revisión de la Sala se fundaron exclusivamente en la prueba médica aportada por la autoridad demandada, consistente en el concepto emitido por el ortopedista Carlos Sánchez (fol. 11) como parte del tercer examen de aptitud psicofísica, en el cual ni siquiera se menciona el asunto fáctico al que se ha hecho referencia. En efecto, el anotado concepto ortopédico se limita a señalar que el actor presentaba un “chasquido a nivel lateral de cadera izquierda existiendo una retracción de la fascia lata” que determina su inaptitud para prestar el servicio militar y precisa que “[e]ste tipo de patología no corresponde a un hecho traumático reciente como se puede comprobar en la misma historia clínica, evolución de la patología tiene una evolución de tres años, esta patología no fue adquirida en el servicio ni por causa, ni razón del mismo, corresponde a una preexistencia”. En ningún momento se

evaluó si la incapacidad del actor se debía, no a la lesión preexistente, sino a su agravamiento a raíz del entrenamiento militar al que fue sometido durante casi tres meses.

6. Ahora bien, la definición anterior sólo puede ser resuelta a partir de un proceso probatorio complejo, motivo por el cual, de alguna manera, podría ser incompatible con la brevedad y sumariedad del proceso de tutela. En efecto, se trata de un asunto científico que debe ser definido por peritos expertos previo análisis médico y no por un funcionario judicial.

No obstante, si en el expediente quedara demostrado que se trata de un caso de extrema necesidad, en el que, en principio, puede presumirse razonablemente que hay algún grado de responsabilidad de la entidad demandada y que exige la atención inmediata para evitar la consumación de un daño sobre algún derecho fundamental, el juez debe proceder a conceder la tutela transitoria del derecho amenazado o vulnerado.

En el presente caso no se presenta ninguno de los elementos anteriores para proceder, por medio de la acción de tutela, a ordenar la atención médica inmediata. En efecto, los elementos de juicio que han sido aportados no son suficientes para afirmar que el entrenamiento severo al que fue sometido el actor agravó la lesión hasta el punto de amenazar el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal.

7. Sin embargo, el hecho de que la Sala, a pesar de la labor probatoria adelantada, no hubiera podido determinar, en un tiempo razonable, los elementos fácticos que servirían de sustento para acceder a las pretensiones del actor, no es suficiente para concluir que no existe, en la práctica, una vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

Se ha sostenido que para poder definir si las autoridades militares deben brindar al actor, la atención médica que requiere para superar la dolencia que padece, se torna necesario practicar una prueba médico-científica. En consecuencia, se ordena a Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Villavicencio que, en coordinación con las entidades de salud dependientes del departamento del Meta y del municipio de Villavicencio y, en especial, con el Hospital Departamental de Villavicencio, lleve a cabo los exámenes necesarios para determinar si la afección que sufre el actor se agravó, y en qué medida, como resultado de las actividades físicas realizadas durante su permanencia en la Fuerza Aérea. Para estos efectos, se ordenará a los secretarios de salud del Departamento del Meta y del Municipio de Villavicencio, así como al Director del Hospital Departamental de Villavicencio, que colaboren en la práctica de dichos exámenes.

La prueba médica solicitada deberá practicarse, a más tardar, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente providencia. Al día siguiente de proferidos los correspondientes resultados, deberán remitirse tanto al Director de Sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana, como al fallador de primera instancia, quien verificará el cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en la presente providencia.

Si el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Villavicencio llegare a determinar que la dolencia se agravó hasta el punto de convertirse en causal de exención del servicio militar obligatorio, en virtud de la actividad física a la que fue sometido el actor durante su permanencia en las fuerzas armadas, el Director de Sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) deberá disponer los medios necesarios para que, en un término de 10 días,

el actor pueda iniciar el tratamiento médico integral necesario para aliviar la sintomatología causada por la actividad física a la que estuvo sometido.

8. En su escrito de tutela, el accionante solicita el pago de la indemnización a que tendría derecho, como efecto de la presunta invalidez originada a raíz del ejercicio físico al que estuvo sometido mientras prestó el servicio militar. Alega que las autoridades de la Fuerza Aérea vulneraron su derecho al debido proceso al negarle, de manera arbitraria, la mencionada indemnización.

La Corte ha sostenido que sólo en casos excepcionales es procedente la orden de indemnización como efecto de un proceso de tutela. No obstante, si en el evento que se analiza no existiera un mecanismo alternativo de defensa la Sala tendría que entrar a estudiar la solicitud del actor y definir si procede o no su petición. En consecuencia pasa la Sala a preguntarse si existe otro mecanismo de defensa y, de existir, si es apto para que el actor pueda solicitar el amparo de los derechos de los que, eventualmente, es titular.

Existencia de otro mecanismo de defensa y vulneración del derecho al debido proceso del actor

9. Según las normas vigentes, las instancias apropiadas para debatir todas aquellas cuestiones relacionadas con la afectación de la salud y las incapacidades e indemnizaciones que de ésta puedan surgir para el personal de las fuerzas armadas, están constituidas por las denominadas autoridades médico-laborales militares y de policía, establecidas en el Decreto 094 de 1989 (médicos generales, médicos especialistas y odontólogos al servicio del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional; junta médico-científica; junta médico-laboral; y tribunal médico-laboral de revisión).

El mencionado Decreto dispone la necesidad de que las lesiones o enfermedades adquiridas por los soldados durante la prestación del servicio militar sean evaluadas por una Junta Médico-Laboral que diagnostique y califique el tipo de lesión o enfermedad, con la finalidad de determinar el grado de incapacidad según la gravedad de la patología y fije el monto de las indemnizaciones a que haya lugar¹¹. Así mismo, las determinaciones que, sobre estos asuntos, adopte la Junta Médico Laboral pueden ser revisadas, a solicitud del interesado, por el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía (Decreto 094 de 1989, artículo 25)¹².

En suma, conforme a los postulados del debido proceso (C.P., artículo 29), los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional gozan del derecho fundamental a recurrir ante las autoridades médico-laborales militares y de policía a fin de que estas definan aquellas situaciones que afectan su salud. Correlativo a este derecho, surge el deber de las autoridades militares de informar al personal a su cargo acerca de la existencia de las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto 094 de 1989, así como de facilitarles su acceso. Finalmente, las decisiones que al respecto adopten las distintas instancias mencionadas, por constituir decisiones administrativas pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que esta establezca, de manera definitiva, si se ajustan a la legislación vigente.

¹¹ Sentencias T-376/97 (Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara) y T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

¹² Sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En atención a lo anterior, corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, el actor tuvo oportunidad de recurrir a las instancias mencionadas para que éstas estudiaran y definieran su caso, de conformidad con el procedimiento establecido en las normas vigentes.

10. Una revisión de la historia clínica del actor durante su permanencia en filas (fols. 12-14) permite establecer que, entre el 15 de enero (fecha de incorporación) y el 31 de marzo de 1998 (fecha de desacuartelamiento), este fue examinado por médicos del Hospital Luis F. Gómez Niño, adscrito al Comando Aéreo de Combate N° 2, en, por lo menos, tres oportunidades. Ahora bien, la dolencia muscular por la cual el demandante fue desacuartelado sólo fue descubierto en el examen especializado al cual fue remitido luego de practicado el tercer examen de aptitud psicofísica.

La primera consulta médica que aparece mencionada en la historia clínica, llevada a cabo el 23 de enero de 1998 (fol. 12), se produjo con ocasión de un “dolor en el muslo izquierdo que aumenta con el ejercicio”, según anotación manuscrita del profesional de la salud que, en esa oportunidad, atendió al actor. De igual forma, las anotaciones realizadas durante esta primera consulta finalizan con un diagnóstico formulado en forma de interrogante (“¿luxación cadera?”) y con la orden de que se practiquen radiografías de la cadera izquierda. Vale la pena anotar que, en las páginas posteriores de la historia clínica, no aparece referido el resultado del estudio radiológico ordenado durante la primera consulta, ni confirmación alguna del diagnóstico médico efectuado en esa ocasión.

Con posterioridad, el problema muscular que aquejaba al actor aparece durante la práctica del tercer examen de aptitud psicofísica, el cual, según se desprende de lo consignado en la historia clínica (fol. 14), fue llevado a cabo el 5 de marzo de 1998. De acuerdo con las anotaciones realizadas en esa oportunidad, el demandante, al ser examinado, refirió un “dolor en cadera izquierda al hacer ejercicio”, motivo por el cual el examinador solicitó una evaluación ortopédica. Esta evaluación, cuyos resultados fueron reseñados más arriba en esta sentencia, dio lugar al desacuartelamiento del actor. Ciertamente, en la historia clínica aparece la anotación – fechada el 8 de marzo de 1998 – según la cual “por el concepto de ortopedia [José Duvier Rojas González] no es apto para continuar en servicio militar” (fol. 14). Sin embargo, en la referida historia clínica aparece una anotación posterior, con fecha de marzo 10 de 1998 (fol. 14), en la que se confirma el diagnóstico del ortopedista en relación con la dolencia padecida por el demandante (“retracción de la fascia lata”); pero, además, se ordena la práctica de unos “ejercicios de estiramiento”, al parecer tendentes a tratar o mejorar la patología diagnosticada. Lo anterior resulta confirmado por el documento que aparece a folio 1 del expediente, igualmente fechado el 10 de marzo de 1998, y, que, según parece, constituye una especie de “orden de servicios médicos” para que se practiquen diez sesiones de ejercicios de estiramiento destinadas a tratar una “lesión de la fascia lata”.

Como fue mencionado con anterioridad, ni en la historia clínica del demandante ni en ninguno de los documentos que obra en el expediente aparece intento alguno de las autoridades médicas que examinaron al actor por esclarecer si la lesión muscular que este padecía al ser incorporado al servicio militar obligatorio se agravó sustancialmente con ocasión de la actividad física propia de las labores militares. Ello, a pesar de que un simple ejercicio del sentido común permitía pensar que una lesión muscular puede resultar seriamente agravada al someter a la persona afectada a entrenamientos físicos rigurosos o exhaustivos.

11. La lesión que afectaba a José Duvier Rojas González evolucionó de un estado que no la erigía en causal de inaptitud física para la prestación del servicio militar –según se desprende de los resultados del primer examen de aptitud psicofísica– a un estado que, casi dos meses después de la incorporación del actor a las fuerzas militares, adquirió la magnitud suficiente como para tornarse en impedimento físico para su permanencia en filas.

Una actuación de las autoridades médico-militares acorde con los derechos fundamentales del actor hubiese determinado que estas recurrieran a las instancias y procedimientos establecidos en el Decreto 094 de 1989, con la finalidad de establecer hasta qué punto las actividades físicas propias del servicio militar agravaron la lesión muscular que padecía el actor al momento de su incorporación, qué tipo de incapacidad se derivaba de tal lesión y si, conforme al nivel de incapacidad detectado, se derivaban derechos a prestaciones económicas e indemnizaciones.

De este modo, los médicos que atendieron al demandante hubiesen podido, por ejemplo, convocar una junta médico-científica, la cual, según el artículo 20 del Decreto 094 de 1989, tiene como finalidad la determinación de un pronóstico, la aclaración y definición de un diagnóstico y la fijación de un tratamiento que puede tener carácter provisional o definitivo. Así mismo, hubiesen podido informar al actor acerca de la existencia de esta instancia médica y de sus competencias a fin de que éste decidiera si solicitaba su convocatoria, tal como se desprende de lo dispuesto por el artículo 20 antes señalado. Incluso, podría afirmarse que, dadas las circunstancias fácticas específicas del caso sub lite, la actuación más adecuada hubiese consistido en convocar una junta médico-laboral militar o de policía, cuya finalidad radica en llegar a un diagnóstico positivo, clasificar las lesiones y sus secuelas, valorar la disminución de la capacidad laboral y psicofísica para el servicio y fijar los correspondientes índices para fines indemnizatorios cuando ello sea procedente (Decreto 094 de 1989, artículo 21). Esta junta puede ser convocada –entre otras causales– cuando en la práctica de un examen físico se encuentren en una persona lesiones o afecciones que ocasionen disminución en su capacidad laboral (Decreto 094 de 1989, artículo 23). Además de lo anterior, las decisiones que adopte una junta médico-laboral militar o de policía pueden ser controvertidas por el interesado ante el tribunal médico-laboral de revisión militar y de policía que, como máxima autoridad en materia de sanidad militar, puede aclarar, ratificar, modificar o revocar tales decisiones (Decreto 094 de 1989, artículo 25).

12. Sin embargo, de las pruebas allegadas es posible concluir que ninguna de las autoridades médico-laborales militares antes mencionadas fue convocada y, más grave aún, su convocatoria ni siquiera fue contemplada, como quiera que la autoridad demandada optó por el fácil expediente de desacuartelar al actor tan pronto la lesión muscular que este presentaba fue constatada por el médico ortopedista. Adicionalmente, el demandante tampoco fue debidamente informado acerca de la existencia de las instancias y procedimientos descritos en el párrafo anterior, tal como lo pone de presente su silencio frente al particular en la demanda de tutela y en el escrito de impugnación a la sentencia de primera instancia. De esta forma, su derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29) fue vulnerado al haberle sido negada toda posibilidad de ejercer los instrumentos de defensa y contradicción que, en materia de sanidad militar, aparecen consignados en el Decreto 094 de 1989.

En estas circunstancias, la Sala revocará la providencia bajo revisión y concederá la tutela del derecho fundamental cuya vulneración se detectó en esta sentencia. Para estos

efectos, se ordenará a la autoridad demandada que, a la mayor brevedad posible, adopte todas las medidas conducentes a la convocatoria de las instancias médico-laborales militares señaladas en la presente decisión judicial y, en especial, de una junta médico-laboral militar o de policía, para que estas definan la situación médica del actor, de conformidad con las reglas que la jurisprudencia constitucional ha establecido en relación con la protección del derecho a la salud de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio (v. supra) y con las normas del Decreto 094 de 1989. Así mismo, la instancia médico-laboral militar que sea convocada habrá de adoptar sus determinaciones a la luz de los derechos que en materia de seguridad social establece la Ley 352 de 1997¹³ para los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, la cual se encontraba vigente al momento de ocurrir los hechos que suscitaron la presente acción de tutela.¹⁴

Habida cuenta de las circunstancias particulares del caso bajo examen, la Sala considera pertinente efectuar unas reflexiones someras en torno al sentido e importancia de los exámenes de aptitud sicofísica que se practican a los ciudadanos que van a ser incorporados a la prestación del servicio militar obligatorio.

Importancia de una evaluación médica rigurosa y adecuada para el ingreso y permanencia de una persona a las fuerzas militares y de policía

13. A juicio de la Corte, el asunto sub-lite pone de presente, de manera muy clara, la necesidad de que los exámenes de aptitud psicofísica y, en particular, el primero de ellos, sean realizados, en la medida de lo posible, conforme a unos parámetros técnicos que permitan detectar dolencias que, en razón de las actividades propias del servicio militar, puedan agravarse hasta el punto de hacer peligrar la integridad de los derechos a la vida, la integridad física y a la salud de los ciudadanos que deben prestar el servicio militar obligatorio. Las anteriores precisiones no sólo persiguen la protección de los derechos antes anotados sino, también, la indemnidad de los recursos públicos destinados a la atención sanitaria del personal adscrito a las fuerzas armadas, los cuales pueden ser preservados de mejor manera si se toman las precauciones necesarias para que la responsabilidad económica del Estado no resulte comprometida por hechos que se hubieran podido evitar de haberse practicado correctamente los exámenes de aptitud psicofísica.

A este respecto, la Corte ya había manifestado que el carácter riesgoso del servicio militar determina la necesidad de que los ciudadanos que eventualmente serán incorporados a filas sean objeto de una evaluación médica rigurosa, a fin de establecer claramente si son aptos para ingresar y permanecer en las fuerzas militares y desarrollar de forma normal y eficiente las labores y actividades propias del servicio¹⁵.

Podría argumentarse que, dada la gran cantidad de personas que deben ser examinadas a fin de determinar si son aptas para prestar el servicio militar obligatorio, no es posible practicar evaluaciones médicas que respondan a las características antes señaladas. No obstante, el

¹³ "Por la cual se reestructura el sistema de salud y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional".

¹⁴ En efecto, el artículo 65 de la Ley 352 de 1997 dispone que ésta rige a partir de la fecha de su publicación, la cual se efectuó en el Diario Oficial N° 42.965 de enero 23 de 1997.

¹⁵ Sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

propio Decreto 2048 de 1993, exige que el primer examen de aptitud psicofísica se lleve a cabo en las condiciones antes anotadas. Ciertamente, el artículo 18 del mencionado Decreto dispone:

“Artículo 18.- Por la importancia que reviste el primer examen médico, éste debe ser cuidadoso y detallado, con el fin de evitar pérdidas posteriores de efectivos en las unidades” (subraya de la Sala).

En estas circunstancias, la Sala exhorta a los Directores de Reclutamiento y Control de Reservas y a los Directores de Sanidad del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional para que se dé cumplimiento estricto al mandato contenido en el artículo 18 del Decreto 2048 de 1993, a fin de que se evite, al máximo posible, la ocurrencia de casos como el presente.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que personas que se encuentran “moderadamente disminuidas en sus capacidades físicas”¹⁶ pueden ser incorporadas al servicio militar obligatorio, siempre y cuando, una vez vinculadas a filas, sean “destinadas a cumplir tareas que no pongan en riesgo su vida en razón de sus condiciones de salud, con lo cual no se le otorga ningún beneficio sino se le garantiza la igualdad de trato consagrada como derecho fundamental en la Constitución. La obediencia y disciplina militares que garantizan la unidad de mando pueden satisfacerse a través de medios alternativos menos drásticos”.¹⁷ En este sentido, puede afirmarse que las dolencias físicas que autorizan que un ciudadano sea exceptuado del deber de prestar el servicio militar son sólo aquellas que, dadas las exigencias físicas de la actividad militar, sean absolutamente incompatibles con éstas. A este respecto, la jurisprudencia ha manifestado:

“Considera la Corte que el acto de aceptación de una persona por parte de la autoridad militar para que ingrese a filas, al declarar que aquella es ‘apta’, no implica, como lo estima el demandante, que el correspondiente dictamen médico excluya toda enfermedad o afección, sino únicamente que, aun con las deficiencias que pudiera presentar el recluta, goza de unas condiciones físicas y de salud que, hasta el momento de la evaluación previa, le permiten en general ingresar al respectivo cuerpo militar. Ya se verá, en cada caso concreto y de acuerdo con las condiciones particulares del soldado, si tal condición fundamental de aptitud puede sufrir excepciones para ciertas prácticas o exigencias propias del servicio, lo que deberá poner en conocimiento de sus superiores con objeto de que, practicados los conducentes exámenes médicos, se apliquen los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan alcanzar los objetivos inherentes a la prestación del servicio sin ocasionar perjuicios a la salud integral del obligado”¹⁸.

Por último, la Corporación ha indicado que las exigencias y ejercicios físicos inherentes al servicio militar deben encuadrarse dentro de parámetros respetuosos de la dignidad, la vida y la integridad física y moral de los soldados. Por este motivo, los anotados derechos prevalecen sobre las obligaciones militares de los subalterno¹⁹.

¹⁶ Sentencia T-250/93 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁷ Id.

¹⁸ Sentencia T-351/96 (Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁹ Sentencia T-351/96 (Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En este orden de ideas, la Corte ha considerado que si un soldado presenta condiciones físicas que, con la práctica del ejercicio, podrían convertirse en “perturbaciones graves en su salud o comportar serias repercusiones en su integridad física, o inminente peligro para su vida”²⁰, las autoridades militares no sólo están obligadas a “tomar las medidas y adoptar las providencias necesarias para su interrupción y para que la actividad del conscripto se sustituya por una que no le cause daño”²¹ sino, también, a “propiciar la pronta y eficiente recuperación de la salud quebrantada, aquélla disponiendo los elementos médicos, asistenciales y quirúrgicos necesarios”²².

Igualmente, la Corte ha establecido que cuando un soldado alega la afectación de su salud como consecuencia de actividades propias del servicio militar, es deber de las autoridades militares “verificar con suma atención si existe o no la lesión que se alega”²³, motivo por el cual “debe ser procedente la realización exhaustiva de evaluaciones médicas precisas, que permitan llegar a la verdad científica definitiva en un caso específico”²⁴.

Eventual vulneración de los derechos fundamentales del actor por la no expedición de la libreta militar

14. Resta estudiar si los derechos fundamentales del actor fueron vulnerados por la autoridad demandada al solicitarle el pago de la denominada cuota de compensación militar a fin de expedirle su libreta militar.

En relación con esta cuestión, el demandado manifestó que sus actuaciones se habían ceñido a las disposiciones de la Ley 48 de 1993 y del Decreto 2048 de 1993, conforme a las cuales era procedente el cobro de la cuota de compensación militar, dadas las circunstancias en que se produjo el desacuartelamiento del actor. Los jueces de instancia avalaron estos argumentos y agregaron que las controversias surgidas de la fijación de la cuota de compensación militar debían ser resueltas por las autoridades militares de reclutamiento y movilización y no por los jueces de tutela.

15. En principio, la Sala coincide con los falladores de instancia en el sentido de afirmar que la fijación de la cuota de compensación militar es una cuestión que puede ser discutida a través de recursos administrativos y judiciales distintos a la acción de tutela. En efecto, la fijación de la anotada cuota por parte de las autoridades militares de reclutamiento y movilización constituye una actuación de la Administración dirigida a establecer el monto de una contribución en favor del Estado (Ley 48 de 1993, artículo 22) conforme a ciertos parámetros de carácter legal y reglamentario (Decreto 2048 de 1993, artículos 58 a 66), que, por ese motivo, se impone por medio de un acto administrativo de carácter particular y concreto que puede ser discutido a través de los recursos de la vía gubernativa (C.C.A., artículo 50) y, agotada ésta, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A., artículo 85). Empero, la acción de tutela procedería como mecanismo transitorio

²⁰ Sentencia T-351/96 (Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo). En sentido similar, véanse las sentencias T-250/93 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-031/94 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

²¹ Id.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ Sentencia T-762/98 (Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

²⁴ Id.

para evitar un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental en aquellos casos en los cuales aparezca debidamente probado que (1) el pago del monto fijado como cuota de compensación militar afecte o amenace en forma grave el mínimo vital de la persona obligada a pagar la contribución, o (2) la fijación de la cuota de compensación militar se hizo, de manera manifiestamente arbitraria, al margen de los parámetros y del procedimiento fijados para este efecto en el Decreto 2048 de 1993, con lo cual se pueden ver amenazados, según las circunstancias de cada caso, los derechos al debido proceso, a la educación, al trabajo o al ejercicio libre de la profesión u el oficio seleccionado por el sujeto involucrado.

16. Según el artículo 65-d del mencionado Decreto 2048, las personas que, como el actor, hayan sido desacuarteladas “antes de cumplir el mínimo equivalente a la mitad del tiempo establecido legalmente para el servicio militar” se encuentran obligadas a pagar una cuota de compensación equivalente a la mínima legal vigente.

Siguiendo la disposición precitada se expidió el acto administrativo de carácter particular por medio del cual fue fijada la suma de dinero que, por concepto de cuota de compensación militar, debía pagar el actor, a favor del Tesoro Nacional. Contra el mencionado acto administrativo no se ha interpuesto recurso contencioso alguno.

17. En la acción de tutela interpuesta, el peticionario alega que no tiene los recursos para sufragar la cuota de compensación militar, pues sólo cuenta con la suma de dinero que le fue entregada por las autoridades militares al ordenar su desacuartelamiento, después de tres meses de prestación del servicio militar obligatorio –\$83.050.00–. En consecuencia, no está en capacidad de pagar la suma de \$126.300, exigida por las autoridades militares para que le sea expedida la libreta militar.

En suma, se trata de una persona sin recursos, que necesita atención médica para superar una dolencia cuyos síntomas surgieron, según afirma, en virtud del entrenamiento militar al que fue sometida. Sin embargo, sólo puede obtener asistencia médica inmediata si logra conseguir un trabajo que le permita sufragar los correspondientes gastos; pero para poder obtener dicho trabajo requiere la expedición de la correspondiente libreta militar. No obstante, al ser dado de baja por las autoridades militares sólo le fue entregada la suma de 83.050 pesos, mientras que, según las normas vigentes, debe sufragar 126.300 pesos por concepto de cuota de compensación como requisito para la expedición de la correspondiente tarjeta.

Considera la Corte que en este caso la aplicación estricta de las normas sobre liquidación de la cuota de compensación militar ocasiona un costo desproporcionado al actor quien, simplemente, no está en condiciones para sufragarla. No obstante, encuentra la Sala que la propia legislación previó la posibilidad de que la persona que no tuviera el dinero para pagar de una sola vez la mencionada cuota, pudiera utilizar un sistema de pago diferido o de crédito. Ahora bien, para evitar que el Estado tuviera que asumir la carga de cobrar los pagos diferidos, las normas vigentes consagraron como mecanismo para este tipo de pago el de la tarjeta de crédito (art. 69 del Decreto 2048 de 1992).

Sin embargo, una persona como el actor, que carece de recursos económicos, no está en condiciones de utilizar el mencionado sistema. Por lo tanto, en este caso, en aplicación estricta del principio de igualdad, la Corte ordenará que se acepte el pago diferido de la cuota de compensación militar, de manera tal que se otorgue una tarjeta provisional mientras el actor

sufraga el total de la cuota que le corresponde. La definición de los plazos debe ser realizada atendiendo a las condiciones económicas propias del actor, de manera tal que goce de un determinado lapso para encontrar un puesto de trabajo y para sufragar los gastos médicos que debe enfrentar mientras la Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Villavicencio y las autoridades militares competentes adoptan las decisiones mencionadas en la presente providencia sobre el derecho del actor a las prestaciones mencionadas en el régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares y de Policía y, en particular, en lo establecido en la Ley 352 de 1997.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** parcialmente, en los términos de esta sentencia, la decisión de septiembre 28 de 1998, proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo.- **ORDENAR**, a la Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Villavicencio, que, en coordinación con las entidades de salud dependientes del departamento del Meta y del municipal de Villavicencio y, en especial, con el Hospital Departamental de Villavicencio, practique los exámenes necesarios para determinar si la afección que sufre el actor se agravó, y en qué medida, como resultado de las actividades físicas realizadas durante su permanencia en la Fuerza Aérea. En consecuencia, se **ORDENA** a los secretarios de salud del Departamento del Meta y del Municipio de Villavicencio, así como al Director del Hospital Departamental de Villavicencio, que colaboren en la práctica de los mencionados exámenes.

Tercero. - En el caso en el cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Villavicencio determine que la dolencia que sufre el actor se agravó hasta el punto de convertirse en causal de exención del servicio militar obligatorio, en virtud de la actividad física a la que fue sometido durante su permanencia en la Fuerza Aérea, se **ORDENA** al Director de Sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC) que disponga los medios necesarios para que, en un término de 10 días, el actor pueda iniciar el tratamiento médico integral necesario para aliviar la sintomatología causada por la actividad física a la que estuvo sometido.

Cuarto.- **CONCEDER** el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso, a la igualdad y al trabajo del demandante, en los términos de la presente sentencia. En consecuencia se **ORDENA** al Comandante de Infantería de Aviación N° 3 - Base Aérea de Apiay que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta providencia, adopte todas las medidas conducentes a la convocatoria de una junta médico-laboral militar o de policía, para que esta defina la situación médica del actor, de conformidad con lo establecido en esta sentencia.

Quinto.- **ORDENAR** a la Dirección de Reclutamiento y Movilización de la Fuerza Aérea Colombiana que expida al actor la tarjeta provisional militar y que fije, según las condiciones

T-393/99

personales y económicas del mismo, los plazos dentro de los cuales deberá sufragar el total de la cuota de compensación militar, que le corresponda, según lo establecido en el fundamento jurídico 17 de esta providencia.

Sexto. - **COMUNICAR** la presente decisión a los Directores de Reclutamiento y Control de Reservas y a los Directores de Sanidad del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional a fin de que, a partir de la fecha, los exámenes de aptitud psicofísica que se practiquen a las personas obligadas a prestar el servicio militar se adecuen a lo establecido en las normas vigentes y, en especial, a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2048 de 1993, tal y como se explica en la parte motiva de esta providencia.

Septimo.- **LIBRESE** comunicación a la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-394 **mayo 26 de 1999**

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional/**INDEFENSION**-Falta de medios de defensa para controvertir decisión por no ser asociado de compañía

COOPERATIVA DE TRANSPORTE-Disposición estatutaria que impide conducción de taxi a no asociado mayor de cincuenta años

TRABAJO-Triple naturaleza constitucional/**TRABAJO**-Protección por el Estado

El trabajo, según señalamientos reiterados de la Corte Constitucional, adopta una triple naturaleza constitucional, es decir como “un valor fundante de nuestro régimen democrático y del Estado Social de Derecho, un derecho fundamental de desarrollo legal estatutario y una obligación social”. Desde esta perspectiva el trabajo es objeto de una especial salvaguarda por parte del Estado, no sólo en razón a esa particular naturaleza, sino porque además realza la primacía de otros principios igualmente protegidos, como el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas que, como trabajadores en una concepción amplia, adelantan una actividad tendente a desarrollar su potencial laboral físico o mental, en aras de la provisión de los medios necesarios para su subsistencia y sostenimiento familiar.

LIBERTAD ECONOMICA-Alcance

LIBERTAD DE EMPRESA-Estatutos y reglamentos internos sometidos a valores, principios y derechos constitucionales/**ACTIVIDAD SOCIAL EMPRESARIAL**-Autonomía configurativa no excluye adecuada razonabilidad constitucional

En el campo de esa actividad económica es necesario el señalamiento por los empresarios de sus propios estatutos sociales y reglamentos internos para gobernarse en el seno de su empresa, los cuales por ser de obligatorio cumplimiento, en virtud del pacto que se celebra para su expedición, no excluyen el acatamiento a los principios, derechos y valores constitucionales. Recuérdese el mandato constitucional del artículo 4o. de la Carta Fundamental: “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes”; por lo tanto, es vital que el señalamiento de las condiciones y normas empresariales internas reguladoras de la actividad social empresarial, si bien en desarrollo de la libertad de asociación están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa

T-394/99

de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones.

LIBERTAD ECONOMICA-Límites impuestos por los derechos fundamentales/LIBERTAD DE EMPRESA-Límites impuestos por los derechos fundamentales

Las limitaciones de orden legal a las cuales puede verse sometida la libertad económica y de empresa, pueden tener como causa la garantía de los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general. Por ello, es viable señalar que la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a éste, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas.

EMPRESA-Las determinaciones que adopta no todas son constitucionalmente admisibles

LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO AL TRABAJO-Conflicto

LICENCIA DE CONDUCCION-Inexistencia de límite máximo de edad en categoría cuarta

LICENCIA DE CONDUCCION-Renovación requiere acreditar aptitud física y psíquica

LEY-Contradicción con estatuto de empresa/**CONSTITUCIONAL NACIONAL**-Contradicción con estatuto de empresa

DERECHO AL TRABAJO-Disposición estatutaria de empresa que impide conducción de taxi a no asociado mayor de cincuenta años

DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación para ejercicio de trabajo por razones de edad

Referencia: Expediente T-201.462

Peticionario: Isnardo Ariel Ardila Sanabria

Demandada: Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda. - COTRASANGIL LTDA.

Magistrada Ponente: Dra. MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (26) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

En desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

I ANTECEDENTES

El señor Isnardo Ariel Ardila Sanabria formuló acción de tutela en contra de la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda. Cotrasangil Ltda., al estimar vulnerado su derecho fundamental al trabajo con la decisión adoptada por dicha empresa de suspenderlo como conductor no asociado, en razón a su edad.

Los hechos en que se fundamentó la anterior petición, son los siguientes:

La señora Martha Inés Solano, compañera en unión libre de Isnardo Ariel Ardila Sanabria, actor en la presente tutela, es socia de la empresa Cotrasangil Ltda. y propietaria de un vehículo de servicio público (taxi de placas XVA-9666), el cual se encuentra afiliado a la Cooperativa. A fin de explotar económicamente ese vehículo, contrató los servicios de conductor a su compañero, debiendo obtener un permiso especial de la empresa tutelada, por tratarse de un vehículo afiliado a ella, para lo cual presentaron los siguientes documentos: una certificación médica sobre la capacidad física y mental para conducir, la cédula de ciudadanía y la licencia de conducción respectiva. Adicionalmente, el accionante para conducir dicho vehículo, tuvo que adquirir un “cupó para taxi No. 120 y el radioteléfono en la empresa Cotrasangil Ltda.” por valor de ocho millones de pesos, según consta en el respectivo contrato de compraventa.

El mencionado permiso fue otorgado en forma provisional por el término de un mes, según comunicación efectuada a la señora Solano por el jefe de transporte de Cotrasangil Ltda., el 1o. de agosto de 1998. Vencido dicho plazo, al actor se le siguieron asignando frecuencias de radio y planillas para viajes intermunicipales que en su concepto, reconocían implícitamente su aptitud para continuar desempeñándose como conductor. Sin embargo, en forma intempestiva mediante un nuevo oficio del 30 de diciembre siguiente, a la propietaria del vehículo se le comunicó de la decisión unánime del Consejo de Administración de dicha empresa, según Acta No. 458 del 23 de diciembre, en el sentido de suspender la autorización conferida al señor Ardila para permanecer como conductor no asociado de la referida empresa, con base en la prohibición que traen los estatutos sociales, en el parágrafo 1o. del artículo 30, según la cual las personas mayores de 50 años no pueden ingresar a prestar tal servicio, toda vez que el petionario contaba en ese momento 57 años de edad.

La aludida decisión generó una inconformidad en el actor, que lo llevó a instaurar la correspondiente acción de tutela, aduciendo que la edad de retiro forzoso por lo general es de 65 años y que además, se le ha desconocido su aptitud física y mental para realizar ese oficio. Por tal razón, solicitó el amparo de su derecho al trabajo y, en consecuencia, ordenar el reintegro a la empresa demandada, por ser esta actividad su única fuente de ingresos, así como, la indemnización por el tiempo perdido desde el día en que se le suspendió el permiso y hasta que se resuelva en su favor la demanda, “a razón de Veinticinco mil pesos diarios como conductor... sin perjuicio de la acción civil que por lucro cesante del vehículo habrá de instaurarse”, al igual que la prevención a la empresa accionada, para que no emprenda ninguna presión injustificada en su contra.

II. ETAPA PROCESAL DENTRO DEL TRAMITE DE LA ACCION DE TUTELA.

1. Pruebas que obran en el expediente.

Dentro del acervo probatorio que reposa en el expediente, se destacan los siguientes documentos:

1.1 Memorando del jefe de transporte de Cotrasangil Ltda., del 1o. de agosto de 1998, informando sobre el otorgamiento de un permiso provisional al señor Isnardo Ariel Ardila Sanabria, para conducir vehículos de servicio público afiliados a esa empresa (Fl. 1).

1.2. Fotocopias de la licencia de conducción y de la cédula de ciudadanía del señor Isnardo Ariel Ardila Sanabria (Fls. 3 y 4), así como del certificado médico sobre su aptitud mental y física para conducir (Fl. 46).

1.3. Fotocopias del contrato de prestación de servicios celebrado entre la señora Martha Inés Solano y el señor Isnardo Ariel Ardila Sanabria, para conducir el taxi de placas XVA-9666, de propiedad de aquella y del contrato de compraventa del cupo para taxi y del radioteléfono en la empresa Cotrasangil Ltda., entre José de Jesús Pimiento R. y el actor (Fls. 12 y 14).

1.4. Fotocopias de los estatutos de Cotrasangil Ltda. (Fls. 26-42), del Acta No. 458 del 23 de diciembre de 1998 del Consejo de Administración, en la cual se adopta la decisión de retirar el permiso al señor Ardila para conducir vehículos de servicio público afiliados a la empresa demandada, por la prohibición prevista en los estatutos de esa sociedad en el parágrafo 1o. del artículo 30 (Fl. 43-45) y del oficio de fecha 30 de diciembre de 1998, dirigido a la señora Martha Inés Solano, mediante el cual se le informa de esa suspensión (Fl.15).

1.5. Interrogatorio realizado al tutelante por el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil (Fls.20-25) y declaración rendida ante el mismo Juzgado, por el señor Luis Domingo Salazar Rodríguez, Presidente del Consejo de Administración de Cotrasangil Ltda. (Fls.50-53).

2. Síntesis del interrogatorio practicado al tutelante

Ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil, en la audiencia pública celebrada el 19 de enero de 1999, el peticionario planteó como argumentos adicionales a los señalados en su demanda, los siguientes:

- En primer lugar, manifestó haber sido informado al momento de solicitar su admisión como conductor de la empresa accionada, acerca de la restricción existente por su edad, pero que fue superada una vez consultado el respectivo gerente, mediante la presentación de una certificación médica sobre su aptitud mental y física para desempeñar dicha labor, expidiéndosele una licencia provisional por un mes, la cual fue entendida en un primer momento por el actor como un periodo de prueba y la forma generalizada de enganche, y luego como una aceptación permanente a su vinculación, en razón a la asignación continua de frecuencias de radio para el móvil y planillas de transporte a otros lugares.

- Adicionalmente, aclaró que tiene experiencia desde los 12 años en la conducción de automóviles, que cuenta con la licencia para conducir sin restricciones, en la categoría necesaria para el servicio público y, si bien reconoce cierta impericia durante su trabajo en el uso del radioteléfono y eventualmente en la ubicación de algunas direcciones, consideró que tales conductas son inclusive frecuentes entre choferes veteranos del oficio. Igualmente, expuso que cumplía un horario específico para desarrollar esta labor de la cual devenga su sustento diario, el cual se ha visto afectado ya que el vehículo se encuentra inmovilizado desde enero de 1999.

- Por último, precisó que la citada decisión no le fue notificada personalmente, a pesar de que en los estatutos de la empresa está estipulado el correspondiente aviso al dueño del taxi de retiro del conductor en forma anticipada, para que este pueda remplazarlo, y que la comunicación de su retiro fue determinante, sin posibilidad de impugnarla, por lo que solamente procedió a pedir copia de la correspondiente acta del Consejo de Administración, la cual se encuentra en trámite.

3. Intervención en defensa de la empresa demandada

Por citación que hiciera el juzgado de instancia en el proceso de tutela, mediante auto del 19 de enero de 1999, se llevó a efecto una audiencia pública en la que el señor Luis Domingo Salazar Rodríguez, presidente del Consejo de Administración de Cotrasangil Ltda., presentó declaración juramentada, en la cual manifestó que en asamblea de la empresa se reiteró que las personas mayores de 50 años no podían trabajar como conductores, de acuerdo con los estatutos, pues en ellos se reglamentan los límites de edad para el ingreso y permanencia de los choferes asalariados, salvo para el socio propietario de vehículo, a quien le está permitido conducir desde los 18 años e indefinidamente, siempre que obtenga un visto bueno del médico.

Como respuesta a la inquietud del Juzgado acerca de la diferencia entre un conductor socio y uno asalariado, el interrogado precisó que el primero es quien conduce el carro de su propiedad, en cambio el segundo, cualquier clase de vehículo que pertenezca a la empresa y cuya carga prestacional le corresponde al dueño del vehículo.

Más adelante, sostuvo que en la empresa existen aproximadamente 20 conductores socios y 10 conductores asalariados, mayores de 50 años, pero que vienen laborando de mucho tiempo atrás; además, que la admisión de un conductor no asociado requiere, previo el lleno de unos requisitos, que el propietario presente la pertinente solicitud de autorización, mediante un trámite que se surte ante el jefe de rodamiento y el gerente de la empresa. Como fundamento de la restricción estatutaria cuestionada, mencionó que surgió a raíz de las quejas recibidas por la Asamblea “de que los choferes mayores de 50 años sufren mucho de soberbia y para mayor responsabilidad de la empresa.”.

Por último, frente al caso específico del tutelante, concluyó que no le constaba si el actor presentaba llamado de atención o comportamiento inadecuado durante el ejercicio de su labor como conductor; pero resaltó que en la reunión de asamblea del 23 de diciembre de 1998, se autorizó pagarle el auxilio mutuo por siniestro ocurrido, lo que de acuerdo con el reglamento interno originó su suspensión.

III. DECISION JUDICIAL QUE SE REVISAS

Mediante providencia del 29 de enero de 1999, el Juzgado Civil Municipal de San Gil concedió el amparo solicitado, con base en las siguientes consideraciones:

De un lado, estimó que la acción de tutela era procedente (C.P., art. 86 y Decreto 2591 de 1991, art. 42), en cuanto el actor se encontraba en estado de subordinación e indefensión frente a la empresa asociativa privada accionada y en la medida en que él, como tercero, no podía impugnar las decisiones del Consejo de Administración de esa entidad cooperativa, ni recurrir a cualquier otro medio de defensa judicial frente a la Cooperativa.

Luego, refiriéndose a fallos de esta Corte para determinar si realmente se violó el derecho al trabajo o cualquier otro derecho fundamental, según lo solicitado por el actor, destacó el carácter de derecho fundamental y de obligación social que tiene el trabajo, al igual que de derecho-deber que cumple una función social y goza de especial protección del Estado, así como su estrecha relación con la disposición constitucional que proclama la libertad para escoger profesión u oficio (C.P., art. 26), sin más restricciones que aquellas impuestas por el propio legislador.

De manera que, respecto del caso sub judice observó la inconformidad existente entre la disposición prohibitiva consagrada en el parágrafo 1o. del artículo 30 de los estatutos sociales de la empresa demandada y el Código Nacional de Tránsito, en cuanto a la edad máxima que se autoriza para conducir algún vehículo, ya que la ley no prevé esa clase de restricciones, argumentando que, si bien la empresa por su condición de persona jurídica de derecho privado podía darse su propio sistema normativo, en aras del desarrollo de su objeto social y del cumplimiento del servicio que presta, dicha libertad de empresa tenía sus límites en la propia Constitución Política y en el orden público, las buenas costumbres y el bien común (art. 333 C.P.), de tal suerte que “los particulares en sus convenciones y reglamentos no pueden subvertir aquellos valores fundamentales que el Estado considera esenciales para el orden social, de acuerdo con el sistema regente”, máxime, al ser Colombia un Estado social de derecho, que propugna por la defensa de los más débiles y desprotegidos.

Añadió, entonces, que teniendo la actividad económica y la iniciativa privada una función social que implica obligaciones (C.P., art. 333), la cual en el presente caso se traduciría en la protección al derecho al trabajo, sin más restricciones que las que impone la Constitución y la ley, resulta discriminatorio que a un hombre de 58 años de edad, con plena capacidad física y mental para desempeñarse como conductor –según lo acredita la certificación médica–, y con licencia de conducción vigente sin restricción alguna, se le haya impedido desarrollar el oficio que libremente escogió e impuesto condiciones que rebasen las que para el mismo efecto contemplan las leyes de tránsito, si además se tiene en cuenta que tal restricción no tiene aplicación para los socios conductores de la empresa. En su criterio, los 50 años es una edad en extremo precoz para dar muerte laboral a las personas, pues a esa edad, aún se es apto para ejercer cualquier profesión u oficio, con mayor experiencia y buen juicio.

Así las cosas, el fallador de instancia consideró que la cláusula en comentario impone una restricción inaceptable, pues se está legislando en relación con terceros ajenos al pacto social, los cuales no pueden estar sujetos a limitaciones diferentes de las impuestas por las leyes de la Nación, con lo cual se viola no sólo el derecho al trabajo del actor –C.P., arts.25 y 53–, sino también el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, –C.P., art.26–, razones que motivaron su decisión en favor de la pretensión de tutela del demandante, pero sin reconocimiento de la indemnización por perjuicios causados durante el tiempo en que el mismo ha quedado cesante laboralmente, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 tal petición no es procedente, dado el carácter subsidiario de la tutela y la existencia de otra vía adecuada para reclamarla, cual es la de la justicia ordinaria.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia judicial dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de fecha 4 de marzo de 1999, expedido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación.

2. La materia a examinar

Según se desprende de los hechos relatados con anterioridad, el actor, Isnardo Ariel Ardila Sanabria, denuncia la presunta vulneración de su derecho fundamental al trabajo por la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda., Cotrasangil Ltda., en razón a la decisión adoptada por el Consejo de Administración de la misma de retirarlo de la prestación del servicio como conductor de un vehículo de servicio público afiliado a esa empresa, debido a que su edad sobrepasa el límite aceptado en los estatutos sociales de esa cooperativa para el ingreso de conductores a ella, lo que ha determinado su solicitud de amparo para la protección efectiva del derecho invocado, concretada en el reintegro a la prestación del servicio como conductor y el reconocimiento de la indemnización de los perjuicios causados por la suspensión obligatoria de labores.

De esta manera, la controversia debatida en el caso sub examine debe ser resuelta desde la perspectiva de la constitucionalidad de las estipulaciones de índole particular en el ámbito empresarial, como sucede con los estatutos sociales de la cooperativa accionada, cuando con aquellas se producen restricciones a los derechos fundamentales de las personas, más allá de los límites legalmente establecidos, impidiendo a su titular ejercerlos eficazmente, situación que, como se mostrará más adelante, en el presente asunto fue debidamente tratada por el juez de tutela en procura de la defensa de los derechos fundamentales del accionante.

3. Procedibilidad de la presente acción de tutela

Como se obtiene del texto constitucional contenido en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela constituye un procedimiento judicial específico, autónomo, directo, sumario y subsidiario¹ de protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, frente a la vulneración o amenaza de estos, por la acción u omisión de las autoridades públicas y, en ciertos casos, por un particular², como el que establece el numeral 4o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, acerca de la situación irregular en la cual se puede encontrar una persona por la indefensión a la cual se ve sometida frente a una organización privada, en razón a un actuación u omisión de esta. Obsérvese el texto literal de la disposición citada:

“ Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y

¹ Ver la Sentencia T-368/98, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

² Consultar, entre otras, la Sentencia T-476/98, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.”.

Tales situaciones condicionantes de la procedibilidad del amparo constitucional en contra de un particular, por subordinación e indefensión de quien lo solicita por estimarse afectado en sus derechos fundamentales, presentan el siguiente alcance:

“(..) la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate,” (Sentencia T-290 de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En el caso que se analiza, la acción de tutela se dirigió contra la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda., Cotrasangil Ltda., por una decisión adoptada por su Consejo de Administración respecto del actor, en aplicación de una norma estatutaria (art. 30, párrafo 1o.). Según esos estatutos sociales esta constituye una “empresa asociativa, multiactiva, de carácter privado, sin ánimo de lucro, de personal y capital variable e ilimitado...” (subraya la Sala) y señala como objeto del acuerdo cooperativo que desarrolla, el de “prestar el servicio de transporte público de pasajeros, de carga, y de mensajería especializada, mediante el trabajo organizado de propietarios de vehículos asociados, de acuerdo con las normas que establezca la ley, el presente Estatuto y los reglamentos del mismo, propendiendo por el fortalecimiento empresarial para la eficaz y eficiente prestación del servicio...” (arts. 1o. y 5o.).

De la naturaleza privada de la empresa accionada y del alcance de la decisión tomada por su órgano de administración, que culminó en el retiro obligatorio del actor de la prestación del servicio de conductor no asociado de la Cooperativa, es predicable y abiertamente ostensible su estado de indefensión ante esta, así como por la falta de medios de defensa para controvertirla directamente o en sede judicial, en razón de no tener la calidad de asociado de la compañía.

De otro lado, el amparo constitucional exige que con el reclamo ante los jueces, en todo momento y lugar, se pretenda una protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados de manera grave e inminente. Como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala y en la forma avizorada por el juez de tutela, la actuación de la empresa accionada repercute en la efectividad no sólo del derecho fundamental al trabajo, sino de otros también con esa jerarquía normativa y de titularidad del actor, como se detallará más adelante.

Por consiguiente, cumplidos los requisitos de legitimación activa y pasiva en la causa y tratándose de la discusión sobre una eventual vulneración o amenaza de derechos constitucionales fundamentales del peticionario, para lo cual no existe otro medio judicial de defensa que permita contrarrestar las consecuencias del acto generador de esas situaciones, se puede concluir la observancia a los requisitos mínimos de procedibilidad que hacían viable el trámite de la presente acción de tutela.

4. Ejercicio armónico de los derechos al trabajo, escogencia de profesión u oficio, igualdad de oportunidades y libre desarrollo de la personalidad, con las reglamentaciones de organización interna empresarial, derivadas del ejercicio de la libertad de empresa. Análisis del caso y decisión de la Sala.

Retomando el caso sub examine, ante todo hay que resaltar que la decisión adoptada por el Consejo de Administración de la empresa Cotrasangil Ltda., de suspender al actor el permiso de conducción de vehículos de servicio público afiliados a ella, por lo cual considera su derecho fundamental al trabajo vulnerado y en consecuencia solicita su protección, se produjo como resultado de la aplicación de una disposición estatutaria vigente en la cooperativa, que a la letra reza:

“ARTICULO 30 : DEBERES: Serán deberes especiales de los asociados:

(...)

PARAGRAFO 1.: La conducción de vehículos afiliados a la Cooperativa estará condicionada a la contratación escrita del conductor por parte del asociado propietario, previa aceptación del conductor por parte de la Cooperativa la que lo autorizará mediante expedición y entrega del carnet de conductor institucional. Los conductores asociados podrán conducir vehículos vinculados a la Cooperativa a partir de los diez y ocho (18) años de edad cumplidos y hasta la edad permitida por la Ley. Los conductores no asociados lo podrán hacer a partir de los veinte (20) años de edad cumplidos y hasta la edad permitida por la Ley. No obstante los conductores no asociados que ingresen deben ser menores de 50 años.” (Subraya la Sala).

PARAGRAFO 2.: Los hijos de los asociados podrán conducir vehículos en su carácter de conductores no asociados a partir de los diez y ocho (18) años de edad cumplidos. Los asociados podrán conducir vehículos vinculados a la Cooperativa, indefinidamente, siempre que el médico legista correspondiente certifique su idoneidad fisiológica, psicológica y siquiátrica para poder trabajar.”.

Precisado lo anterior, igualmente debe destacarse que la vinculación del actor con la empresa demandada no se deriva de una relación laboral subordinada sino de la suscripción de un contrato de prestación de servicios de conducción de vehículos de servicio público entre la propietaria del taxi afiliado a la empresa Cotrasangil Ltda., la señora Martha Inés Solano, y el actor, para la ejecución de un contrato de asociación celebrado entre ella y la citada empresa.

Como se puede deducir, el actor desempeñaba la labor para la que fue contratado, en forma independiente y libre; no obstante, los efectos de la decisión empresarial que se censura por desmesurada le generaron consecuencias directas sobre la realización misma de su contrato de prestación de servicios y la efectividad de algunos de sus derechos fundamentales, al constituirse en sujeto pasivo de la aplicación de la disposición estatutaria mencionada, lo que ha determinado una revisión constitucional por la vía de la acción de tutela ya que, por regla general, las decisiones del empresario escapan al control estatal salvo que, como se señaló en la sentencia T-579/95³, “... dicha actuación no tenga efectos externos de tal magnitud que se

³ Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

proyecten de manera excesiva sobre el destino del trabajador, anulando injustificadamente su libertad o privándolo gravemente de oportunidades de trabajo”.

El significado de dicho presupuesto cubija las diversas modalidades de trabajo, es decir, lo relacionado con el campo de las relaciones laborales dependientes y subordinadas, así como del realizado en forma independiente. Considerado en esta forma integral, el trabajo, según señalamientos reiterados de la Corte Constitucional, adopta una triple naturaleza constitucional, es decir como “un valor fundante de nuestro régimen democrático y del Estado Social de Derecho (CP art. 1), un derecho fundamental (CP art. 25) de desarrollo legal estatutario (CP art. 53) y una obligación social”⁴. Desde esta perspectiva el trabajo es objeto de una especial salvaguarda por parte del Estado, no sólo en razón a esa particular naturaleza, sino porque además realza la primacía de otros principios igualmente protegidos, como el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas que, como trabajadores en una concepción amplia, adelantan una actividad tendente a desarrollar su potencial laboral físico o mental, en aras de la provisión de los medios necesarios para su subsistencia y sostenimiento familiar. Al respecto la Corte ha señalado:

“No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución, más que al trabajo, como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado “en todas sus modalidades” (CP art. 25)”. (Sentencia T-475/92, Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por otra parte, en forma correlativa a la consagración constitucional vista del derecho al trabajo, el ordenamiento superior vigente garantiza la libertad económica (C.P., art. 333), entendida como “ la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social.”⁵.

Es preciso anotar, que en el campo de esa actividad económica es necesario el señalamiento por los empresarios de sus propios estatutos sociales y reglamentos internos para gobernarse en el seno de su empresa, los cuales por ser de obligatorio cumplimiento, en virtud del pacto que se celebra para su expedición, no excluyen el acatamiento a los principios, derechos y valores constitucionales. Recuérdese que, según el mandato constitucional del artículo 4o. de la Carta Fundamental: “ es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes”; por lo tanto, es vital que el señalamiento de las condiciones y normas empresariales internas reguladoras de la actividad social empresarial, si bien en desarrollo de la libertad de asociación están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que dichas condiciones y normas involucran, como ocurre

⁴ Sentencia T-009/93, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ T-425/92, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones.

De esta manera, las limitaciones de orden legal a las cuales puede verse sometida la libertad económica y de empresa pueden tener como causa la garantía de los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general. Por ello, es viable señalar que la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad debe presentar la suficiente compatibilidad con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el trabajo y demás ligados a éste, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva, pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas.

Como lo señalara esta Corporación: “si bien a las autoridades públicas les está vedado introducirse en determinados espacios de las relaciones privadas –intimidad personal o familiar (C.P. art. 15)–, en materia laboral, la injerencia estatal es mayor y se justifica en la medida en que el trabajo es uno de los valores esenciales del Estado Social de derecho (C.P. art. 1). En consecuencia, no todas las determinaciones que se adopten en el seno de una empresa son constitucionalmente admisibles. Deberá, en su caso, evaluarse si un determinado mecanismo de defensa de los derechos patrimoniales utilizado por el empleador es compatible con los principios básicos del trabajo o afecta legítimamente los derechos fundamentales del trabajador.”⁶.

Así pues, de la situación fáctica puesta de presente en la demanda de tutela, se deduce un conflicto entre el ejercicio de esa libertad de empresa, en el aspecto referido, y la efectividad del derecho al trabajo, de cuyo ejercicio resultan además otros derechos de igual rango, como son: el derecho a escoger profesión y oficio (C.P., art. 26), el cual se puede ver lesionado en el evento de no poder ejercerlo “en condiciones de libertad e igualdad, dentro de los parámetros de la Constitución”⁷ y de otros íntimamente ligados a él, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16) “pues toda persona tiene la plena libertad de dedicar sus esfuerzos a la actividad productiva que considere más ajustada a sus intereses y a sus necesidades”⁸, y el derecho a la igualdad (C.P., art. 13), en la medida que “el contenido de este derecho se concreta entonces en el respeto a las condiciones de igualdad para acceder a un puesto de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos de capacitación que exige cada tarea en particular. Así mismo, dichos requisitos deben ser fijados de tal manera que obedezcan a criterios estrictos de equivalencia entre el interés protegido y las limitaciones fijadas, pues una excesiva, innecesaria o irrazonable reglamentación violaría el contenido esencial del derecho.”⁹.

De manera pues que cualquier regulación que produzca restricciones a los derechos de las personas reconocidos y protegidos en el ordenamiento jurídico, debe provenir del ejercicio mismo de la actividad legislativa, por la implicación que ella tiene en el desarrollo de la persona humana y dado el alcance de su contenido y su aplicación generalizada. Así pues, la limitación

⁶ Sentencia T-579/95, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencia T-606/92, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

⁸ Sentencia T-478/94, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ Sentencia T-606/92, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

que para el ejercicio del derecho a conducir un automóvil pueda consagrarse en virtud de la edad de las personas, como ocurre en el presente caso, ha de estar señalada en una disposición normativa de índole legal.

Atendiendo a esto, el Decreto-ley No. 1344 de 1970, “por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre”, establece que para conducir cualquier vehículo en el territorio nacional se requiere una licencia de conducción o carné especial, según el caso. La obtención de aquella, por primera vez o para recategorización, exige el cumplimiento de varios requisitos, entre los cuales está el de la edad mínima del conductor dependiendo de la categoría de la licencia pretendida, siendo para la cuarta, que es la que detenta el actor, una exigencia de 18 años, lo que permite conducir motocarros, automóviles, camperos, camionetas y microbuses de servicio público (arts. 17, 18, 19 y 20).

En esa regulación no existe límite máximo de edad para la consecución o mantenimiento de la licencia; por el contrario, esta podrá renovarse indefinidamente, a no ser que opere su cancelación por disposición de las autoridades de tránsito, basada en la imposibilidad física o mental para conducir, por decisión en firme pronunciada en proceso penal, de policía o administrativo, por muerte del titular, o por sanción según lo establecido en el Código Nacional de Tránsito Terrestre (art. 26).

Por su parte, el Decreto 2150 de 1995, “por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública”, que adopta medidas sobre el particular, en su artículo 139 preceptúa que “la licencia de conducción de vehículos de servicio público se expedirá por tres (3) años, renovada por periodos iguales. Para la renovación de la licencia sólo se requerirá acreditar la aptitud física y psíquica” y agrega además que “en los casos de incapacidad física o psíquica sobrevinientes que determinen que un conductor está incapacitado para manejar o sea peligrosa la conducción de un vehículo, las autoridades de tránsito podrán cancelar o suspender la licencia de conducción (...)”.

Para la Sala es claro, una vez constatado lo anterior, que existe una contradicción evidente en primer término, entre la estipulación consagrada en los estatutos de la empresa accionada, con la cual se restringe a las personas mayores de 50 años la posibilidad de ingreso a desempeñar el oficio de conductor no asociado de vehículos afiliados a la cooperativa demandada y la legislación nacional sobre la materia y, en segundo lugar, entre la regulación estatutaria y la Constitución Política, por las siguientes razones:

Del material probatorio allegado al proceso, se colige que el actor cumple con los requisitos mínimos establecidos por la ley (Decretos Nos. 1344/70 y 2150/95) para regular el oficio de conductores de vehículos de servicio público; sin embargo, la empresa demandada le ha impedido realizarlo. En efecto, el actor es un hombre de 58 años, con plenas capacidades físicas y mentales para desempeñarse como conductor –según lo acredita la certificación médica que obra en el expediente–, a quien el Ministerio de Transporte (Dirección General de Transporte y Tránsito Automotor) le otorgó licencia de conducción sin restricción alguna, en la categoría cuarta, que le permite conducir vehículos de servicio público, como taxi, con validez en todo el territorio nacional y la cual está vigente, ya que su vencimiento se producirá en el mes de diciembre del año 2000.

Además, es evidente la diferenciación de trato que en la regulación estatutaria aludida se impone entre conductores socios y no asociados, en el sentido de que para los primeros no

existe limitación de edad para desarrollar el oficio, siempre que cuenten con una certificación médica de la idoneidad fisiológica, psicológica y psiquiátrica para poder trabajar (Estatutos sociales, art. 30, parágrafo 2o.), impidiendo gozar de esa misma concesión a los conductores no asociados, como sucede en el caso del actor.

Tampoco aparece demostrada razón alguna que sustente el trato diferente del cual ha sido objeto el actor en virtud de su edad, pues su productividad, prudencia o salud, no difiere de las que puede predicarse respecto de personas con edad menor a 50 años de edad y como lo indicó el juez de tutela, constituye esta una edad en “extremo precoz” para dar muerte laboral a una persona, pues a esa edad se es apto para ejercer cualquier profesión u oficio, contándose inclusive con mayor experiencia y buen juicio.

De esta manera, el argumento ofrecido por el representante de la empresa accionada para justificar la naturaleza de la cláusula estatutaria restrictiva, en razón a que las personas mayores de 50 años sufren a menudo de “soberbia” y esto podría acarrear problemas de responsabilidad a la empresa, en criterio de esta Sala configura, más bien, un fundamento totalmente irrazonable y discriminatorio a la luz de la nueva Carta Política, desconocedor de la realidad personal y social de muchos colombianos y colombianas que han alcanzado dicha edad y que aún se mantienen en condiciones físicas y psíquicas aptas para trabajar.

Por lo tanto, la aplicación de la disposición estatutaria contradice abiertamente el ordenamiento constitucional, en la medida en que impidió al actor ejercer sus derechos fundamentales al trabajo, a la escogencia de profesión y oficio y a la igualdad para desempeñar su oficio, como bien lo consideró el juez de tutela, con lo cual resulta por demás vulnerado el derecho a desarrollar libremente su personalidad en cuanto al aspecto laboral que abarca la misma (C.P., arts. 13, 16, 25 53). Es más, sorprende a la Sala, al igual que al juzgado de tutela, el alcance limitativo de tal disposición respecto de personas extrañas al acuerdo cooperativo que consta en los estatutos sociales adoptados por la Asamblea General Extraordinaria de Cotrasangil Ltda., pues de la misma norma no existe justificación razonable para ese diferente trato.

Por lo estudiado hasta el momento, adquiere real importancia para esta Sala insistir en la obligación de las empresas en general de rechazar cualquier intento de práctica discriminatoria y violatoria de los derechos fundamentales de las personas que ponen su esfuerzo y capacidad laboral al servicio del desarrollo de su objeto social, especialmente mediante regulaciones internas de la actividad empresarial; de ahí que se halle oportuno reiterar algunos criterios establecidos por la Sala Plena de esta Corporación, cuando decidió la inexecutable del literal b) del artículo 17 del Decreto-ley 010 de 1992 “Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática Consular”, por vulnerar el principio de igualdad de las personas, al consagrar discriminaciones no razonables para efectos del ingreso a cierta edad a la carrera diplomática y consular (mayores de 30 años), desconociendo así mismo el derecho político de ingresar a la administración pública, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad (C.P., arts. 13, 16, 25, 26, 40-7 y 53):

“(..) En efecto, lo único que poseen las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las demás es juventud y mayor esperanza de vida, que para el efecto es irrelevante y no justifica la discriminación.

(...)

Además una de las categorías de la población colombiana que amerita un particular reconocimiento laboral del Estado es la franja comprendida entre los años de juventud y la tercera edad, normalmente denominada “edad adulta”, para que se garantice su intervención en la vida económica, política y cultural de la nación.

Incluso entre los 30 y los 64 años de edad las mujeres y los hombres atraviesan su época laboral más fecunda, dada su preparación académica y la experiencia que se ha adquirido a través de los años.

El Estado no puede pues menospreciar el valor que otorga la experiencia en la formación de una persona, ya que ella logra que las decisiones tomadas sean las más prudentes y no las que obedezcan al impulso de la juventud.” (Sentencia C-071 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Las anteriores consideraciones dan lugar a una merecida reivindicación del derecho de este grupo de ciudadanos, considerados de edad adulta, a no ser desplazados socialmente por virtud de la edad y a ser tenidos en cuenta en su aptitud para trabajar al servicio del desarrollo personal y del país, lo cual resulta igualmente válido para el presente caso.

Por consiguiente, la Sala, compartiendo la argumentación expuesta por el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil, confirmará el fallo pronunciado por dicha autoridad judicial, en el sentido de amparar los derechos del señor Isnardo Ariel Ardila Sanabria al trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, igualdad y, adicionalmente, al libre desarrollo de la personalidad, mediante las órdenes de reintegro a su condición de conductor no asociado del taxi de placas XVA-9666, con sujeción a los demás requisitos previstos en la ley y en los estatutos sociales de la empresa accionada, e inaplicar el parágrafo 1o. del artículo 30 de los estatutos sociales de la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda., Cotrasangil Ltda., dada la fehaciente violación de la Constitución Política y para la protección de esos derechos, sin reconocimiento de la indemnización de perjuicios solicitada, por existir otro medio judicial de defensa para obtenerla, como es el de la justicia ordinaria.

De la misma manera, se adicionará el fallo de tutela en cuanto a las órdenes impartidas por el citado Juzgado, en el sentido de ordenar a la Asamblea General de Socios de la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda., Cotrasangil Ltda., para que en un término máximo de tres (3) meses, adelante una reforma estatutaria con objeto de que se ajuste a los principios y derechos consagrados por la Constitución Política, aplicados por el juez de tutela y reafirmados en esta providencia, el contenido normativo del parágrafo 1o. del artículo 30 de los Estatutos Sociales, para lo cual el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil verificará su cumplimiento.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR** por las razones indicadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil, proferido el 29 de enero de 1999, en el

proceso de tutela de la referencia, **ADICIONANDO** las órdenes allí proferidas, en el sentido de ordenar a la Asamblea General de Socios de la Cooperativa de Transportadores de San Gil Ltda. - Cotrasangil Ltda., para que en un término máximo de tres (3) meses adelante una reforma estatutaria, con objeto de que se ajuste a los principios y derechos consagrados por la Constitución Política, aplicados por el juez de tutela y reafirmados en esta providencia, el contenido normativo del párrafo 1o. del artículo 30 de los Estatutos Sociales, para lo cual el Juzgado Segundo Civil Municipal de San Gil verificará su cumplimiento.

Segundo. - Por la Secretaría General de esta Corporación **LIBRESE** la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada Ponente (E)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA T-395
mayo 28 de 1999

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Existencia de relación laboral
para establecer responsables de la compensación**

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Incumplimiento de contrato
de administración Reiteración de Jurisprudencia**

Referencia: Expediente T-198419

Peticionarios: Edgar Vargas Mendoza y Otros

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los ciudadanos Edgar Vargas Mendoza, Alfonso Soto Franco, Alejandro Escobar P., Liliana Zapata y Catalina Ico Martínez –funcionarios de la Contraloría Departamental de Amazonas- y Alexi Soto A., Nubia E. Páez, Juan Carlos Perdomo, Marcelino Lindoño, Magnolia Castañeda, Mercedes Leyva, Andrea Mariño, Gilberto Valencia Frnao, José del C. Velásquez y Helena Leal Negeteye –personal vinculado a la Contraloría Departamental de Amazonas mediante contrato de prestación de servicios–, afirman que la Gobernación del departamento ha violado sus derechos constitucionales fundamentales a la vida en condiciones dignas y al trabajo, pues no ha girado a la Contraloría las partidas presupuestales que le corresponden¹ y ello ha impedido que se efectúe el pago de los salarios y honorarios profesionales que se les deben desde el mes de agosto de 1998, de los cuales depende de manera exclusiva su subsistencia. Dicen que la omisión del Gobernador se fundamenta en que la Ordenanza 012 del 7 de junio de 1992, expedida por la Asamblea departamental y por medio de la cual se creó la Contraloría del Amazonas, no ha sido publicada en la “Gaceta Comisarial”² y que, de conformidad con el artículo 8° de la ley 57 de 1985, no puede producir efecto jurídico alguno porque las ordenanzas rigen a partir de la fecha de su publicación, la cual, según el artículo 1° de la misma ley, el Departamento del

¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 330 de 1996.

² Organo de divulgación departamental creado por el Acuerdo 005 del 5 de septiembre de 1989, expedido por el en ese entonces Consejo Comisarial.

Amazonas debe hacer en dicha gaceta. Así, a juicio del Gobernador, él no puede ordenar el giro de partidas presupuestales a un organismo que legalmente no existe, dado que la norma que le da vida jurídica aún no ha empezado a regir.

En primera instancia, el Juzgado 2º Civil Municipal de Leticia tuteló los derechos invocados, por considerar que, lejos de una discusión de rango legal sobre si el acto administrativo que creó la Contraloría ha empezado a regir o no, es evidente que dicha institución se encuentra cumpliendo sus funciones, ha nombrado personas para desarrollarlas y es de público conocimiento su existencia, no obstante no haberse publicado el acto de su creación en la Gaceta Departamental. Considera, sin embargo, que el juez de tutela no está autorizado para ordenar ejecuciones presupuestales y, por lo tanto, se limitó a recomendar al Gobernador del Amazonas “tomar las medidas correspondientes para efectuar los traslados presupuestales de que habla el artículo 13 de la Ley 330 de 1996”. Impugnado el fallo por ambas partes, conoció del asunto en segunda instancia el Juzgado Civil del Circuito de Leticia, despacho que revocó la decisión del a quo con tres argumentos principales: primero, la presente es una controversia propia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; segundo, el juez de tutela no puede ordenar ejecuciones presupuestales, y tercero, no se puede ordenar el pago inmediato de las prestaciones económicas requeridas, atendiendo a la situación de crisis por la que atraviesa el Departamento del Amazonas.

El Contralor departamental del Amazonas solicitó por escrito al Gobernador el giro de las partidas aludidas y que este funcionario, por Resolución 901 del 7 de septiembre de 1998, lo negó, acto administrativo que fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución 987 del 13 de octubre de 1998, confirmando la negativa. Por lo tanto, para lograr la asignación presupuestal que requiere la Contraloría departamental, deberá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En relación con las pretensiones de los demandantes, cabe mencionar que la Corte ha señalado que la tutela procede de manera excepcional para ordenar el pago de acreencias laborales, en los eventos en los cuales se encuentra en peligro el mínimo vital de los empleados³. Sin embargo, tal jurisprudencia tiene como base la certeza sobre la relación laboral o reglamentaria que explica la prestación del servicio impagado.

En el presente caso, se observa que la negativa del Gobernador del Departamento de Amazonas a “girar” las partidas presupuestales necesarias para el funcionamiento de la Contraloría Departamental se explica, no por la ausencia de recursos, sino por el hecho de que el acto mediante el cual se creó la entidad no ha sido publicado, razón por la cual se estima que dicho acto no produce efecto jurídico alguno. Lo anterior implica que, de una parte, la entidad –Contraloría Departamental– se reputa inexistente y, por otra, no existe certeza sobre la relación laboral o reglamentaria entre dicha entidad y los demandantes.

³ Corte Constitucional, sentencias T-167 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; T-015 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; T-063 de 1995, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T-146 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; T-437 de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T-565 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-641 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-006 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-081 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T-234 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; T-273 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; T-527 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; T-529 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara y T-012 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En las condiciones anotadas, si bien se advierte que los demandantes tienen derecho a una compensación por la labor realizada, la incertidumbre que se presenta en torno a la existencia de una relación reglamentaria, producto de la eventual inexistencia de una de las partes de la relación jurídica, impide a la jurisdicción constitucional conocer de la materia. Corresponderá, pues, a la jurisdicción contencioso-administrativa resolver este asunto y determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes en conflicto y, así, establecer los responsables de la compensación.

Por otra parte, en relación con quienes estaban vinculados mediante contrato de prestación de servicios, cabe señalar que la protección constitucional al trabajo se limita a las relaciones laborales o reglamentarias y no se extiende a los eventos en los cuales se alega el incumplimiento de un contrato de la administración, por ser este un asunto contractual que debe ser debatido ante las autoridades judiciales respectivas.

RESUELVE

Primero. **CONFIRMAR** parcialmente la sentencia expedida por el Juzgado Civil del Circuito de Leticia, el 3 de diciembre de 1998, en cuanto denegó la tutela respecto de los ciudadanos Edgar Vargas Mendoza, Alfonso Soto Franco, Alejandro Escobar P., Liliana Zapata y Catalina Ico Martínez, por los motivos expresados en la presente sentencia.

Segundo. **RECHAZAR** la demanda en relación con Alexi Soto A., Nubia E. Páez, Juan Carlos Perdomo, Marcelino Lindoño, Magnolia Castañeda, Mercedes Leyva, Andrea Mariño, Gilberto Valencia Frnao, José del C. Velásquez y Helena Leal Negeteye.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el magistrado doctor **CARLOS GAVIRIA DIAZ**, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

Pablo Enrique Leal Ruíz

SENTENCIA T-396
mayo 28 de 1999

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Culminación de tratamiento médico a beneficiario aunque hubiere cumplido mayoría de edad

DERECHO A LA SALUD-Culminación de tratamiento médico a beneficiario de pensión aunque hubiere cumplido mayoría de edad

INAPLICACION DE LEY DE SEGURIDAD SOCIAL-Terminación de tratamiento quirúrgico de beneficiario de pensión aunque hubiere cumplido mayoría de edad

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-197803

Peticionario: Pedro Miguel Tamayo Ramírez

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en SantaFE de Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

El demandante, de 19 años de edad, inició acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales por violación de los derechos a la salud y a la seguridad social en conexión con su derecho constitucional fundamental a la integridad física. Afirma que sufrió un accidente de tránsito que le causó fracturas de fémur, tibia y peroné en la pierna izquierda, las cuales fueron tratadas con cirugía por parte del instituto demandado con utilización de material de osteosíntesis. Agrega que dicho tratamiento fue practicado porque en ese momento era beneficiario del plan obligatorio de salud, gracias a que el I.S.S. le había concedido una pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, pero que en la actualidad se niega a retirar el material de osteosíntesis, pues cumplió la mayoría de edad y, por ende, le fue retirada la pensión y los servicios del P.O.S. Considera que la negativa a culminar el tratamiento retirando ese material vulnera los derechos invocados, en vista de que los clavos insertados en los huesos fracturados, que ya deben ser retirados porque llevan más de un año, le producen fuertes dolores y le impiden caminar sin el apoyo de muletas.

El Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín negó el amparo solicitado, por considerar que el I.S.S. solamente está obligado a atender a sus afiliados y a las personas beneficiarias de su

cobertura familiar, mas no a quienes han sido excluidas de esta por haber cumplido ciertas condiciones como, por ejemplo, la mayoría de edad y, por tal razón, la negativa del I.S.S. a retirar el material de osteosíntesis no vulnera o amenaza los derechos constitucionales fundamentales del peticionario, toda vez que tiene suficiente sustento legal.

Cierto es que los hijos de una persona muerta que era cotizante del sistema de seguridad social en salud gozan de los servicios del plan obligatorio por medio del régimen contributivo mientras no cumplan la mayoría de edad o, aun habiéndola cumplido, mientras tengan como dedicación exclusiva el estudio hasta los veinticinco años o sean incapaces permanentes y, en ambos casos, dependen económicamente de quien fue cotizante¹. El demandante dependía de una pensión de sobreviviente concedida por la muerte de su padre, quien cotizaba al sistema de seguridad social en salud, y antes de que le retiraran el material de osteosíntesis producto de la cirugía practicada en el I.S.S., cumplió la mayoría de edad; entonces, al ser excluido de la cobertura familiar por ese hecho, por no ser estudiante con dedicación exclusiva y por no ser incapaz permanente, el demandado se negó a concluir el tratamiento.

Puede tener sustento legal la determinación del Instituto, como lo observó el *a quo*; pero la verdad es que, en este caso concreto, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que permite al Seguro Social negarse a concluir el tratamiento, vulnera los derechos constitucionales fundamentales del demandante a una vida digna y a la integridad física, en conexión con su derecho a la salud, porque la presencia del material de osteosíntesis le causa un dolor permanente y le impide caminar normalmente, es decir, sin la ayuda de las muletas, estando ya en capacidad de hacerlo. Así las cosas, cuando es una ley la que permite mantener a una persona en tales condiciones, contrarias desde todo punto de vista al principio del respeto a la dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Carta, debe inaplicarse para que prevalezcan las disposiciones constitucionales².

Además, en una decisión anterior, esta Corporación ordenó al I.S.S. continuar con un tratamiento que había interrumpido bajo el mismo argumento esgrimido en contra del ahora demandante: pérdida de los beneficios antes de la conclusión del tratamiento. En aquella oportunidad, la Sala Octava de Revisión sostuvo que se debe “terminar el procedimiento con independencia de la desvinculación sobreviniente y posterior del afiliado a la entidad”, pues suspenderle los servicios súbitamente puede significar, como en este caso, peligro para su vida y su integridad física³.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia expedida por el Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín, el 4 de noviembre de 1998.

¹ Ley 100 de 1993, artículo 163.

² Constitución Política, artículo 4º y Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-114, 640 y 647 de 1997; T-628, 631 y 736 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, por aplicación de las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997, Magistrados Ponentes Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente. Sala Plena, sentencia C-112 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sala Primera de Revisión, sentencias T-370, 385 y 419 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Sala Octava de Revisión, sentencias T-236, 283, 286 y 328 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Sentencia T-281 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez.

Segundo. **TUTELAR** los derechos constitucionales fundamentales de Pedro Miguel Tamayo Ramírez a una vida digna y a la integridad física en conexión con su derecho a la salud; inaplicar el artículo 163 de la ley 100 de 1993 y ordenar al Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, concluya el tratamiento quirúrgico al que fue sometido el demandante, retirando el material de osteosíntesis que aún tiene en su organismo.

Tercero. **LIBRENSE** por Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el magistrado doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

Pablo Enrique Leal Ruíz

Secretario General (E)

SENTENCIA T-397
mayo 28 de 1999

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional pago de acreencias laborales

**DERECHO A LA VIDA DIGNA- Pago oportuno de mesadas pensionales/DERECHO
AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS- Pago oportuno de mesadas**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expedientes T-197348 y T-197350. Acumulados

Peticionarios: Armando Collazos Restrepo y Juan Paulino Mosquera

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Los demandantes, Armando Collazos Restrepo y Juan Paulino Mosquera, iniciaron acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, Coldeportes, y la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle, por la violación de sus derechos fundamentales al pago oportuno de la pensión y al trabajo. Mediante resoluciones de la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle, expedidas en 1981 y 1996, respectivamente, les fue reconocida su pensión de jubilación. Sin embargo, dicha Junta, no les ha cancelado sus mesadas pensionales correspondientes a los meses de julio y agosto de 1998. Ante tal situación consideran violados los derechos fundamentales ya enunciados, y solicitan se ordene el inmediato pago de las mesadas adeudadas, así como el pago de los intereses moratorios correspondientes. En los expedientes objeto de revisión obra respuesta dada por la apoderada de la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle del Cauca, en la cual se indica las diferentes gestiones adelantadas por el director administrativo y financiero de dicha entidad, ante la Gobernación, sin que hasta el momento se hubieren realizado los giros o transferencias necesarios para cumplir con las obligaciones laborales de dicha Junta.

Mediante decisión de primera instancia, las Secciones Segunda y Primera de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca concedieron las tutelas. En el expediente T-197348, la Sección Segunda ordenó a la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle del Cauca que en el término de 48 horas, pagara al señor Collazos Restrepo las mesadas adeudadas junto con los intereses moratorios liquidados

al doble del interés bancario corriente. En el caso del expediente T-197350, la Sección Primera, ordenó a la misma entidad que en el término de ocho (8) días hiciera las provisiones presupuestales del caso, y procediera, vencido el término, al pago inmediato de las mesadas adeudadas al señor Mosquera, junto con la cancelación de los intereses moratorios liquidados al doble del interés bancario corriente.

Impugnadas las decisiones, conoció en segunda instancia la Sección Quinta de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado. En ambos casos se revocaron las decisiones. Consideró el *ad quem* que los demandantes tenían a su alcance otra vía de defensa judicial como lo era el proceso ejecutivo. Además, no interpusieron la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues no acreditaron tampoco la existencia de un perjuicio irremediable. Finalmente, indicó que el derecho al trabajo, invocado como violado, es un derecho de rango legal, y que en el caso del derecho al pago oportuno de las mesadas pensionales, las circunstancias de modo, tiempo y lugar hace diferente cada caso en concreto, razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional no siempre es aplicable.

Esta Corporación ha determinado en varios de sus fallos que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de acreencias laborales, cuando la falta de aquellas afecta el mínimo vital de los solicitantes.¹ Ahora bien, en el caso de los pensionados, estos ya agotaron su vida activa como trabajadores, se encuentran excluidos del mercado laboral y frente a una gran dificultad para sustituir el único ingreso que constituye, sin lugar a dudas, su mínimo vital².

En los casos objeto de revisión, se tiene que los demandantes son pensionados, y al momento de interponer la tutela, sus condiciones de vida digna se veían afectadas por la demora en que se encuentra la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle del Cauca en cancelarles su único medio de sostenimiento, es decir, su mínimo vital. Por lo tanto, se protegerán los derechos de los actores³, y se ordenará el pago de las mesadas pensionales que motivaron la presente acción de tutela. Se advierte sin embargo, que si bien la obligación de pagar dichas mesadas corresponde a la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle del Cauca, es la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca quien debe hacer las apropiaciones presupuestales y transferir los recursos a la Junta (ver folio 78 del exp. T-197350 y folio 38 del exp. T-197348), a fin de que esta pueda cumplir con sus obligaciones laborales.

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado del 3 de diciembre 1998. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la vida digna y al pago oportuno de las mesadas pensionales de los señores Armando Collazos Restrepo y Juan Paulino Mosquera.

¹ Corte Constitucional, sentencias T-426 y T-527 de 1992; T-147 y T-244 de 1995; T-212 y T-608 de 1996; T-001 de 1997; T-008, T-098, T-327, T-330, T-357, T-544, T- 658 y T-791 de 1998; T-005 y T-075 de 1999, SU-062 de 1999, T-238 y T-317 de 1999 entre otras.

² Corte Constitucional, Sentencias T-323 de 1996 y T-299 de 1997, entre otras.

³ Contra el Departamento de Bolívar ya existen en igual sentido las sentencias T-009 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, T-102, T-238 y T-317 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-397/99

Segundo. **ORDENAR** al director de la Junta Administradora Seccional Deportes del Valle del Cauca que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a pagar las mesadas pensionales que dieron origen a la presente acción de tutela, siempre y cuando exista la partida presupuestal correspondiente. Si esta fuere insuficiente, dispondrá del término ya señalado para iniciar las gestiones ante la Gobernación del Departamento del Valle de Cauca tendientes a obtener los recursos necesarios para el pago efectivo y completo de lo ordenado.

Tercero. **LIBRENSE** por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el magistrado doctor **CARLOS GAVIRIA DIAZ**, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

Pablo Enrique Leal Ruíz
Secretario General (E)

SENTENCIA T-398
mayo 28 de 1999

DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida

SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Repeticón de EPS por sobre costos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-199059

Peticionario: Adrián Hernández Correa

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Adrián Hernández Correa padece el virus del sida y es afiliado beneficiario del P.O.S. que presta el Instituto de Seguros Sociales. Afirma que el médico a cargo de su caso le ordenó un examen de carga viral y los medicamentos necesarios para tratar la enfermedad, a cuya autorización y suministro se niega el I.S.S. con el argumento de que el demandante no ha cotizado al sistema las cien semanas mínimas que exige el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, para acceder al tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas del nivel IV. La tutela de los derechos invocados fue negada por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Manizales y la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa ciudad, porque consideraron que del examen de carga viral no depende la existencia del peticionario, razón por la cual no puede haber violación de los derechos invocados. Dada la situación económica del actor, debe acudir a instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado en busca del tratamiento necesario para su enfermedad.

Tal y como lo observaron los jueces de instancia, el examen de carga viral que reclama el demandante es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre,

que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente. En cuanto a la negativa de este examen de laboratorio, entonces, serán confirmadas las decisiones de instancia.

Sin embargo, la negativa de los jueces de instancia en ordenar el suministro de los medicamentos será revocada por la Sala, pues ella obedeció a que el *a quo* consideró que no estaba probada la necesidad de la droga. Por el contrario, la Sala estima que es precisamente con el suministro de los medicamentos correspondientes como se combate dicha enfermedad; luego, el paso por seguir después del examen que indica la presencia del VIH en el organismo del paciente es el tratamiento con antirretrovirales y demás medicamentos que lo ayudan sobrellevar la enfermedad.

La preceptiva del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, en tanto somete la práctica de tratamientos para enfermedades del nivel IV (como el sida) a la condición de que el beneficiario haya completado el número de semanas de cotización antes señalado, o pague cuanto le falta para completarlo, es en este caso inconstitucional porque su aplicación estricta amenaza el derecho a la vida del demandante, pues le impide ser tratado adecuadamente y le niega una expectativa de vida.

Así, como en innumerables ocasiones lo ha dispuesto esta Corporación¹, debe inaplicarse la disposición citada para dar prevalencia al derecho contenido en el artículo 11 de la Constitución Política, de acuerdo con el artículo 4 del mismo estatuto, pues si se le cierra la única forma de acceder al tratamiento, que es a través del plan obligatorio de salud, puede conducírsele a un agravamiento de su estado y, se repite, a negarle una expectativa de vida. De manera que se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que suministre los medicamentos propios del tratamiento contra el VIH que padece el demandante, según la prescripción médica correspondiente, sin exigirle porcentaje de compensación alguno. El I.S.S. podrá, finalmente, repetir en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud el valor del tratamiento ordenado por la Sala hasta cuando el peticionario cumpla con las cien semanas de cotización a que se refiere la norma inaplicada en esta oportunidad.

RESUELVE

Primero. **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, el 15 de enero de 1999, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, tutelar el derecho constitucional fundamental a la vida de Adrián Hernández Correa y ordenar al Instituto de Seguros Sociales que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, suministre los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad que padece el demandante, de conformidad con las indicaciones del médico tratante.

¹ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencias T-114, T- 640 y T- 647 de 1997; T-628, T- 631 y T- 736 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, por aplicación de las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997, MM.PP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, respectivamente. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-112 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sentencias T-370, 385 y 419 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencias T-236, 283, 286 y 328 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia T-560 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Segundo. **INAPLICAR** el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. **SEÑALAR** que al Instituto de Seguros Sociales le asiste el derecho de reclamar en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga) lo que gaste en cumplimiento de la orden emitida en el numeral segundo.

Cuarto. **LIBRENSE** por Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el magistrado doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

Pablo Enrique Leal Ruíz
Secretario General (E)

**SENTENCIAS
DE UNIFICACION
MAYO
1999**

SENTENCIA SU-337
mayo 12 de 1999

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y su familia/**SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA**-Publicidad parcial para el caso

Los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia.

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión de identificación del menor y progenitora/**EXPEDIENTE DE TUTELA**-Absoluta reserva para el caso

HERMAFRODITISMO-Complejidad del asunto/**PSEUDOHERMAFRODITISMO MASCULINO**-Complejidad del asunto

MEDICINA-Tensiones éticas y jurídicas

PRACTICA MEDICA-Principios esenciales

CIENCIA MEDICA-No es impermeable a la ética ni al derecho

Es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento. Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en

general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece unas reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos.

AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia

Si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, "la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo". Por ello esta Corte ha señalado que del "principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud." Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Pluralismo y dignidad

Incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula, obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento. En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses de este último y de la protección constitucional al pluralismo. Esto muestra que en las sociedades pluralistas, el requisito del consentimiento puede justificarse incluso con base en el principio de beneficencia.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Intervenciones experimentales

Esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad.

AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia no es absoluta

La autorización explícita del paciente puede no ser necesaria en determinados casos, por cuanto el principio de autonomía puede ceder ante las exigencias normativas de los otros principios concurrentes, dadas las particularidades de la situación concreta, tal y como sucede en las emergencias médicas o eventos asimilables. El principio de autonomía tiene entonces una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización para toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia. Esto significa que el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia prima facie del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Características

No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Exigencias cualificadas**AUTONOMIA DEL PACIENTE-Grado que se debe tener para aceptar o rechazar un tratamiento****TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Decisiones por padres y tutores**

Los padres y tutores pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Contenido**CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Problemas jurídicos**

TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Alcances y límites
de las posibilidades de decisión de los padres

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA DEL PACIENTE-Ponderación

SEXUALIDAD-Dimensiones sociales y psicológicas

ESTADOS INTERSEXUALES-Clasificación

HERMAFRODITAS Y PSEUDOHERMAFRODITAS-Distinciones

ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGUEDADES GENTAL EN EL INFANTE

TRATAMIENTO MEDICO DE LA AMBIGÜEDAD SEXUAL-Fundamentos y características

HERMAFRODITAS-Intervenciones médicas tienen un impacto decisivo en la identidad sexual del paciente/**DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**-Contenido/**DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL**-Contenido

HERMAFRODITAS-Intervenciones hormonales y quirúrgicas/**CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE**-Intervenciones hormonales y quirúrgicas

Las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son entonces particularmente invasivas, por lo cual, conforme a los criterios anteriormente señalados en esta sentencia, el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Ahora bien, un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como éstos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.

PRIVACIDAD DEL HOGAR-Interferencias judiciales

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Límites

FAMILIA-Privacidad médica

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Inexistencia de evidente riesgo contra la vida si no se practica operación

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Edad

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Coordinación de equipo
interdisciplinario para acompañar a la menor y su madre respecto a cirugía
y tratamientos hormonales

Referencia: Expediente T-131547

Procedencia: Juez de tutela XX

Actor: NN

Temas: Fundamentos, significado y alcance del consentimiento informado en los tratamientos médicos.

Intervenciones a menores y consentimiento informado: en qué casos no procede la autorización de padres y tutores.

Problemas jurídicos suscitados por los “hermafroditismos” o formas de “ambigüedad sexual”.

Derechos de los “hermafroditas” a la libre autodeterminación de su identidad sexual y alcance del consentimiento informado de los padres y tutores.

Los hermafroditas constituyen una minoría que goza de la especial protección del Estado.

Autonomía de las familias en materia médica y riesgos de discriminación social contra personas con ambigüedad genital: la necesidad de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Eduardo Cifuentes Muñoz, y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela promovida por la madre de la menor impúber N.N., quien actúa a nombre de su hija e instaura demanda contra el Estado, representado según ella por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo de la Seccional del departamento XX. El expediente está radicado bajo el N° 131547.

L ANTECEDENTES

a) Los hechos y la solicitud

1- La menor N.N. nació el 14 de octubre de 1990 y la partera que atendió el nacimiento señaló que se trataba de una niña, sin que se constatará ningún problema aparente al respecto. N.N ha sido entonces siempre tratada como una niña. Sin embargo, cuando la menor tenía tres años, durante un examen pediátrico, se encontraron genitales ambiguos, con un falo de tres (3) centímetros (semejante a un pene), pliegue labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro, en los dos lados, orificio único en el periné. A partir de lo anterior, se diagnosticó que la menor tenía “pseudohermafroditismo masculino”, debido a un problema de trastorno en la síntesis de la testosterona, por lo cual se recomendó un tratamiento quirúrgico, que consiste en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina¹.

Según el médico tratante, que pertenece al ISS (Instituto de Seguros Sociales), esta intervención quirúrgica es prioritaria para la niña, pues si bien “el falo es grande”, lo cierto es que “nunca va a ser igual a un pene ni tendrá posibilidades de funcionar como tal”. Los médicos han manifestado además la necesidad de hacer la cirugía a la niña antes de que llegue a la pubertad.

2- A pesar de lo anterior, los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre. Según su criterio, “el procedimiento quirúrgico debe ser autorizado por la Corte Constitucional, quien pone en entredicho la Patria Potestad para estos casos porque habría que esperar a la pubertad para obtener la aprobación por parte del paciente” (Folio 90 del presente expediente). Por tal razón, la madre, quien ejerce la patria potestad sobre la menor, pues el padre falleció, interpone la acción de tutela a fin de que se autorice la intervención quirúrgica. Según su criterio, su “hija es una menor y no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal”.

La madre considera entonces que a su hija le están siendo vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial a la niñez, puesto que la infante tiene derecho “a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social”. Por ello solicita al juez de tutela que le permita que, en su condición de madre y de titular de la patria potestad de la menor, pueda autorizar “las cirugías que mi hija necesita para la remodelación de sus genitales y el tratamiento médico que como consecuencia de esto requiriese”. Igualmente, y en protección al derecho a la intimidad de la niña N.N., la madre solicita que el presente trámite judicial no sea publicado, de conformidad con lo establecido por los artículos 25, 300 y 301 del Código del Menor.

La Corte, por las razones que se señalarán posteriormente en el Fundamento Jurídico No 2 de esta sentencia, ha accedido en parte a esa última petición, lo cual explica que hayan sido

¹ Todos estos conceptos médicos son referidos por la solicitud y se encuentran además en la historia clínica de la menor, incorporada al presente expediente.

suprimidos todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor y de su madre, como son sus nombres y los del médico tratante, así como el lugar de los hechos y del juzgado que resolvió el caso.

3- La madre y la menor se encuentran afiliadas al ISS (Instituto de Seguros Sociales), razón por la cual los médicos que han venido atendiendo a la niña son de esa institución, tal y como consta en el expediente. Igualmente, son esos médicos los que, con fundamento en decisiones de esta Corte Constitucional, se niegan a realizar el tratamiento. Con todo, y a pesar de no ser usuaria del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), la solicitante dirige la tutela contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, pues considera que el Estado, quien se niega a permitir la referida intervención quirúrgica, está representado por tales entidades. Así, al ser interrogada por el juez de tutela acerca de las razones por las cuales había dirigido la acción contra el Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo, la solicitante respondió que “los médicos, sin orden de ellos”, no practican la cirugía que su hija requiere (Folio 63 del presente expediente).

b) El fallo de instancia

4- El tribunal a quien correspondió el estudio de la presente acción adelantó las pruebas que juzgó pertinentes. En particular recibió declaración de la solicitante, del médico tratante y de la trabajadora social responsable del caso. Igualmente ordenó que el ISS enviara copia de todos los estudios médicos que se hubieran practicado a la menor, por lo cual esa entidad remitió copia de la historia clínica. Todas esas pruebas se encuentran incorporadas en el presente expediente y serán tomadas en cuenta por la Corte Constitucional, en lo pertinente, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

5- El tribunal decidió el caso el 17 de abril de 1997. El fallo comienza por aclarar que si bien la tutela “se dirige contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo, bueno es afirmar desde ya que estas entidades nada han tenido que ver en el proceso de la niña y por lo mismo ningún derecho fundamental le han negado.” Según la sentencia, una adecuada interpretación de la demanda y de las pruebas recopiladas muestra que el conflicto surge porque “el Seguro Social se niega a practicar la intervención hasta tanto tenga autorización de algún organismo judicial”, y por medio de la tutela, la madre pretende obtener ese permiso judicial. El fallo precisa entonces que los jueces carecen de competencia para proferir ese tipo de autorizaciones, no obstante lo cual considera necesario efectuar “un breve análisis a fin de concluir si la madre puede dar tal autorización o si el Seguro Social puede practicar la cirugía sin ella.”

A partir de lo anterior, y teniendo como base la sentencia T-477 de 1995 de la Corte Constitucional, el fallo de tutela concluye que, conforme a esa jurisprudencia, la madre no puede autorizar la operación, pues sólo la propia persona puede tomar esa determinación. Según el tribunal, si bien el caso decidido por la Corte no era idéntico, pues se refería a una “reasignación de sexo como consecuencia de una mutilación del pene en un infante”, lo cierto es que los asuntos son prácticamente iguales, ya que los médicos intentan “corregir los defectos de una criatura hermafrodita, lo que equivale a decir que sin su consentimiento y su voluntad se va a asignar el ‘sexo femenino’ a un infante que genéticamente es del sexo masculino”. Además, resalta la sentencia, la ambigüedad de la infante NN es evidente pues “en algunos aspectos se comporta como hombre y en otros como mujer”. El tribunal concluye entonces que no “puede

perdersé de vista que cada quien es libre de escoger su afinidad sexual como un hecho inherente al propio desarrollo de su personalidad y, se desconoce de momento, cuál será la vocación sexual que tenga la criatura a la que se refieren estas diligencias”. Con base en tales razones, el tribunal negó la tutela.

6- Dos de las magistradas aclaran el voto, pues si bien coinciden con la sentencia en que la tutela no puede prosperar, consideran que en el trámite de la acción se debió citar al Instituto de Seguros Sociales, ya que esa entidad, y no la Defensoría del Pueblo ni el Bienestar Familiar, es la que “por razones muy respetables se ha negado a llevar a cabo el procedimiento quirúrgico.” Según su criterio, la tutela “no se encuentra enmarcada dentro de las rígidas formas de un proceso”, ya que debe ser “un mecanismo efectivo de que dispone el ciudadano del común, para la protección de sus derechos fundamentales”. Por ello, no tiene sentido que se exija a un lego en derecho identificar con toda precisión jurídica al agente que eventualmente está afectando un derecho fundamental, por lo cual, según el parecer de las magistradas, el juez de tutela debe “orientar la acción en contra del presunto vulnerador para obtener la protección”, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda.

7- La anterior decisión no fue impugnada y el fallo fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. El expediente fue entonces seleccionado y repartido por la Sala de Revisión Cinco, por medio de auto del 21 de mayo de 1997.

c) Saneamiento de una nulidad

8- La Sala Séptima de Revisión, a quien correspondió el examen del presente expediente, constató que la solicitud se dirigió contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, sin que exista en el expediente el menor indicio de que tales instituciones hayan tenido que ver con la presunta violación a los derechos fundamentales de la menor. En efecto, de la relación de los hechos se colige fácilmente que la acción debería estar dirigida contra el I.S.S. y el médico tratante de la menor, puesto que, en caso de prosperar la tutela, la orden judicial debería dirigirse contra esas personas, como bien lo señala la aclaración de voto del fallo de instancia. La Corte concluyó entonces que se había incurrido en una nulidad, la cual es saneable si los afectados se allanan y permiten la continuación del trámite, tal y como lo ha establecido esta Corporación, dando aplicación en este punto al artículo 144 del Código de Procedimiento Civil². Por tal razón, la Sala Séptima de Revisión, por medio de auto del 17 de julio de 1997, ordenó que se informara al I.S.S. y al médico tratante de la existencia de la presente tutela, señalándoles que tenían un término de tres días para alegar la nulidad pero que de no hacerlo, se entendería que esta queda saneada. Luego de la correspondiente notificación, el médico tratante no alegó la nulidad y el Seguro Social, de manera expresa, solicitó la prosecución del trámite a fin de que se pueda definir la procedencia jurídica o no de las intervenciones médicas solicitadas por la madre. La nulidad quedó entonces saneada, por lo cual la Corte continuó el procedimiento para resolver el fondo del asunto.

d) Pruebas adelantadas por la Sala de Revisión Séptima de la Corte Constitucional.

9- Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, un aspecto esencial que debe ser tomado en cuenta para determinar si los padres y tutores pueden o no autorizar una

² Ver, entre otras, la sentencia T-206 de 1995. Consideración de la Corte No. 5.

intervención médica a un menor, es la urgencia y necesidad del referido tratamiento. Ahora bien, este aspecto sólo puede ser determinado con base en conceptos técnicos, científicos y médicos, por lo cual, la Sala Séptima de Revisión consideró indispensable decretar pruebas a fin de reunir los elementos de juicio necesarios para proferir el fallo definitivo. Así, por medio de auto del 18 de septiembre de 1997 se formuló un cuestionario científico dirigido al médico tratante, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y Javeriana. Por medio de este cuestionario, la Sala buscaba precisar la naturaleza y frecuencia de los casos de hermafroditismo, el tratamiento médico que se considera adecuado para estos eventos, la urgencia y la necesidad de este, así como la edad óptima cuando debe ser practicado a una persona. Finalmente, también la Corte indagó acerca de si existían seguimientos y estudios sobre los resultados benéficos o perjudiciales derivados de ese tipo de tratamientos.

10- La Corte recibió detallados conceptos de esas entidades así como del médico tratante. Como la mayoría de estas respuestas coinciden en casi todos los puntos, la Corte no presentará el contenido de cada una de ellas, sino que efectuará una síntesis de los aspectos más relevantes para la decisión que será tomada en el presente caso.

10.1- Las respuestas coinciden en que para comprender el hermafroditismo o la ambigüedad sexual, que algunos consideran que se debe denominar más exactamente “ambigüedad genital”, es necesario tener en cuenta que la sexualidad es un fenómeno complejo. Así, uno de los conceptos³ destaca que “en medicina se consideran varias clases de sexo”, a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es “dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer”, el fenotípico, que es “dado por el aspecto de los genitales externos”, el gonadal que es el “dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario”, el legal, que es el que “aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación”, el de crianza, que es el que “inducen los Padres y el entorno Familiar y Social”, y el psicológico, que es “el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales”. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que el sexo de un individuo “puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social”. Esto lleva a que algunos de los conceptos distingan entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a “las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos.” En cambio, la identidad de género tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona “con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad”⁴.

A partir de lo anterior, los conceptos médicos presentados definen la ambigüedad sexual o intersexualidad como “trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual” que se traducen en “alteraciones en los procesos biológicos”. Por ende, un embrión humano con sexo genético XY no presenta los genitales externos e internos del sexo masculino, mientras que el embrión

³ Ver el concepto del profesor Efraim Bonilla Arciniegas, Coordinador Académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional, folios 178 y ss. del expediente.

⁴ Según concepto del profesor Luis Eduardo Jaramillo González, director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional, folios 309 y ss. del expediente.

humano con sexo genético XX no presenta genitales externos e internos femeninos⁵. En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente “estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto”⁶, y en especial en aquellos casos en donde se presentan “diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en particular, cuando no se puede establecer desde el punto de vista clínico a que sexo pertenece el niño recién nacido”⁷.

10.2.- En general, estos casos se suelen clasificar en tres grandes grupos, a saber: el “hermafroditismo verdadero”, que se presenta en individuos “con ambos tipos de gónadas, es decir, con testículos y ovarios al mismo tiempo”. En estos eventos los cromosomas suelen ser masculinos (46, XY) o femeninos (46, XX), aunque existe un grupo de baja frecuencia que puede mostrar anomalías de los cromosomas sexuales, pero que tiene en todo caso ambos tipos de gónadas. Por su parte, el “seudohermafroditismo femenino” tiene lugar cuando el individuo posee cariotipo femenino (46, XX) y gónadas femeninas (ovario), pero “ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento, es decir una hembra virilizada”. En cambio, el “seudohermafroditismo masculino” hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene “un cariotipo masculino normal 46, XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no se ha virilizado normalmente. Es decir un macho mal virilizado”⁸.

10.2- Varios conceptos coinciden en señalar que las causas de la ambigüedad sexual son diversas y complejas, como complejo es el proceso de desarrollo y diferenciación sexual de los seres humanos. Así lo explica uno de los profesores:

“Todo embrión, sea cual fuere el sexo, posee al principio una gónoda indiferenciada, es decir, que no es ni ovario ni testículo. Está provisto a la vez de conductos de Wolff, de los que se derivan los órganos genitales masculinos, y de conductos de Muller, que dan origen a los órganos genitales internos femeninos. La diferenciación sexual del individuo hacia un sexo o el otro es un fenómeno gradual y dependiente de varios factores que empieza con la unión del óvulo y el espermatozoide y sigue hasta el completo desarrollo sexual del individuo.

En el momento de la concepción se determina el sexo cromosómico XX en el caso de la mujer y XY en el caso del hombre. Este factor cromosómico es responsable de la diferenciación de la gónada primitiva neutra en una gónada definida (testículo u ovario), o como en el caso del hermafroditismo, de un ovotestis. A su vez las hormonas producidas por las gónadas determinan la diferencia de los genitales externos a partir de un precursor común llamado tubérculo genital. En el individuo normal, los sexos genético, gónadal, somático (genitales externos) y psicológico son armónicos”⁹.

En tales circunstancias, como lo señala otro de los conceptos, “los genitales internos y externos de un embrión, tienen la potencialidad simultánea de desarrollar genitales masculinos

⁵ Ver concepto del profesor Carlos Martín Restrepo Fernández, Jefe de la Unidad Genética y Medicina Molecular de la Universidad del Rosario, folios 160 y ss. del presente expediente.

⁶ Según concepto del Profesor Jaime Alvarado, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana, folio 306 del expediente.

⁷ Ver el concepto del profesor Alejandro Giraldo de la Universidad Nacional, folios 188 y ss. de este expediente.

⁸ Las explicaciones son tomadas del citado informe del profesor Giraldo; pero, con muy leves matices, todos los conceptos coinciden en estas caracterizaciones.

⁹ Ver el citado concepto del Profesor Jaramillo.

o femeninos y que este desarrollo va a depender de dos pasos previos, el establecimiento del sexo genético y el establecimiento del sexo gonadal. Las alteraciones en estos procesos son las causantes de los trastornos del desarrollo y la diferenciación sexual y causan genitales ambiguos¹⁰. Por ende, los factores que producen una ambigüedad sexual se relacionan tanto con “los cromosomas, como con influencias hormonales intrínsecas o extrínsecas en el embrión o el feto y trastornos estructurales”. Así, el ejemplo más claro de pseudohermafroditismo masculino es el llamado “testículo feminizante”, que se conoce académicamente “como síndrome de insensibilidad androgénica” que se presenta en individuos que tienen “un cariotipo masculino (46 XY) con testículos normalmente diferenciados y funcionantes”, pero que, debido a una falta de respuesta adecuada de “los tejidos a la acción de la testosterona durante la gestación se forman genitales externos femeninos como en una niña normal pero sin genitales internos (útero y ovario)”¹¹. Igualmente, uno de los casos más usuales de pseudohermafroditismo femenino es la hiperplasia adrenal congénita, por déficit de la enzima 21, hidroxilasa, la cual hace que personas con constitución cromosómica femenina (XX) se vean sometidas a hormonas masculinas en el útero, por lo cual “presentan genitales externos que pueden ir desde un alargamiento del clítoris y fusión de los labios e hirsutismo hasta genitales que semejan un escroto normal, testículo y pene, pero que presentan vagina y útero”¹². En otros eventos las causas pueden estar ligadas a otras alteraciones genéticas, por cuanto las personas no tienen una constitución cromosómica masculina o femenina, como en los llamado síndromes de Turner o Klinefelter, en donde el cariotipo es XO y XXY respectivamente¹³.

10.3- Varios conceptos coinciden en indicar que la ambigüedad sexual no es frecuente, aunque no existe un pleno acuerdo sobre la magnitud cuantitativa del fenómeno. Así, según una respuesta, el caso más frecuente es el pseudohermafroditismo femenino por problemas de hiperplasia suprarrenal congénita, el cual “se cree que pueda tener en nuestro medio una frecuencia de 1 por cada 7.000 a 10.000 nacimientos”¹⁴. Otro concepto considera que si se suman todos los trastornos de diferenciación sexual, una cifra cercana a la realidad es de un caso por cada mil o dos mil personas, lo cual significa que puede haber en Colombia “15.000 a 37.000 personas con trastornos de este tipo”¹⁵. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que la frecuencia de estos casos “varía según su etiología, pero se puede estimar que está entre 1 por 2.500 y uno por 20.000 nacidos vivos”.

10.4- Los conceptos coinciden en caracterizar la ambigüedad sexual como un trastorno grave, pues consideran que la persona sufriría serias consecuencias psicológicas si no se corrige a tiempo la ambigüedad de sus genitales. Así, algunos conceptos se refieren a los muy graves problemas psicosociales o a las consecuencias calamitosas que desde el punto de vista psicológico sufre una persona a la que no le haya sido diagnosticada y tratada correctamente su ambigüedad genital¹⁶. Por ello, y a fin de mejorar su calidad de vida, se consideran necesarias intervenciones quirúrgicas y hormonales, acompañadas de apoyos psicológicos, a fin de asignar un sexo definido masculino o femenino a la persona que sufre de intersexualidad.

¹⁰ Ver el citado concepto del profesor Carlos Martín Restrepo de la Universidad del Rosario.

¹¹ Ver concepto citado del profesor Efraín Bonilla Arciniegas.

¹² Ver el concepto citado del profesor Jaramillo González.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Concepto citado del profesor Giraldo, folio 189 del expediente.

¹⁵ Según el concepto citado del profesor Restrepo Fernández.

¹⁶ Ver los conceptos citados de los profesores Restrepo Fernández, Bonilla Arciniegas y Alvarado Bestene.

Además, estos casos son caracterizados como una urgencia médica, ya que deben ser tratados rápidamente, para facilitar una exitosa identificación con el sexo asignado. Así, según uno de los conceptos:

“La asignación de sexo debe hacerse lo más tempranamente posible, ojalá en la primera semana o a más tardar el primer mes, y los tratamientos quirúrgicos y endocrinológicos deben hacerse antes de los tres años de edad porque la identidad de género se encuentra configurada a esta edad. Después de esta edad es prácticamente imposible modificarla, o si se hace, se pueden producir trastornos emocionales de difícil manejo. Además para que las conductas de los padres sean consistentes para la construcción del sexo de crianza y se evite en ellos la confusión que origina también complicaciones emocionales.

El nacimiento de un niño con ambigüedad sexual es considerado por la mayoría de los especialistas médicos en el tema como una emergencia médica. Esto con objeto de asignar un nombre y un sexo adecuado, poder hacer los cambios y ajustes que sean necesarios y poder aliviar los problemas psicológicos a los padres y al niño”¹⁷.

10.5- Según los conceptos, en ciertos casos, fuera de los anteriores problemas psicológicos, existen también otras razones médicas que justifican intervenciones urgentes en los casos de intersexualidad. Por ejemplo, la hiperplasia suprarrenal congénita es “causada por un defecto enzimático que origina grandes pérdidas de sal en la recién nacida y muchas veces ella muere deshidratada pocos días después de nacer”¹⁸, por lo cual debe haber una pronta atención del problema. Igualmente, en otros casos, las personas con ambigüedad sexual pueden tener graves dificultades urinarias, como sucede en las hipospadias severas, o pueden presentar mayores probabilidades de que las gónadas se malignicen, todo lo cual justificaría, por estrictas razones fisiológicas, la readecuación de los genitales o la extirpación de las gónadas.

10-6.- Varios conceptos insisten en que la decisión de la asignación de sexo es compleja, por lo cual no debe ser tomada por un médico individual sino por “un equipo multidisciplinario integrado por pediatra, urólogo, endocrinólogo pediatra, genetista, ginecólogo y psiquiatra”. Además, según esas respuestas, múltiples aspectos deben ser valorados, entre los cuales se incluyen la constitución cromosómica, el sexo gonadal, las posibilidades quirúrgicas reales de reconstrucción y de funcionamiento sexual futuro de la persona, los riesgos de malignidad de las estructuras, e incluso los deseos de los padres. Con estos elementos, añaden tales conceptos, “se debe plantear a la familia de manera clara, sencilla y directa el tipo de trastorno que tiene el recién nacido, sus implicaciones, los tratamientos que se le pueden ofrecer y los resultados que se pueden esperar al cabo de los mismos. La meta fundamental es determinar la asignación sexual que le permita la más adecuada adaptación a lo largo de la vida.”. De esa manera, una vez tomada “la decisión conjunta acerca de cuál es la mejor asignación sexual, se deben realizar los procedimientos quirúrgicos que permitan una reconstrucción de la apariencia de los genitales externos, corrección de otros defectos que puedan presentarse, concomitantemente y de acuerdo con la valoración endocrinológica, se debe hacer terapia de reemplazo hormonal en los casos, que así lo ameriten.”¹⁹ Esto significa, según

¹⁷ Ver el concepto citado del Profesor Jaramillo González. En el mismo sentido los conceptos de los profesores Restrepo Fernández, Bonilla Arciniega y del médico tratante, cuyo nombre se mantiene bajo reserva, a fin de proteger la identidad y la intimidad de la peticionaria y de su hija.

¹⁸ Concepto citado del profesor Restrepo Fernández.

¹⁹ La descripción de los pasos del tratamiento es tomada del concepto citado del profesor Jaramillo González; pero coincide en lo esencial con las repuestas suministradas por el médico tratante, la Academia Nacional de Medicina y los profesores Restrepo Fernández y Bonilla Arciniegas.

estos conceptos, que no existen fórmulas genéricas, pues cada caso es único, y debe ser estudiado en forma individualizada por el mencionado equipo interdisciplinario.

10.7- Los conceptos consideran que la urgencia del tratamiento y los elementos para ser tomados en cuenta no son los mismos cuando la ambigüedad sexual se diagnostica en un recién nacido, que cuando esta se descubre varios años después, en la infancia tardía, en la pubertad, o incluso en la edad adulta. En efecto, en este segundo caso, la urgencia es menor, aun cuando se recomienda que de todos modos, de ser posible, el tratamiento se haga antes de la pubertad, con miras a facilitar la identificación sexual en este proceso de la vida. Además, en estos eventos, se considera que se debe tomar en consideración, en lo posible, la propia voluntad del paciente y, en todos los casos, el sexo de crianza y el comportamiento deben ser criterios centrales en la decisión, pues la persona ya puede haber realizado una fuerte identificación con el género que los padres le asignaron y con el cual ha sido educada²⁰. Así, en el presente caso, una de las razones principales por las cuales el médico tratante aconseja que se debe asignar sexo femenino a la menor, a pesar de tener sexo gonadal y cromosómico masculinos, es que esa persona ha sido educada como niña, de suerte que responde claramente a su nombre de mujer “y está identificada con el sexo femenino, vestimenta de mujer, familiar y socialmente asume el papel del género femenino”.

10.8- Finalmente, ninguno de los conceptos presenta estudios empíricos concluyentes sobre los beneficios de los tratamientos propuestos en relación con sus eventuales riesgos, aun cuando en forma genérica mencionan que existen experiencias y literatura internacionales que dan sustento teórico y empírico a estas recomendaciones médicas. La razón de la ausencia de tales estudios, según los conceptos, es la relativa poca ocurrencia de casos de ambigüedad sexual, así como la diversidad de causas que la originan, todo lo cual dificulta la realización de estudios empíricos concluyentes sobre el tema.

11- En el mismo auto del 18 de septiembre de 1997, y teniendo en cuenta la complejidad científica del tema, la Sala efectuó una investigación sobre el estado de la cuestión de la intersexualidad, desde el punto de vista médico y jurídico, tanto en el campo nacional como internacional, para lo cual consultó la bibliografía y realizó varias entrevistas personales. Luego de estudiar la bibliografía especializada y consultar aspectos relevantes con especialistas nacionales e internacionales en el tema, se rindió un informe que contó con el aporte de numerosos documentos científicos que se consideraron ilustrativos, los cuales fueron incorporados al expediente. Entre tales documentos cabe destacar informes sobre los tratamientos médicos adelantados en Estados Unidos y Alemania, gracias a la información suministrada por el doctor Heino Meyer -Bahlburg, profesor de Psicología clínica del programa de desarrollo sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia de los Estados Unidos, así como del doctor Firede mann Pfaffin de la Universidad de Ulm en Alemania. Igualmente, se incorporaron documentos obtenidos por internet de una asociación llamada ISNA (Intersex Society of North America), la cual agrupa en Norteamérica a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los tratamientos recomendados por la comunidad científica.

12- El informe de Sala resalta que luego de definir la ambigüedad sexual, existe un cierto consenso en la comunidad médica en caracterizar estos estados intersexuales como un trastor-

²⁰ Ver al respecto los conceptos de Restrepo Fernández, Bonilla Arciniegas y el médico tratante.

no o enfermedad, que constituye una verdadera urgencia, pues socialmente existe un imperativo dirigido a que la persona, desde los primeros días de vida, tenga un sexo definido de hombre o mujer, pues de no ser así, tendría una vida psicológicamente traumática. Por ello se recomienda una asignación de sexo, con un tratamiento hormonal y quirúrgico para readecuar la apariencia de los genitales, los cuales deben adelantarse lo más temprano posible a fin de que el menor pueda identificarse adecuadamente con el sexo asignado. El profesor Heino Meyer-Bahlburg lo explica así:

“La práctica general en los Estados Unidos es asignar género en todos los casos de intersexualidad, hermafroditismo o ambigüedad genital lo más tempranamente posible después del nacimiento (...) La decisión sobre asignación de género es usualmente hecha por los médicos, con el consentimiento informado de los padres. No se requiere aprobación judicial, pero se llena un certificado legal que registra las asignaciones de género.

La corrección quirúrgica de los genitales externos requiere permiso de los padres y se adelanta lo más temprano posible, preferiblemente en los primeros días después del nacimiento, a fin de armonizar la apariencia genital con el sexo asignado. La corrección de los genitales internos es efectuada en general en la adolescencia.

La política de efectuar estas operaciones de readecuación de los genitales externos tan pronto como sea posible en la infancia se basa en la experiencia clínica (documentada en muy pocas publicaciones), según la cual la persistencia de la ambigüedad genital incrementa la posibilidad de una crianza con ambigüedad de género por los padres y una posterior reasignación de sexo por el propio paciente, en la adolescencia o en la edad adulta”²¹.

El informe también destaca que en la decisión concreta de asignación de sexo por los médicos se toman en cuenta muchos factores, pero habría que distinguir dos situaciones diversas: los casos de los menores de pocos meses y aquellos de personas que son tratadas cuando tienen varios años. En el primer evento, el elemento determinante tiende a ser la posible funcionalidad de los genitales, desde el punto de vista reproductivo y sexual, mientras que en el segundo caso cumple una misión muy importante también el género que le ha sido ya asignado socialmente por los padres, pues éste podría ya haber generado una importante identificación de parte del menor.

Según el informe, los criterios anteriores son dominantes en la comunidad científica. Sin embargo, en los últimos años tiende a existir una creciente crítica a esas intervenciones médicas, las cuales se centran en tres puntos.

De un lado, se objeta que en numerosos casos no hay criterios médicos claros para asignar sexo, por lo cual en el fondo todo se reduce al tamaño mismo del pene o del clítoris, órganos que se originan a partir de una misma estructura anatómica originaria. Eso explica que a veces se presenten fuertes divergencias sobre cuál es el sexo idóneo para una persona en los propios comités interdisciplinarios encargados de decidir estos asuntos, por lo cual incluso ha habido casos en los cuales la decisión se ha tomado por votación entre los distintos especialistas. Es más, según el informe, la propia literatura médica reconoce que las decisiones sobre estos aspectos son muy empíricas y con un sustento científico relativamente débil.

²¹ Ver comunicación del profesor Meyer en Anexo No 5 del expediente

De otro lado, se critica la falta de consentimiento informado en estos casos, no sólo porque la decisión es tomada sobre infantes de pocos meses, o incluso de pocos días, sino también porque la información que es dada a los padres es insuficiente, y a veces hasta engañosa. Según estos críticos, que encuentran en asociaciones como ISNA sus voceros más vigorosos, a los padres simplemente se les dice que el infante tiene un problema de desarrollo sexual, que será corregido mediante una cirugía y un tratamiento hormonal, que es necesario, pues de no hacerse, la persona sufrirá graves trastornos en su vida. Además se recomienda que el menor no conozca su real estado a fin de no dificultar su proceso de identificación. Sin embargo, señalan los críticos, no hay ningún estudio que justifique esas conclusiones, lo cual se articula con la tercera gran objeción que se relaciona con la necesidad misma de esos tratamientos.

Según esta discrepancia, no es clara la urgencia ni la necesidad de los tratamientos en los casos de ambigüedad sexual, ya que no existen estudios nacionales ni internacionales que muestren que aquellas personas a quienes se les han aplicado tales procedimientos se encuentran en mejor estado psicológico, físico y sexual, que aquellas personas con ambigüedad genital que no han sido objeto de tales intervenciones. No existiría pues ningún sustento teórico ni empírico que justifique la necesidad de los tratamientos médicos, a pesar de que han sido practicados durante varias décadas. Así, como ya vimos, ISNA (Intersex Society of North America) es una asociación en Norteamérica que agrupa a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los procedimientos hormonales y quirúrgicos recomendados por la comunidad médica. Esas personas son muy críticas de esas intervenciones médicas, pues consideran que, sin su consentimiento, les fue realizada una cirugía que tenía un simple carácter “cosmético”, pues se trataba de adaptar la apariencia de sus genitales a los patrones sociales dominantes. Además, como tales tratamientos afectaron las posibilidades mismas de obtener satisfacción sexual, estas personas consideran que fueron sexualmente mutiladas. Por ello concluyen que, salvo que existan necesidades fisiológicas que las justifiquen, esas intervenciones quirúrgicas y hormonales debían ser postergadas hasta que el afectado pueda comprender sus riesgos y beneficios, esto es, al menos hasta el inicio de la pubertad, a fin de que en tal momento la persona pueda decidir si acepta o no los tratamientos médicos. Durante tal periodo, según ISNA, las personas y su familias deberían recibir ante todo apoyo psicoterapéutico para comprender su situación particular.

Por su parte, la comunidad médica cuestiona las objeciones de ISNA, por cuanto consideran que estas se basan en técnicas quirúrgicas que ya no se utilizan. Así, según el profesor Meyer-Bahlburg, los pocos pacientes que él ha conocido que plantean esas críticas han sido objeto de amputaciones del clítoris (clitoroctomías), que ocasionaban una disminución de su sensibilidad sexual y de su capacidad orgásmica. Sin embargo, precisa el profesor, en la actualidad la clitoroctomía ha sido reemplazada por operaciones de reducción del clítoris, “que parecen tener menos efectos colaterales dañinos”. Además, según su parecer, existe un importante número de reportes de casos individuales y la ausencia de seguimientos en larga escala es explicable, por la poca frecuencia de los estados intersexuales, la gran variedad de síndromes y los problemas éticos que suscita adelantar estudios con grupos de control en este campo.

El informe culmina entonces señalando que parece existir una controversia creciente sobre la legitimidad, urgencia y conveniencia de las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre los menores que presentan estados intersexuales.

13- Recibidas las anteriores pruebas, la Sala consideró que subsistían importantes dudas e inquietudes, así como informaciones encontradas en relación con la necesidad del tratamiento médico en el presente caso, por lo cual, el 16 de octubre de 1997, dictó un auto de mejor proveer, a fin de completar el material probatorio necesario para la decisión. En particular la Sala estaba interesada en que las entidades que habían respondido el cuestionario justificaran los tratamientos en los casos de ambigüedad sexual porque, según la documentación recibida e incorporada al presente expediente, al parecer no existen estudios nacionales ni internacionales que muestren convincentemente su necesidad. Además, la Sala consideró importante poner en conocimiento de estos académicos las críticas que ISNA ha formulado a los procedimientos que usualmente se aplican a las personas con ambigüedad sexual, para determinar si la comunidad médica tenía evidencias teóricas y científicas suficientes para refutar las objeciones planteadas por los miembros de esa asociación de intersexuales.

14- Algunos de los profesionales se abstuvieron de responder el nuevo cuestionario de la Corte pues indicaron que en el anterior informe habían “ofrecido el conocimiento que tienen acerca del tema y no cuentan con información adicional”²². Otros profesionales, si bien contestaron las nuevas preguntas de la Corte, se mostraron molestos con los cuestionamientos planteados por esta Corporación, por cuanto consideraron que se les estaba involucrando en un proceso jurídico al cual no estaban formalmente vinculados²³.

La Corte entiende que, tal vez debido al desconocimiento de la función de los expertos en los procesos constitucionales, algunos académicos hayan podido sentirse preocupados por los cuestionamientos que les formula este tribunal. Sin embargo, la Corte en manera alguna pretende vincularlos subrepticamente, como acusados, en un proceso judicial, cuando les solicitó que sustentaran ciertas afirmaciones que habían hecho como expertos en la materia, por cuanto tales aseveraciones habían sido puestas en entredicho por otras pruebas reunidas en el expediente. Por medio de esas preguntas, esta Corporación simplemente pretende mejorar la comunicación entre el derecho, la ciencia y la academia, a fin de lograr la mejor decisión judicial posible en un caso que es susceptible de afectar profundamente la vida y a la salud de un menor. En tales circunstancias, ¿qué peligro profesional puede representar entonces una controversia, incluso en sede judicial, sobre los riesgos y beneficios de determinados tratamientos? Según la Corte, de tales discusiones no pueden resultar sino beneficios, pues la comunidad médica tiene la posibilidad de presentar mejor sus argumentos, mientras que el juez constitucional alcanza un mejor entendimiento de estos complejos asuntos.

15- A pesar de las anteriores reticencias de algunos profesionales, en general esta Corporación recibió detalladas respuestas a sus interrogantes.

15-1 Algunos conceptos defendieron la urgencia y necesidad de los tratamientos y cuestionaron las objeciones de entidades como ISNA. Según su criterio, no hay ninguna garantía de que esa asociación sea verdaderamente representativa de la población con genitales ambiguos corregidos quirúrgicamente. Además, no se sabe hace cuánto tiempo fueron intervenidas,

²² Según carta del decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, tal fue la respuesta del profesor Luis Eduardo Jaramillo, director del departamento de psiquiatría de esa misma universidad. Ver folio 271 del presente expediente.

²³ Ver respuestas de los profesores Orlando Acosta, Director, y Alejandro Giraldo, Coordinador Genética Médica, del Instituto de Genética Médica de la Universidad Nacional.

pues no debe olvidarse que las técnicas quirúrgicas han evolucionado radicalmente, por lo cual puede ser que esa entidad represente “una población seleccionada de resultados quirúrgicos inadecuados o de un mal manejo integral, incluyendo el apoyo psicológico brindado, y que eso los haya inducido a descargar sus frustraciones en los procedimientos quirúrgicos recibidos”²⁴. Por ello estos conceptos consideran que lo más conveniente y recomendado por la literatura científica sobre el tema es realizar, lo más tempranamente posible y con base en decisiones tomadas por grupos interdisciplinarios, las distintas intervenciones médicas, incluida la cirugía, pues “si el estudio y tratamiento se llevan a cabo antes de los dos años, las secuelas psicológicas son menores”²⁵. Por el contrario, aplazar la decisión hasta la pubertad puede tener consecuencias psicológicas graves sobre las personas, y no tiene ningún fundamento ético, pues no es justo que se condene a las personas con ambigüedad genital a ser diferentes “con el débil argumento que al llegar a la mayoría de edad ellas pueden decidir qué cirugía desean, y mientras esto sucede, basar su terapia en un psicoterapeuta que las trate de convencer” de que a pesar tener genitales ambiguos, “eso no las debe afectar en su psiquis”²⁶. Por ello estos conceptos, apoyándose en la bibliografía médica, concluyen al respecto:

“ Toda la literatura médica especializada en el tema apoya el manejo temprano, con carácter de urgencia, de las malformaciones de los genitales externos. La corrección quirúrgica debe hacerse igualmente en los primeros meses de la etapa postnatal antes de que el niño adquiera conciencia de su cuerpo, para minimizar el riesgo de sentirse ‘diferente’ de sus compañeros de colegio y evitar lesiones de tipo psicológico. Perdóneme que insista, pero no es justo que un niño asignado al sexo masculino deba esconderse para orinar hasta cuando llega a la pubertad para que pueda tomar la decisión de ser operado; o lo contrario, en el caso de las niñas. Está demostrado en muchas publicaciones que cuanto más temprano se realicen las cirugías pertinentes, mejor adaptación psicosexual presentarán estos individuos.”

15.2- Otras respuestas también defienden la intervención quirúrgica y hormonal en edades tempranas; pero introducen algunas precisiones sobre el tema.

Así, el profesor Carlos Martín Restrepo Fernández de la Universidad del Rosario cuestiona la idea de que no existen estudios internacionales que muestren los beneficios de los tratamientos, pues según su criterio, la bibliografía médica es muy amplia en la materia. Para probar lo anterior, el profesor anexa a su concepto resúmenes de decenas de artículos recientes sobre el tema, que obtuvo por vía Internet, los cuales fueron incorporados al expediente y serán tenidos en cuenta, en lo pertinente, en el análisis jurídico del caso. Sin embargo, el profesor aceptó que algunas de las críticas de ISNA son válidas, pero que debe tenerse en cuenta que tal vez estas se encuentran referidas a tratamientos realizados hace varias décadas, cuando no sólo las técnicas quirúrgicas estaban menos desarrolladas sino que, además, no se suministraba una adecuada información a los padres y tutores de los menores sobre las limitaciones y riesgos de estas operaciones. Según su criterio, la solución no consiste entonces en la automática postergación de los tratamientos quirúrgicos y hormonales hasta la pubertad, ya que no

²⁴ Ver el concepto del profesor Gustavo Malo Rodríguez del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional, folios 173 y ss. del presente expediente.

²⁵ Ver respuesta del profesor Mauricio Col Barrios, Endocrinólogo Pediatra de la Universidad Nacional, folios 293 y ss. del expediente.

²⁶ Ver concepto citado del profesor Gustavo Malo Rodríguez.

sólo en muchos casos hay graves riesgos e incomodidades fisiológicas sino que, además, habría una gran discriminación, con graves cargas emotivas sobre los menores con genitales ambiguos. Por ello, concluye el concepto, la enseñanza que surge de esta experiencia es reconocer que cada caso debe ser tratado individualmente por medio de equipos interdisciplinarios y con la activa participación de los tutores del menor, quienes deben ser informados de “manera educacional y no directiva” sobre los riesgos y beneficios de las intervenciones, haciendo énfasis en las limitaciones de la cirugía, que no es “un tratamiento milagroso que devolverá una estructura a la normalidad”, aspecto que “no siempre explican convenientemente los cirujanos a sus pacientes antes del procedimiento”, con lo cual las expectativas tienden a ser superiores a la realidad. Finalmente, el concepto señala, que en caso de que no se trate de recién nacidos, por cuanto el diagnóstico se hace en forma tardía, entonces debe contarse con la participación del paciente²⁷.

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que no es correcto hablar de un cambio quirúrgico de sexo pues sólo pueden cambiarse algunas estructuras. Igualmente el concepto insiste en que siempre deben explicarse a la familia y al paciente “las limitaciones y ventajas del procedimiento que se va a realizar”. El concepto distingue entonces dos casos: de un lado, las situaciones de los niños menores de tres años “con estado intersexual congénito o adquirido, enfermedad del pene o amputación accidental”, eventos en los cuales la situación debe ser solucionada a la mayor brevedad posible para facilitar la identificación sexual. En cambio, “después de los tres años debe consultarse con la familia y el paciente tiene que determinar el sexo que quiere tener”. En todo caso, concluye la Academia, estos problemas sólo puede ser resueltos en una Junta Médica interdisciplinaria, con “los conceptos y autorizaciones de la familia y la decisión del niño o la niña”²⁸.

15-3 La Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana²⁹ precisa que si por urgencia se entiende una intervención médica inmediata tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte, entonces debe entenderse que los tratamientos a las personas con ambigüedad sexual no tienen tal carácter. La necesidad de esas intervenciones “depende básicamente de razones de tipo familiar (padres), personales y por último médicas”. Finalmente el concepto señala que no cuentan “con evidencias teóricas y científicas para refutar los planteamientos hechos por ISNA”.

16- En el mismo auto del 16 de octubre de 1997, y teniendo en cuenta que las intervenciones médicas tendían a justificarse por razones psicológicas y psiquiátricas, la Sala consideró necesario escuchar los criterios de los profesionales de estas áreas, por lo cual envió un cuestionario sobre el tema a la Sociedad Colombiana de Psicología, a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, y a los departamentos de Psicología de la Universidad Nacional, de la Universidad de los Andes y de la Universidad Javeriana.

²⁷ Ver la respuesta del Profesor Carlos Martín Restrepo al segundo cuestionario de la Corte en el Anexo No. 2 del presente expediente.

²⁸ Ver el concepto remitido por Roberto de Zubiría Consuegra, Presidente de la Academia Nacional de Medicina, folios 287 y ss. del presente expediente.

²⁹ Ver la respuesta dada a este segundo cuestionario de la Corte por el profesor Jaime Alvarado Bestene, Decano Académico de la Universidad Javeriana, folio 194 del expediente.

17- Las respuestas de estos profesionales son encontradas, pues algunos cuestionaron los tratamientos médicos tempranos mientras que otros coinciden con los criterios dominantes en la comunidad médica acerca de su urgencia.

17-1 Así, la Directora del departamento de Psicología de la Universidad de los Andes defiende las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas y critica las recomendaciones de ISNA, por cuanto “la identidad sexual se adquiere antes de los tres años”, por lo cual considera que “dejar a un individuo sin sexo definido, en los primeros cinco años de vida, genera múltiples dificultades a nivel personal, familiar y social que impedirán el desarrollo de su identidad sexual y afectarán su salud sexual y por tanto psicológica” (folios 291 y ss. del expediente). Sin embargo, el profesor Augusto Pérez, de ese mismo departamento de esa universidad, sostiene otro criterio. Así, en su concepto (folios 277 y ss.), luego de diferenciar la ambigüedad sexual del transexualismo, este profesional considera que las propuestas de ISNA son “muy sensatas y están fundamentadas en la experiencia vivida directamente por muchas personas que fueron sometidas sin su consentimiento a intervenciones de maquillaje que no toman en consideración al niño, sino las preferencias de los médicos”. Por ello considera que esas prácticas médicas son muy discutibles “a la luz de los conocimientos y de los conceptos actuales sobre derechos humanos”. A partir de lo anterior, el concepto señala que, salvos los casos de peligros a la salud del menor, “no se deberían llevar a cabo intervenciones quirúrgicas y hormonales antes de la pubertad, pues los errores que se cometen serán irremediables”. Esto no significa, aclara el concepto, que las intervenciones posteriores estén exentas de errores, ni que la espera hasta la pubertad no genere dificultades en el manejo cotidiano del menor, pero al menos “se habrán creado mejores oportunidades para el niño”. El concepto concluye entonces que, teniendo en cuenta que las evidencias científicas en favor de cualquiera de las opciones son “inexistentes”, pero que “los riesgos de hacer daño son mucho mayores al tomar decisiones tempranas que al esperar, es esta última decisión la que parece más recomendable”.

17-2. Por su parte, la respuesta del departamento de Psicología de la Universidad Nacional insiste en que la identidad sexual es un fenómeno complejo, en el cual no sólo incide la “dotación biológica” sino también “aspectos simbólicos”, como la escogencia de un nombre, el vestuario, el trato diferente, etc., los cuales cumplen a veces la tarea decisiva. Por ello, agrega el informe, el sexo socialmente “asignado es tan importante como el biológico en la construcción de la identidad sexual.” A partir de lo anterior, el concepto señala que no es posible establecer reglas generales sobre la necesidad de intervenciones quirúrgicas y hormonales para “todos los casos de ambigüedad sexual congénita, ya que los posibles trastornos son innumerables y la decisión sólo se puede tomar caso por caso”. Además, según su criterio, esa determinación debe ser producto de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina y de la Psicología sino también la participación de la familia “ya que la asignación social de género depende, en lo esencial, de la familia como entorno social inmediato del individuo”. En todo caso debe entenderse que es necesario “proporcionar apoyo psicoterapéutico tanto a la familia como al paciente a largo plazo, ya que el tratamiento de ninguna manera se puede dar por terminado con el acto médico o quirúrgico”³⁰.

³⁰ Ver el informe remitido por María Cristina, directora del departamento de Psicología de la Universidad Nacional, de las conclusiones de los profesores de ese departamento. Folios 270 y 396 y ss del presente expediente.

17-3. Finalmente, el profesor Ricardo Alvarez Botero, de la Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana, remitió un detallado concepto (folios 263 y ss. del expediente) en donde evalúa, desde el punto de vista psicológico, los argumentos en favor y en contra de las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas en niños con ambigüedad sexual, por cuanto considera que existen razones importantes en favor de cada una de las opciones.

Según su criterio, la cultura actual se basa en la idea de que los recién nacidos son niños o niñas, por lo cual los padres desean que este asunto se encuentre claramente definido, incluso antes del nacimiento. Por ello, la llegada de un infante con ambigüedad sexual tiene un impacto “vigoroso y emocionalmente negativo” sobre los padres, “aunque estemos en una sociedad cada vez más cambiante y abierta a la flexibilidad de los roles de género”. Por tal razón, “pedir a los padres que pospongan cualquier intervención que defina las cosas no es fácil en nuestro medio”. Además, en un contexto machista como el colombiano, agrega el interviniente, “donde la autoestima se tiende a ligar tanto al pene y su tamaño”, un niño que tenga un falo pequeño debido a la ambigüedad sexual será marginado y “necesita muchísimo apoyo para no sufrir”. Igualmente los padecimientos de una niña son también grandes, ya que al “percibirse tan diferente y rara puede también disparar la depresión, sentimientos de anomalía, inadecuación, tendencia al aislamiento y la introversión, y en algunos casos a la introyección del rechazo social que puede llevar a la ideación suicida”.

Estas observaciones adquieren mayor fuerza si se tiene en cuenta la relación que existe “entre autoestima e imagen corporal”, según insiste la Psicología contemporánea. Así, “son muchos los problemas psicológicos que surgen cuando no puede aceptarse una parte del cuerpo. Es cierto que el rechazo puede ser introyectado por las normas culturales que no dejan de tener una cierta arbitrariedad. Pero también es cierto que sentirse ‘raro’, diferente, en una minoría absoluta es muy duro de sobrellevar psicológicamente”.

En tales circunstancias, los padres esperan una solución médica del problema, por lo cual las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas parecen encontrar sustento. Sin embargo, señala el concepto, también existen sólidas razones para cuestionar estas prácticas médicas.

En primer término, estas se basan en las concepciones psicológicas del investigador John Money, de la Universidad John Hopkins, en Baltimore, “quien teorizó hace varias décadas que la identidad sexual se adquiría durante un periodo crítico en la infancia temprana”. Por ello, “era necesario operar antes de los dos años y hacer el tratamiento hormonal consecuente.” De esa manera, la intervención quirúrgica parecía estar justificada. Sin embargo, la evolución posterior no apoya “esta manera de pensar que parece más bien simple”. Así, no sólo “lo genético empezó a tomar mayor importancia”, sino que, además, muchos casos muestran que “alterando la apariencia externa de un hermafrodita y educándolo en un género social acorde con tal decisión temprana, no resolvía todos los problemas”.

De otro lado, estas intervenciones quirúrgicas para asignar un sexo tienen “secuelas psicológicas muy duraderas” no sólo por cuanto pueden afectar la posibilidad de obtener placer sino, además, porque “esta parte del cuerpo tiene una enorme significación relacional, amorosa, erótica, lúdica”. Por ello, precisa el concepto, estas operaciones no pueden asimilarse a “suprimir un dedo supernumerario en el pie”, tratamiento que no tiene mayor problema emocio-

nal. Según el interviniente, es posible que después de una cirugía genital de esa naturaleza “la persona se sienta mutilada y enojada porque no participó en la decisión y porque los criterios para intervenir le fueron externos: los padres y su angustia, el médico y su recomendación, las normas culturales que no tienen por qué ser absolutas”. Según su parecer, no es entonces sorprendente “que alguien, al sentirse incapaz de goce sexual, a consecuencia de una cirugía temprana sin opción libre por ella, pueda experimentar una severa frustración, rabia, depresión.” En tales condiciones, puede ser más razonable, agrega el concepto, propiciar una “educación de género muy flexible y más bien abierta, a la espera de que con el tiempo, hacia la pubertad, haya más claridad sobre la inclinación y la identidad genérica asumida por el hermafrodita.”

El concepto precisa además que esas cirugías, que son en sí mismas “invasivas y complicadas”, cuando se realizan en personas demasiado jóvenes pueden ser particularmente traumáticas emocionalmente. Así, desde su perspectiva, el menor puede estar convencido de que sus genitales no tienen ningún problema; sin embargo, es sometido a una intervención quirúrgica, con lo cual el infante “puede llegar a la conclusión interna, emocional, de que sus genitales (y en cierta medida él mismo) hacen que los adultos de su familia se sientan mal”. Esto puede tener consecuencias muy negativas sobre el menor, sobre todo si se tiene en cuenta que las cirugías no son siempre exitosas “y el maltrato que tiene que sufrir el niño (controles y chequeos constantes, nuevas cirugías correctivas), por años, sin entender bien lo que sucede, es psicológicamente nefasto”.

Con base en lo anterior, el interviniente sugiere que en muchos casos, y siempre y cuando “haya muy buena intervención psicológica a los padres, a la familia, y por supuesto a la persona”, puede ser lo más recomendable esperar hasta la pubertad, ya que no sólo la cirugía puede ser más exitosa, por cuanto “la anatomía ha mejorado la calidad de los tejidos para intervenir”, sino además porque puede obtenerse un consentimiento mejor informado y las consecuencias emocionales pueden ser minimizadas. Sin embargo, precisa el concepto, es necesario aclarar que en nuestro país puede ser irreal plantear el reemplazo de la operación por psicoterapia y la intervención de equipos especializados ya que no sólo “pocos colombianos tienen acceso a los servicios cualificados y prolongados de la salud mental y la psicoterapia” sino que, además, pocos profesionales se encuentran capacitados para realizar el apoyo especializado que se requiere en este campo.

El interviniente señala finalmente que “no es fácil sugerir una política o una práctica general” porque entran en juego muchas variables médicas y psicológicas, fuera de que “hay una gran variedad de etiologías de tipo médico en los casos de genitales ambiguos”. Además, añade el interviniente, este tema tiene importantes “connotaciones culturales y aun políticas”. Según su criterio:

“Cuando se cambia el marco o la perspectiva desde la cual miramos los problema de la ambigüedad sexual o intersexualidad, las cosas se ven diferentes. Allí me parece que los activistas de ISNA tienen razones valiosas. Considerar la humanidad sólo en dos categorías sexuales nos ha hecho olvidar que quizás estamos más bien a lo largo de un *continuum*. Es cierto que esto es difícil de ver o pensar para muchos. Desde esta perspectiva, que se interviene quirúrgicamente puede ser interpretado como una mutilación sancionada socialmente que tiene como fin favorecer la apariencia física que desea el entorno social, en contra de la sensibilidad, la funcionalidad y el placer sexual a los que tiene derecho toda persona. Desde la misma

perspectiva, el cuerpo médico, con la anuencia de la familia, estaría decidiendo en asuntos de gran trascendencia psicológica sobre individuos a quienes no se les reconoce el derecho a decidir sobre su futuro. Se trata pues, en cierta manera, de un asunto de poder que en muchos casos se ha ejercido contra alguien indefenso (el niño que nace con genitales inusuales) a fin de adecuarlo a parámetros sexuales cambiables y arbitrarios. La reserva que se usa y la poca información que generalmente se brinda al paciente aun en su juventud respecto a su realidad, fácilmente es percibida por el paciente como una especie de conspiración en la que ya es tarde para hacer algo en sentido contrario.

El concepto de patología que se tiende a usar en nuestro medio, es también cuestionable desde el anterior marco de referencia. Lo normal/anormal no es necesariamente un asunto binario, sino que puede verse también como un *continuum*. Desde el esquema tradicional, lo que no sea puramente femenino o masculino sería anormal, patológico. Desde otra perspectiva podríamos decir que una persona cuyos genitales no clasifican claramente en alguna de las dos categorías, sino en algún lugar a lo largo del *continuum*, puede recibir ayuda médica con el concurso de su voluntad, su consentimiento y sin que le violen sus derechos. Es posible pues, educar hacia una perspectiva más flexible y amplia, donde los “intersexuales” no tengan que ser víctimas de una concepción dicotómica de la realidad. Para algunos vale la pena propugnar por una sociedad en donde pueda haber tolerancia a las diferencias sexuales y donde no se use el poder para suprimirlas. Tal concepción iría mucho más en apoyo de quienes propugnan una moratoria para intervenir quirúrgicamente, sólo cuando haya un consentimiento informado y una ayuda psicológica adecuada”

e) Otra documentación internacional incorporada al expediente.

18- En el mismo auto del dieciséis de octubre de 1997, la Sala Séptima de Revisión también decidió investigar nacional e internacionalmente la literatura jurídica, bioética, psicológica y psociológica relevante sobre el tema de la intersexualidad, y los tratamientos médicos a menores. La Sala debía ponerse en contacto y debía entrevistar a las personas que juzgara pertinente, y los materiales consultados más relevantes para la decisión debían ser incorporados al expediente.

19- Teniendo en cuenta que la opinión dominante de la comunidad médica sobre la conveniencia y necesidad de esos tratamientos ya había sido ampliamente expuesta y sustentada gracias a los conceptos recibidos hasta el momento por la Corte, quien decidió entonces entrar en contacto, por vía de correo electrónico, de manera preferente con las entidades y profesionales que tenían reservas frente a ese tipo de intervenciones quirúrgicas y hormonales en infantes, la Corte recibió entonces, de parte de esos profesionales y entidades, numerosos artículos y documentos, que hacen parte del expediente, que serán tomados en consideración en los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Con todo, la Corte considera conveniente resumir brevemente los conceptos directamente enviados por estos expertos a esta Corporación.

19-1- Según Cheryl Chase³¹, directora ejecutiva de ISNA, estas operaciones no son necesarias, pues no hay razones médicas ni fisiológicas que las justifiquen. Así, el argumento

³¹ Ver Anexo 3, documento A, y Anexo 4, folios 1 y ss.

invocado en el presente caso, según el cual alguien con un pene demasiado pequeño no podrá ser jamás sexualmente funcional, no es válido, pues existen estudios que han demostrado que esas personas pueden llevar vidas satisfactorias como hombres. Según su parecer, la única justificación que se aduce para estas operaciones es entonces “la creencia no demostrada de que puede contribuir al bienestar psicológico” de la persona, la cual es especulativa, ya que no existen estudios que la demuestren. Es más, señala Chase, en muchos casos los problemas psicológicos derivan, no tanto de la ambigüedad genital como tal, sino de los propios tratamientos médicos, por su carácter particularmente invasivo.

Estas intervenciones son además, según su concepto, irreversibles y potencialmente destructivas, pues no sólo los daños y cicatrices ocasionados no pueden repararse sino que la persona puede ver gravemente afectada su sensibilidad sexual, todo lo cual explica que muchos de los pacientes consideren que han sido sexualmente mutilados. La interviniente precisa que estos daños han sido constatados incluso en pacientes operados con las técnicas consideradas más avanzadas, por lo cual, según su parecer, el problema no se resuelve con una mejora técnica, como lo sugieren algunos sectores de la comunidad médica.

El concepto agrega, además, que los tratamientos distan de ser exitosos en relación con la identidad sexual, como lo muestra, según su criterio, el fracaso del caso más invocado para defender estas intervenciones médicas: así, un niño fue accidentalmente emasculado en los años sesenta, y supuestamente fue adaptado de manera exitosa para que fuera mujer, luego de la correspondiente cirugía de readecuación de sus genitales. Sin embargo, nuevos seguimientos de este caso han comprobado que hoy en día esa persona vive nuevamente como hombre y se opone a estos tratamientos. Según su parecer, en el caso específico que la Corte Constitucional tiene que resolver, este tipo de riesgos es alto, por cuanto un importante número de personas con esa condición médica tienden a desarrollar una identidad masculina al llegar a la edad adulta.

La directora de ISNA señala además que existen tratamientos alternativos para la intersexualidad, los cuales excluyen la cirugía y se fundan en el apoyo emocional al menor y a sus padres. Según su criterio, no es tampoco aceptable el argumento según el cual los niños con ambigüedad sexual van a estar sujetos a una intensa marginación social por sus diferencias físicas, puesto que el papel del Estado debe ser combatir la intolerancia social, en vez de realizar cirugías peligrosas, y sin el consentimiento de la persona, para ocultar una diferencia física, que además “no es visible para los demás en el transcurso de una interacción social normal”.

Finalmente, la directora de ISNA considera que los cuestionamientos a la representatividad de su organización no son válidos, ya que sus conclusiones se basan en las experiencias de centenas de antiguos pacientes que critican abiertamente los tratamientos actuales, mientras que, según sus palabras, la comunidad médica no ha sido capaz de mostrar pacientes que se encuentren verdaderamente satisfechos con esas cirugías.

Por todo lo anterior, el concepto de ISNA considera que la Corte Constitucional no debe permitir esas intervenciones en menores. Según su parecer, el primer principio de la medicina es no dañar (“Primum, non nocere”), por lo cual es necesario postergar esas operaciones hasta que la persona tenga la edad suficiente para poder dar un consentimiento informado, ya que esas cirugías genitales no son médicamente necesarias, son irreversibles y potencialmente

dañinas. Es más, según su parecer, estas intervenciones violan el Código de Nuremberg, pues equivalen a verdaderas formas de experimentación sobre seres humanos, sin el consentimiento del afectado.

19-2- Alice Dromurat Dreger³² es una profesora en ética e historia de la Universidad de Michigan, y ha estudiado el fenómeno de la ambigüedad sexual y los problemas éticos que las intervenciones médicas suscitan en este campo. Es autora, entre otros escritos, del libro publicado en 1998 por Harvard University Press “Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex” (Los hermafroditas y la invención médica del sexo). Según su criterio, hoy existe demasiada incertidumbre y controversia médica en relación con los actuales tratamientos a los menores con ambigüedad sexual, por falta de datos concluyentes sobre la utilidad de esos procedimientos médicos, mientras que existe evidencia clara de que estos pueden en muchos casos ocasionar daños irreversibles. Por ello concluye que es contrario a la ética médica realizar estas intervenciones quirúrgicas genitales sin el consentimiento informado de la persona.

19-3- Justine Schoberg³³ es una pediatra uróloga del “Hamot Medical Center” de Pennsylvania, que es experta en temas de intersexualidad y ha escrito varios artículos sobre el tema. Según su concepto rendido a la Corte, no existen datos concluyentes sobre los beneficios a largo plazo de estas cirugías, las cuales, en cambio, presentan riesgos de ocasionar un daño profundo físico y psíquico a la persona. Por ello considera que estas intervenciones no se deben realizar en menores que no sean capaces de prestar un consentimiento informado, salvo para prevenir dolor o problemas físicos. Según su parecer, la alternativa es ofrecer apoyo emocional a la familia y al menor, de tal manera que cuando este tenga la madurez suficiente para comprender los riesgos y beneficios de estas operaciones, pueda escoger libremente si acepta o no los tratamientos.

10-4- Milton Diamond es doctor e investigador de la Universidad de Hawaii y se opone a toda cirugía genital puramente cosmética, cuando no sea posible obtener el consentimiento informado de la persona. Junto con el profesor Keith Sigmundson, y a partir de su experiencia profesional y recomendaciones de otros expertos en el tema, ha propuesto un tratamiento distinto de los problemas de las personas con genitales ambiguos³⁴. Según sus sugerencias, al menor se le debe asignar un sexo, que corresponda a aquella identidad de género que más probablemente desarrollará cuando sea adulto. Sin embargo, no se deben realizar cirugías genitales mayores, ni tratamientos hormonales prolongados, salvo si existen razones físicas que obliguen a ello, pues los riesgos de daños irreversibles superan los eventuales beneficios derivados de “normalizar” la apariencia genital de la persona. Estos tratamientos invasivos deben entonces, según su criterio, posponerse hasta que la persona pueda dar ella misma un consentimiento informado. Mientras tanto, estos profesores proponen que el menor y sus familias sean psicológicamente apoyados, y que el paciente sea educado de acuerdo con el sexo

³² Ver su concepto, con copia de uno de sus artículos sobre problemas éticos en el manejo de la intersexualidad, en Anexo No. 5.

³³ Ver su concepto, con copia de uno de sus artículos sobre resultados a largo plazo de estas intervenciones, en Anexo No. 3, B.

³⁴ Ver su concepto en anexo 5. Igualmente ver copia de su artículo conjunto con Sigmundson, publicado por *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine*, Vol. 151, oct. 1997, pp. 1047 y ss., y que se encuentra en ese mismo anexo, y en el anexo 3. J.

asignado, de tal manera que durante la pubertad pueda definir conscientemente su identidad sexual y decidir si acepta o no los tratamientos quirúrgicos y hormonales.

10.5. Garry Warne es director del Centro de Investigación Hormonal del “Royal Children’s Hospital” de Australia y remitió a la Corte un escrito y un artículo reciente³⁵, en donde señala que “no es exagerado afirmar que los fundamentos de nuestra manera de pensar sobre los desórdenes intersexuales han sido violentamente sacudidos por avances recientes en la ciencia y en la filosofía”. Así, precisa el profesor Warne, no es evidente que las cirugías genitales tempranas sean necesarias, pues, al parecer, en algunos países que no practican esas intervenciones, los padres aceptan a sus hijos con genitales ambiguos. Otros estudios han mostrado además que hombres con penes muy pequeños o con genitales ambiguos, y que no fueron operados, han podido, como adultos, desarrollar relaciones sexuales satisfactorias y no han tenido grandes problemas psicológicos o psiquiátricos. El profesor Warne insiste entonces en que los tratamientos de la ambigüedad sexual deben basarse en “aquello que es mejor para el paciente, en vez de aquello que es mejor para los padres”, por lo cual no debe olvidarse que si bien, por tratarse de niños, la decisión médica es tomada en una “ambiente pediátrico”, lo cierto es que muchas de las consecuencias serán vividas en la edad adulta. Por ello, según su parecer, debe existir un debate abierto entre la comunidad médica y grupos de antiguos pacientes, como ISNA o el grupo de apoyo a personas con insensibilidad a los andrógenos (AIS Support Group).

f) Trámite ante la Sala Plena de la Corte Constitucional.

20- Teniendo en cuenta la importancia del asunto, así como la necesidad de sistematizar la doctrina constitucional sobre el problema del consentimiento informado en los tratamientos médicos, y en especial en el caso de los menores, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió conocer directamente del presente caso.

21- La Sala Plena, debido a la complejidad del tema, y a fin de contar con toda la información científica relevante, decidió poner en conocimiento el caso a la Sociedad Colombiana de Urología, con los documentos científicos más relevantes incorporados al expediente, para que esta entidad interviniera, si lo juzgaba pertinente. Igualmente, y teniendo en cuenta que algunos miembros de la comunidad médica señalaron que el doctor Bernardo Ochoa Arismendy es la primera autoridad científica en Colombia sobre la ambigüedad genital, la Sala Plena decidió solicitar un concepto a este profesional sobre el asunto bajo revisión.

21-1 El doctor Gustavo Malo Rodríguez, en representación de la Sociedad Colombiana de Urología, comienza por analizar algunas especificidades del caso concreto de la menor NN y concluye que lo más probable es que se trate de un pseudohermafroditismo masculino. Sin embargo, según su parecer, convendría realizar unas biopsias gonadales y otras pruebas de laboratorio a fin de definir si esta condición deriva de una deficiencia parcial de receptores androgénicos o una deficiencia parcial de cinco alfa reductasa, ya que en este último caso los individuos “asignados al sexo femenino tienen una tendencia mayor de conductas masculinas al llegar a la pubertad”. De todos modos, señala el doctor Malo Rodríguez, el interrogante que

³⁵ Ver en el anexo 5 del expediente su artículo “Advances and challenges with intersex disorders”, publicado en 1998 en Reproduction, Fertility and Development.

surge es si esta persona, al llegar a la pubertad, va a desarrollar una identidad masculina o femenina, pues en el primer caso sería mejor que no se le hiciera cirugía; pero en el segundo sería desafortunado preservar los testículos de “un ser cuya mente es femenina”, ya que estas gónadas van a producir hormonas masculinas “que van a conducir a la presencia de signos de virilización en un individuo que se siente mujer. A ello sumamos el trauma psicológico de poseer unos genitales externos ambiguos cuando su mente es femenina”. Por ello, el concepto recomienda unas pruebas psicológicas, con “personal altamente calificado” en el manejo de estos pacientes, a fin de determinar “si existe en ella alguna ambivalencia o si está identificada en el rol femenino”. Así, en caso de que exista ambivalencia, la conducta adecuada “sería el no manejo quirúrgico de esta paciente, con objeto de que tuviese la oportunidad de solicitar reasignación al sexo masculino y contar con la presencia de testículos y de un falo que se podría convertir en pene”. Por el contrario, si la identificación es claramente femenina, el propio paciente podría reclamar en el futuro por no habersele realizado oportunamente la correspondiente cirugía.

Según el interviniente, este análisis específico del caso muestra la complejidad del tema de la ambigüedad sexual y la importancia de que estas situaciones sean manejadas por grupos interdisciplinarios. Sin embargo, según su criterio, hay situaciones que son claras. Así, la mayor parte de los casos de ambigüedad genital son pseudohermafroditismos femeninos producidos por la hiperplasia suprarrenal congénita, la cual provoca una cierta virilización de los órganos genitales de personas genéticamente femeninas y con ovarios. Son entonces “mujeres con genitales externos anómalos”, los cuales pueden ser corregidos por una “cirugía realizada a temprana edad en las manos de un cirujano idóneo”. De esa manera, esa niña podría lucir como las demás niñas, oportunidad que, según el Doctor Malo Rodríguez, no le debe ser negada. Según su parecer, las objeciones de ISNA y de otros críticos no son válidas, ya que se basan “en los malos resultados quirúrgicos que se han dado en algunos pacientes”.

Finalmente, el Doctor Malo Rodríguez insiste en que la ciencia médica está haciendo progresos en este complejo campo de la intersexualidad, por lo cual su manejo debe dejarse a la propia autorregulación de la comunidad médica, ya que “es un problema de salud y que debe ser resuelto por los profesionales de la salud.” Según su parecer:

“Cuando hablamos de ambigüedad de los genitales externos estamos frente a pacientes con problemas de muy difícil manejo. En la medida en que el conocimiento médico avance, estas situaciones se irán tornando menos complejas. **Poner limitaciones de tipo legal al manejo de un problema médico implica poner limitaciones al progreso de la ciencia. Permítanos que seamos los profesionales del área de la salud los que en un momento dado tomemos las decisiones sobre nuestros pacientes.** Le aseguro que la gran mayoría de los médicos de este país y del mundo pretendemos seguir los principios hipocráticos de nuestra profesión. No estamos experimentando con estos niños, estamos tratando de ofrecerles lo mejor de nuestro conocimiento y lo que creemos que será lo menor para ellos” (subrayas no originales)

21-2 En el concepto remitido a esta Corporación, el doctor Bernardo Ochoa Arismendy comienza por señalar que el sexo, que no es igual al género, depende de distintos componentes biológicos. Luego presenta el proceso biológico de diferenciación sexual, en términos similares a los descritos por otros expertos, y que ya fueron reseñados en esta sentencia (ver supra párrafo 10.2). El doctor Ochoa explica entonces que una vez la persona nace, le es asignado socialmente un sexo, con base en la apariencia de sus genitales externos. Este es el punto de

partida de la identificación sexual, que ocurre en los primeros 18 a 24 meses de existencia, y que sirve de base para el posterior desarrollo, más complejo y que dura toda la vida, de la identidad de género. En síntesis, explica el experto, la determinación y diferenciación sexual “hacen parte de un proceso biológico que ocurre antes del nacimiento” mientras que “la identificación sexual e identidad genérica son fenómenos que ocurren después del nacimiento y hacen parte de un proceso psicosocial que se acumula longitudinalmente en el curso de la vida. Y entre los dos, a manera de puente de unión, se hace la asignación del sexo masculino o femenino a la criatura que acaba de nacer, hecho empírico que tiene una importancia trascendental para la vida del ser humano”.

Según el concepto, una interferencia en el proceso de diferenciación sexual, “ya en los cromosomas, las gónadas o la producción y aprovechamiento de las hormonas, produce en el feto variables biológicas que se expresan en el recién nacido con algún grado de ambigüedad en los órganos genitales externos”. Esto tiene consecuencias importantes, pues afecta la asignación de sexo, y por ende dificulta los posteriores procesos de identificación sexual y genérica. El doctor Ochoa ilustra entonces la diversidad de causas y manifestaciones de la ambigüedad sexual por medio de la presentación detallada de siete casos clínicos, mostrando la complejidad de las decisiones médicas que deben ser tomadas en cada uno de ellos. Con todo, según su concepto, lo más recomendable es siempre asignar al infante, luego de los exámenes de rigor, y dentro del marco de un comité interdisciplinario, un sexo masculino o femenino, lo más rápido posible, preferiblemente dentro del “periodo crítico de 18 a 24 meses de duración, llamado así precisamente porque durante este la interacción del niño con el medio familiar y social tiene el máximo de intensidad y significado en cuanto a su identidad”. Luego, según su criterio, hay que “proceder tempranamente a readecuar quirúrgicamente sus genitales, para que su imagen corporal concuerde con el sexo asignado; y preparar adecuadamente primero el medio familiar y a través de estos el medio social, para que sus actitudes, su comportamiento, sus mensajes, concuerden en un todo con el sexo asignado.” En síntesis, según su parecer:

“Las leyes de la naturaleza garantizan la supervivencia del género humano mediante la existencia de dos sexos que se complementan. Hombres y mujeres están dotados física, psíquica y emocionalmente para lograrlo. Para los individuos que nacen o adquieren alguna limitación que les impide cumplir con esta tarea de la naturaleza, el desarrollo científico y tecnológico ofrece cada vez mayores recursos para incorporarlos a la sociedad y evitarles en lo posible cualquier tipo de estigmatización dentro de ella, siguiendo un ordenamiento que puede expresarse así:

1 - El sexo asignado o reasignado a una de estas personas, debe tener el mejor pronóstico posible para: a) la reproducción; b) la actividad sexual; c) la configuración de los genitales externos, en armonía física con su cuerpo; d) el desarrollo de una identidad genérica estable.

2 - La asignación o reasignación debe hacerse tan tempranamente en la vida como sea posible, ojalá en el recién nacido, ya que el periodo crítico, el de la identificación sexual, ocurre en los primeros 18 meses de la vida.

3 - La decisión tomada por el personal de salud conjuntamente con los padres debe hacerse con la seguridad de que es la mejor posible, eliminando cualquier sentimiento de duda o incertidumbre”.

A partir de ese análisis, el doctor Ochoa critica las propuestas alternativas de ISNA o del profesor Milton Diamond, referidas en los numerales anteriores de esta sentencia, ya que

considera que “son difíciles si no imposibles de poner en práctica”. Según su parecer, la naturaleza ha impuesto dos sexos “que garantizan la supervivencia del género humano”, por lo cual, “la presencia de variables biológicas como hermafroditas, pseudohermafroditas, o niños devastados sexualmente por trauma, constituyen hechos excepcionales cuyo manejo no tiene por qué alterar el ordenamiento biológico natural”. Las intervenciones médicas deben entonces buscar la mejor opción posible para la persona, a fin de no condenarla “a la estigmatización social.” El concepto concluye entonces señalando:

“En cuanto a la propuesta de no asignarle sexo al niño hasta la pubertad o adolescencia, suena como un contrasentido. ¿Cómo es posible criar, levantar un ser humano a quien no se le llame él o ella? Cómo nos referiríamos a esta criatura? ¿Con el pronombre neutro: ello? ¿Y cómo la vestiríamos para que no se identifique con los varones ni con las niñas? Porque si lo vestimos de niña, de hecho estamos definiendo su identificación sexual. Lo mismo si lo vestimos de varón. Y si hay otros niños en casa, y otros parientes, cercanos o lejanos, cómo se van a relacionar con ... ello? ¿O será que lo aislamos de tal manera que no vea ni oiga todos aquellos mensajes audiovisuales con contenido sexual que le llegan al niño durante su crecimiento y desarrollo, como el vestido diferente de hombres y mujeres, como el tono y timbre diferentes de las voces masculinas y femeninas, como el uso de cosméticos y joyas por parte de mamá? Todo esto sumado al hecho de que todos los niños empiezan tempranamente a reconocer sus propios genitales que va a encontrar deformados o inexistentes cuando se compara con otros niños. Estos acabarían por ser niños terriblemente estigmatizados, maltratados”.

22- Con base en el anterior material probatorio, y todos los demás conceptos y documentos recibidos, la Sala Plena de la Corte entró a decidir el presente caso.

II- FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

1- La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución, en armonía con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto 2591 de 1991. Además, su examen se hace en virtud de la selección que de dicha acción practicó la sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada en el reglamento de la Corporación, y de la decisión de Sala Plena de entrar a conocer directamente el asunto debido a su complejidad e importancia constitucional.

Un asunto previo: la protección de la intimidad del menor y su familia y la publicidad parcial del proceso en curso.

2- Antes de abordar específicamente el problema de fondo, la Corte entra a estudiar la petición de la actora, quien al presentar la acción de tutela en beneficio de su hija NN solicita que este trámite judicial no sea publicado, a fin de proteger la intimidad de su hija y el sosiego de su vida familiar.

La Corte entiende la preocupación de la madre y el sentido de su petición, pues, como se verá, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la

propia peticionaria en el medio social en donde viven. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones.

Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y a fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión. Por tal razón, la parte resolutive ordena también copiar todas las pruebas científicas relevantes del proceso, siempre y cuando estas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un expediente que podrá ser consultado en la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema. De esa manera, la Corte protege la intimidad de la peticionaria, ya que no será posible su identificación, sin afectar la publicidad del proceso y el papel de esta Corporación en la unificación de la doctrina constitucional. Así, la publicación de la sentencia permite a los jueces conocer los criterios de la Corte en la materia, y las pruebas relevantes quedan a disposición de los interesados.

El difícil asunto bajo revisión

3- Una madre de una menor de siete años que presenta una forma de ambigüedad sexual, a saber: un pseudohermafroditismo masculino, solicita al juez de tutela que le permita autorizar una intervención quirúrgica destinada a remodelar los genitales de su hija, por cuanto los médicos del Instituto de Seguros Sociales (ISS) se niegan a practicar tal operación. Estos profesionales, a pesar de que recomiendan la intervención, consideran que no pueden llevarla

a cabo, ya que, según su criterio, la doctrina constitucional desarrollada por la sentencia T-477 de 1995 de la Corte Constitucional implica que los padres no pueden decidir, en nombre de los hijos, sobre la procedencia o no de estas operaciones relativas a la identidad sexual, por cuanto esa determinación sólo la puede tomar la propia persona afectada. Por el contrario, la madre considera que ella, como titular exclusiva de la patria potestad ya que el padre falleció, puede autorizar la intervención médica. Según su parecer, no es razonable ni justo esperar a que su hija tenga la capacidad jurídica y psicológica para decidir, por cuanto para ese entonces ya sería demasiado tarde, pues la menor, debido a su indefinición sexual, habría sido condenada a un desarrollo psicológico, fisiológico y social.

La mayoría de los expertos consultados por la Corte coinciden con la madre sobre la necesidad y conveniencia de esa intervención quirúrgica para el bienestar de la menor, por lo cual consideran que en estos casos los padres, de común acuerdo con un equipo médico interdisciplinario, son las personas idóneas para autorizar las operaciones, ya que estas cirugías, para ser exitosas, deben realizarse en etapas tempranas de la infancia. Otros intervinientes apoyan esa tesis, y señalan, además, que el tratamiento de la ambigüedad sexual no debería ser discutido por los jueces, ni por el derecho, por cuanto se trata de problemas de salud, que deben entonces ser regulados por la propia comunidad médica.

Por el contrario, la decisión del juez de tutela y otros conceptos incorporados al expediente se oponen a las anteriores tesis. Según su parecer, esta Corte debería precisar que los criterios adelantados en la sentencia T-477 de 1995 en un caso de emasculación accidental de un niño son igualmente aplicables a las situaciones de ambigüedad sexual, por cuanto los tratamientos médicos derivados de la asignación de sexo en estos eventos son innecesarios, invasivos, irreversibles y potencialmente dañinos. Estas intervenciones quirúrgicas y hormonales deberían entonces ser postergadas hasta que la propia persona tenga la capacidad de prestar un consentimiento verdaderamente libre e informado.

4- Como vemos, el problema por resolver en el presente caso es el siguiente: ¿los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores pueden o no autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a readecuar los genitales de un infante a quien le fue asignado un sexo masculino o femenino, después de habersele diagnosticado alguna forma de ambigüedad sexual o genital, y que no esté de por medio del riesgo de muerte?

5- A pesar de su aparente sencillez, el presente problema constitucional es muy complicado, pues involucra aspectos médicos, psicosociales, jurídicos, e incluso morales, no sólo muy complejos sino que, además, tienen un componente de sufrimiento humano que puede ser muy intenso. Así, el material probatorio y los conceptos científicos incorporados en el expediente muestran que las personas con ambigüedad sexual, así como sus familias, enfrentan una situación que es muy dolorosa, por el rechazo social a que se encuentran sujetos aquellos menores nacidos con alguna forma de ambigüedad genital o algún tipo de estado intersexual. Igualmente, el tratamiento médico dominante en esos casos no deja de tener problemas, ya que no sólo parece provocar daño en los pacientes, al menos en ciertos casos, sino que podría afectar gravemente la propia autonomía de la persona.

De otro lado, los estados intersexuales parecen cuestionar algunas de las convicciones sociales más profundas, pues la noción misma según la cual biológicamente existen sólo dos

sexos queda un poco en entredicho. Así, ¿cuál es el sexo biológico de una persona con pseudohermafroditismo masculino, como en el presente caso, que tiene sexo gonadal (testículos) y genético (cariotipo 46 XY) masculinos, pero que presenta genitales externos ambiguos y que ha sido educada como niña? Es más, esta Corporación ha debido enfrentar problemas incluso de lenguaje al tramitar este proceso puesto que el español, al igual que muchas otras lenguas, sólo prevé los géneros masculino y femenino para designar a una persona, ya que se supone que, al menos desde un punto de vista biológico, sólo existen hombres o mujeres. Sin embargo, el asunto no es tan nítido, ya que no es claro si al menor del presente caso se le debe llamar niño –pues, tanto su sexo genético como gonadal son masculinos– o niña –pues ha sido educada como mujer y sus genitales externos son ambiguos–. El lenguaje expresa entonces la dificultad del problema que enfrenta la Corte. Los casos de ambigüedad sexual o genital, conocidos en la literatura médica también como estados intersexuales, y que a veces se denominan hermafroditismo o pseudohermafroditismo, son entonces particularmente difíciles, pues tocan con uno de los elementos más complejos, misteriosos y trascendentales de la existencia humana: la definición misma de la identidad sexual, tanto biológicamente, como en el campo psicológico y social.

Finalmente, los problemas jurídicos suscitados por los estados intersexuales no sólo son difíciles sino que han sido poco estudiados y debatidos. Así, si bien existe una literatura médica importante y extensa sobre la ambigüedad sexual o genital³⁶, por el contrario la doctrina jurídica o la literatura bioética no han abordado sistemáticamente el asunto. Por ejemplo, hasta donde pudo estudiar esta Corporación, no existen precedentes jurisprudenciales en Colombia, ni en otros países, ni en instancias internacionales de derechos humanos, sobre los problemas jurídicos que plantea el tema del consentimiento en los casos de intersexualidad o hermafroditismo en menores, pues las decisiones judiciales que han desarrollado el derecho a la identidad sexual han estado vinculadas a otras situaciones diferentes, como las relativas al homosexualismo y al transexualismo³⁷.

En ese mismo orden de ideas, ni la doctrina jurídica, ni la bioética, han abordado el tema de manera sistemática, pues hasta hace muy poco tiempo se consideraba que estas intervenciones médicas, si bien presentaban dificultades técnicas y científicas muy grandes, por el contrario no parecían suscitar ningún problema moral o constitucional. Algunos ejemplos ilustran lo anterior: en su conocido manual de bioética, Elio Sgreccia dedica un largo capítulo al examen de los aspectos éticos de la modificación del sexo, pero su análisis se contrae exclusivamente al fenómeno del transexualismo, pues considera que “el problema es bastante simple cuando se trata de sujetos que revelan formas de anomalías y ambigüedades en el plano físico por la presencia simultánea de elementos anatómicos de ambos sexos (hermafroditismo y

³⁶ Ver al respecto no sólo los artículos y las referencias directamente incorporados al expediente y a esta sentencia sino además, en el anexo No 2, el listado de una centena de artículos médicos recientes suministrado por uno de los intervinientes.

³⁷ Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha abordado diversos problemas jurídicos suscitados por el transexualismo, en los siguientes casos; Van Oosterwijk v. Belgium (ECHR, 1980); Rees v. UK (ECHR, 1986); B v. France (ECHR, 1992); X, Y, & Z v. UK (ECHR, 1997); Sheffield & Horsham v. UK (ECHR, 1998). Igualmente ha analizado temas relacionados con la discriminación de los homosexuales en las sentencias del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon contra Reino Unido, del 26 de octubre de 1988 caso Norris v Irlanda y del 22 de abril de 1993, caso Modinus v Chipre. Sin embargo, no ha abordado nunca los complejos problemas derivados de los actuales tratamientos a las personas con ambigüedad genital. Afirmaciones similares se pueden hacer de los otros tribunales de derechos humanos o de las otras cortes constitucionales.

pseudohermafroditismo). En este caso la intervención quirúrgica nunca ha planteado problemas serios. (subrayas no originales)³⁸ La posición de numerosas asociaciones médicas es similar, pues regulan de manera muy detallada los requisitos para que un transexual pueda obtener una intervención hormonal y quirúrgica para cambiar de sexo, pero en general excluyen expresamente de esas normas la readecuación de los genitales de los niños hermafroditas, a las cuales consideran “prácticas médicas comunes”³⁹. Por ello, como bien lo señala Alice Dreger, experta en la historia de este tema, el tratamiento médico de las personas nacidas con estados intersexuales ha sido prácticamente ignorado por la discusión ética⁴⁰.

Este relativo consenso médico y bioético sólo parece haberse roto hace algunos pocos años, debido en gran medida a las protestas cada vez mayores de personas que fueron sometidas a esos tratamientos cuando eran menores, y que hoy consideran que fueron mutiladas sexualmente sin su consentimiento. Estas críticas encuentran sus voceros más activos en ISNA y en otras asociaciones nacionales e internacionales de personas intersexuales⁴¹, pero no se limitan a este ámbito, pues han provocado una reciente pero creciente literatura académica en contra de los actuales tratamientos médicos a la intersexualidad. Así, como lo muestran las pruebas incorporadas al expediente, en los últimos meses han aparecido o se encuentran en prensa, trabajos de historiadores de la ciencia, de filósofos éticos, de psicólogos o de pediatras urólogos que cuestionan severamente la falta de consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos y hormonales a los infantes con ambigüedad sexual⁴².

6- La Corte debe entonces tomar su decisión en un momento en el cual, si bien sigue existiendo un amplio consenso médico sobre la utilidad y urgencia de los actuales tratamientos, sin embargo también se presentan objeciones muy importantes y serias a ese paradigma. Además, estas críticas no pueden ser ignoradas en el presente debate constitucional, por cuanto no se refieren a la eventual superioridad de una técnica sobre otra para enfrentar un problema médico -debate científico que obviamente no les corresponde definir a los jueces- sino que precisamente se centran en el asunto jurídico esencial por ser resuelto: los alcances y los límites del consentimiento informado en relación con estos tratamientos.

La Corte Constitucional no sólo no niega sino que explícitamente reconoce la complejidad del asunto que debe decidir, pues, como se verá en esta sentencia, no es fácil lograr una decisión que sea satisfactoria. De un lado, las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre menores con ambigüedad genital a fin de asignarles un sexo masculino o femenino implican una tensión muy fuerte entre múltiples principios constitucionales, en especial entre los imperativos de beneficencia y de autonomía implícitos en todo tratamiento médico. Y, de otro lado,

³⁸ Elio Sgreccia. *Manuel de bioética*. México: Editorial Diana, 1996, Pág. 503

³⁹ Ver, por ejemplo, el principio No. 29 de los estándares para tratar hormonalmente y quirúrgicamente a los transexuales de la “Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association”, disponible en Internet en <http://www.lava.net/~dewilson/gender/SOC.html>.

⁴⁰ Ver Alice Dreger. “Ethical issues in the Medical Treatment of Intersexuality and “ambiguous Sex” in *Hastings Center Report*, junio de 1988, incorporado al expediente en Anexos 3 y 5.

⁴¹ Como la Asociación de Intersexuales de Nueva Zelanda, en Inglaterra existe el AISGP (Androgen Insensitivity Syndrome Support Groupo Grupo de Apoyo en casos de síndrome de insensibilidad a los andrógenos), que tiene trabajos en varios países de Europa y en Australia.

⁴² Ver los textos y conceptos de Cheryl Chase, Alice Dreger, Justice Schober y Milton Diamond, reseñados en los antecedentes. Ver igualmente el número de *The Journal of Clinical Ethics*, vol 9, num 4, de 1998, el cual contiene numerosos artículos críticos al actual manejo médico de los estados intersexuales. Fuera de los anteriores textos, existen otros escritos críticos que fueron incorporados al expediente y que serán utilizados posteriormente en la argumentación de esta sentencia.

con base en la información médica, científica y sociológica disponible, que esta Corte examinó cuidadosamente, como se constata en las amplias pruebas recolectadas por el magistrado sustanciador, cualquier decisión que se tome parece tener un costo importante en términos de sufrimiento humano o de afectación de algún principio constitucional fundamental. Estamos pues en presencia de lo que algunos sectores de la doctrina han denominado un caso que no sólo es difícil, sino que incluso es trágico, pues si bien el juez se encuentra obligado a sentenciar, cualquier decisión parece inadecuada, por lo cual es necesario llegar a aquella resolución que sea humanamente menos dolorosa y que menos afecte los principios constitucionales en juego.

La complejidad del asunto obliga entonces a la Corte a proceder cuidadosamente, paso por paso. Así, como hemos visto, el problema consiste en determinar si, en el caso de un menor con ambigüedad sexual, sus padres o sus representantes legales pueden o no autorizar una intervención quirúrgica y hormonal destinada a adecuar su cuerpo a un sexo que le es médicamente asignado. Por ende, esta Corporación comenzará por retomar y precisar sus criterios relativos al problema del consentimiento informado, no sólo en relación con los tratamientos médicos en general sino específicamente en aquellos casos en que se ven involucrados menores. De esa manera, con base en esa doctrina constitucional, la Corte entrará a abordar el problema específico que suscitan los tratamientos de los distintos estados intersexuales en infantes, para luego decidir el caso concreto planteado por la peticionaria.

Tensiones éticas y jurídicas suscitadas por los tratamientos médicos

7- La medicina plantea problemas éticos y jurídicos complejos por cuanto en muchas ocasiones las decisiones en este campo ponen en tensión principios constitucionales y morales de gran importancia. Así, desde el juramento de Hipócrates, los médicos orientan su práctica por el llamado principio de beneficencia, en su doble dimensión: es deber de estos profesionales contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficencia o *primum non nocere*). De otro lado, el perfeccionamiento de las técnicas médicas supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científicas en este campo, en favor de la población y de los futuros pacientes, pues es deber de la profesión médica producir la mayor cantidad de bienestar posible para el mayor número de individuos (principio de utilidad). En tercer término, los servicios de la medicina deben ser distribuidos de manera equitativa a todas las personas, en desarrollo del mandato según el cual todos deben tener igual acceso a los beneficios de la ciencia y de la cultura (principio de justicia). Y, finalmente, en sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (CP art. 1 y 16), toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía).

Conforme a lo anterior, la reflexión ética⁴³ ha concluido que la práctica médica se encuentra sometida a varios principios esenciales, que tienen no sólo una evidente base constitucional

⁴³ Ver, por ejemplo, y entre muchos otros, y con obvias diferencias de formulación. R.S Downie, K.C Calman. **Healthy respect. Ethics in health care**. Oxford: Oxford University Press, 1994, capítulos 3 y 4. H Tristram Engelhardt. **Los fundamentos de la bioética**. Barcelona: Paidós, 1995, capítulos 4 y 8. Tom. L. Beauchamp, James.F Childress. **Principles of biomedical ethics**. New York: Oxford University Press. 1989. Eligio Sgreccia. **Manual de Bioética**. Loc-cit. capítulo 5. María Patricia Castaño de Restrepo. **El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica**. Bogotá: Temis, 1997, pp. 362 y ss. Ver igualmente el llamado "Informe Belmont", redactado por una Comisión Presidencial creada en Estados Unidos para elaborar los principios éticos básicos que debían orientar la investigación sobre seres humanos.

sino también un claro fundamento en las normas internacionales de derechos humanos: los principios de benevolencia y de no maleficencia, englobados en muchas ocasiones bajo la denominación genérica de principio de beneficencia, que encuentran sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP art. 49), imperativo que adquiere especial trascendencia en el caso de los menores (CP art. 44). De otro lado, el principio utilitario, que se enmarca en el deber del Estado de proteger el interés general, contribuir al bienestar de la población (CP arts. 1º y 2º) y estimular el mejoramiento de la técnica y la libre investigación científica (CP arts. 70 y 71). En tercer término, el principio de justicia, que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49). Y, finalmente, el principio de permiso o de autonomía, que deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas (CP. arts. 1º, 12 y 16).

8- La complejidad de las decisiones médicas, que ha dado lugar precisamente al notable desarrollo de la bioética en las últimas décadas, deriva del hecho de que, en muchas ocasiones, estos principios se encuentran en conflicto. Así, en determinados casos, un tratamiento puede no ser benéfico para una persona, pero puede tener grandes potencialidades para hacer progresar el conocimiento y la técnica médicas, lo cual pone en tensión el principio utilitario y el principio de beneficencia, o si se quiere, muestra las posibles contradicciones que pueden surgir de los distintos roles de los profesionales de la salud, que pueden ser tanto investigadores como curadores. Igualmente, en otras ocasiones, un médico puede concluir que un paciente ha tomado una decisión que es equivocada para su salud, por lo cual experimenta la tensión entre su deber de hacer lo mejor para el bienestar de ese enfermo y la obligación de respetar al mismo tiempo su autonomía como persona.

9- Esta inevitable dimensión ética y jurídica de la actividad médica y de la investigación biológica pone ya en cuestión la objeción que algunos expertos formulan a la existencia misma del presente proceso judicial. Según esas críticas, la Corte Constitucional, ni en general el derecho ni los jueces, deberían intervenir en las decisiones relativas al tratamiento de la ambigüedad sexual, cuya dinámica y evolución deberían ser dejadas exclusivamente a la autorregulación de la comunidad médica, por tratarse de problemas técnicos, que serán resueltos por los adelantos investigativos en este campo. La Corte no puede compartir esa argumentación. Así, es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento (CP arts. 20, 70 y 71). Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos.

Ahora bien, la Corte insiste en que el punto central de la presente decisión es fundamentalmente jurídico y ético, ya que, como se verá, las objeciones a los actuales tratamientos médicos

de la ambigüedad genital no se fundan en discusiones sobre la superioridad técnica de un tratamiento sobre otro, aspecto que no compete decidir a los jueces, sino sobre la posible afectación de principios que tienen raigambre constitucional. En efecto, debe precisarse que no compete a esta Corporación autorizar o denegar “*a priori*” la práctica de intervenciones quirúrgicas en situaciones de ambigüedad genital, de manera general. Por consiguiente, el motivo por el cual esta Corporación entra a examinar el caso concreto recae específicamente en la posibilidad de un daño eventual e injustificado de los derechos fundamentales de una menor, ante una aparente omisión médica, y en la posibilidad de que la intervención quirúrgica objeto del debate sea desarrollada sin el debido consentimiento informado de los afectados. Por ende, es perfectamente natural que esta situación suscite debates constitucionales, que corresponde a esta Corte analizar y decidir.

Pluralismo y dignidad de los pacientes: la prevalencia del principio de autonomía y la necesidad del consentimiento informado

10- La pregunta obvia que surge a partir del anterior análisis es la siguiente: ¿cómo resolver las tensiones que puedan presentarse entre esos principios que gobiernan la actividad médica? No existe una respuesta fácil a ese interrogante, cuya solución depende, en general, de la ponderación del peso específico que esos principios adquieren dadas las particularidades del caso concreto. Sin embargo, esto no significa que todos estos principios tengan exactamente la misma fuerza normativa, ya que, tal y como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de permiso o de autonomía tiene una prevalencia *prima facie* sobre los otros principios concurrentes. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más importantes proyectos y convicciones personales⁴⁴.

11- Esta preferencia *prima facie* del principio de autonomía, y su obvia consecuencia -el requisito del consentimiento- tienen sólidos fundamentos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, ya que es el resultado ineludible del pluralismo de las sociedades contemporáneas y del reconocimiento de la dignidad y autonomía de la persona humana. Así, si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, “la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo”⁴⁵. Por ello esta Corte ha señalado que del “principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”⁴⁶.

Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. Por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha

⁴⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-548 de 1992, T-493 de 1993, C-221 de 1994, T-401 de 1994, T-477 de 1995, T-559 de 1995, C-264 de 1996, T-474 de 1996 y C-239 de 1997.

⁴⁵ Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ Sentencia T-401 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico No 3.1.

hecho cuya la vieja idea del derecho civil continental, así como del *Common Law*, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.

Finalmente, incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula (CP art. 7), obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento. En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Así, un médico puede considerar que frente a un determinado cáncer una quimioterapia muy intensa es la opción más recomendable por cuanto aumenta la probabilidad de supervivencia; pero el paciente puede juzgar que es más apropiado otro tratamiento, que es menos agresivo para su cuerpo, aun cuando se reduzca su posibilidad de vivir más años. Resulta inútil intentar establecer quién tiene razón sobre cuál de los dos medios terapéuticos es más benéfico, pues médico y paciente parten de una valoración distinta de dos de las dimensiones implícitas en una intervención médica para proteger la salud, la cual incluye tanto el rechazo de la agresión física como el aumento de la supervivencia en el largo plazo⁴⁷. En tales condiciones, omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses de este último y de la protección constitucional al pluralismo.

Esto muestra entonces que en las sociedades pluralistas, el requisito del consentimiento puede justificarse incluso con base en el principio de beneficencia. En efecto, la vida humana no existe en abstracto sino encarnada en seres humanos específicos. Por ello, admitir que el profesional de la salud pueda imponer a una persona un tratamiento, incluso contra su voluntad, a fin de, por ejemplo, prolongar cuantitativamente al máximo su vida biológica, no es algo que enaltece el principio de beneficencia y el deber médico de proteger la vida humana sino que por el contrario desconoce su sentido, pues las personas no sólo se preocupan por vivir más, esto es por extender su existencia biológica, sino que muchas veces su principal interés es vivir una vida que, conforme a sus propias convicciones sobre lo que es valioso en la existencia humana, tenga dignidad y sentido. Eso es precisamente lo que hace humana la vida de los humanos, por lo cual el propio sentido de qué es lo benéfico se liga a las opciones vitales de las personas.

12- Esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho

⁴⁷ Ver Tristram Engelhardt. *Op-cit*, p 321.

a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad⁴⁸. Esto explica entonces por qué el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece, de manera perentoria, que “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. Esta disposición es un desarrollo directo de las normas establecidas por el Código de Nuremberg, cuyo primer principio es precisamente que en estas investigaciones “el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial”.

13- La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial **si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia** y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente, cosa que no sucede en el presente asunto.

En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.

Las anteriores situaciones muestran entonces que la autorización explícita del paciente puede no ser necesaria en determinados casos, por cuanto el principio de autonomía puede ceder ante las exigencias normativas de los otros principios concurrentes, dadas las particularidades de la situación concreta, tal y como sucede en las emergencias médicas o eventos asimilables. El principio de autonomía tiene entonces una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización para toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia. Esto significa que el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia

⁴⁸ Ver Hans Jonas. “Al servicio del progreso médico: sobre los experimentos en sujetos humanos” en **Técnica, medicina y ética**. Buenos Aires: Paidós: 1997, pp 78 y ss.

prima facie del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente.

Las características del consentimiento informado

14- Como es obvio, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.

Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores ocasiones⁴⁹ que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, a fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica. Por ello esta Corporación ha señalado que el paciente tiene derecho a que de manera anticipada, el equipo médico le indique “los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor⁵⁰.”

Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.

15- El anterior análisis ha mostrado que, tal y como esta Corte ya lo había señalado, la “información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio”, por lo cual es “un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”. Por consiguiente, “la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28), no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)”⁵¹.

⁴⁹ Ver, entre otras, la sentencia T-401 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 3.2; sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 11.

⁵⁰ sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 11

⁵¹ Sentencia T-401 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos jurídicos 3.2.1 y 3.2.2.

Esta naturaleza normativa de principio, y no de regla definitiva, de la exigencia de obtener el asentimiento del paciente tiene también consecuencias sobre el tipo de información que debe ser suministrada por el galeno. Así, en general, como se señaló, es deber del equipo sanitario suministrar la información relevante y suficiente para que el paciente pueda decidir de manera autónoma. Sin embargo, todo tratamiento médico se realiza en condiciones de incertidumbre y las diferencias de los casos son grandes, por lo cual, tal y como esta Corte ya lo señaló, “resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos”⁵². Así, dadas las condiciones de incertidumbre, puede ser razonable que los profesionales de la salud no comuniquen detalladamente sobre algunos riesgos menores, que están ligados a ciertas terapias pero que son de muy escasa ocurrencia, por cuanto podrían alarmar innecesariamente al paciente; sin embargo, en otros eventos, un enfermo particularmente celoso de su autonomía y de la veracidad y transparencia de las relaciones humanas puede exigir una información supremamente minuciosa, la cual debería entonces serle suministrada, lo cual muestra que la situación subjetiva del paciente no puede ser ignorada por el galeno.

Igualmente, en ocasiones excepcionales, el suministro de ciertos datos relevantes puede ocasionar daños graves al enfermo, con lo cual la obtención de un genuino consentimiento informado entra en contradicción con el principio de beneficencia. Es más, en algunos de estos casos, la exigencia del consentimiento informado parece entrar en conflicto consigo misma, pues el conocimiento de ciertas características o riesgos de la terapia puede afectar tanto personalmente al enfermo, que puede llegar a minar incluso su autonomía para decidir racionalmente si acepta o no el tratamiento. En tales eventos, la situación puede ser asimilada a una emergencia, y puede entonces ser admisible que el galeno retenga aquella información que dañe gravemente al enfermo o lo angustie de tal manera que le imposibilite una elección competente. Es lo que lo que la ética médica denomina el “privilegio terapéutico”, cuya legitimidad esta Corte había aceptado, cuando señaló que “de manera similar a como la mentira piadosa puede ser una excepción a la regla que prohíbe mentir, la retención de información por motivos de dignidad humana puede estar justificada en ciertos casos”⁵³. Con todo, esta Corte precisa que este privilegio terapéutico es excepcional, por lo cual los riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico, no sólo debido a la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía sino también porque diversas investigaciones han concluido que son muy raros los casos en donde se pueda sostener que informar adecuadamente al paciente, con discreción y sensibilidad, es más peligroso para su salud que ocultarle información⁵⁴.

Tipos de tratamientos, exigencias cualificadas de consentimiento y el problema de la autonomía del paciente

17- No es pues posible, dada la complejidad de los casos concretos, formular unas reglas rígidas sobre el alcance de la información que debe ser suministrada por los médicos. Tan sólo se puede establecer una pauta, como la señalada en el fundamento jurídico 14 de esta senten-

⁵² Sentencia T-401 de 1994. Fundamento 3.2.3.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ Tal es la conclusión de la Comisión que redactó el informe Belmont. Ver Santos Cifuentes. Derechos personalísimos. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 320.

cia, la cual permite evaluar, dadas las particularidades de las distintas situaciones, si los profesionales de la salud han cumplido o no con su obligación de información. Sin embargo, tal y como esta Corte ya lo ha indicado en anteriores ocasiones, algunas características de los tratamientos inciden profundamente en el deber de revelación de parte de los médicos y en la importancia de la obtención explícita del consentimiento.

En tal contexto, y de acuerdo con la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso puede ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, “el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento⁵⁵”. Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, mientras más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.

18- En segundo término, los riesgos y la necesidad misma de los tratamientos son también relevantes en el rigor del deber médico de obtener un consentimiento informado de parte del paciente. Así, si una intervención es poco riesgosa y altamente benéfica para la persona, en general los ordenamientos jurídicos, la literatura bioética y las asociaciones médicas⁵⁶ coinciden en que las reglas para la autorización por parte del paciente son menos severas; por el contrario, si la intervención es riesgosa y sus posibilidades de provecho al paciente son bajas, es natural que se exija un consentimiento mucho más cualificado y cuidadoso de parte del paciente para autorizar la intervención médica, por lo cual, en tales eventos, el equipo sanitario debe ser mucho más escrupuloso en suministrar toda la información relevante y en evaluar la propia autonomía de la persona.

19- La necesidad misma del consentimiento y su distinta cualificación, según la naturaleza de la intervención médica, se encuentran entonces inevitablemente ligadas al problema del grado de autonomía que deben tener los pacientes para aceptar o rechazar un determinado tratamiento. En efecto, la exigencia de un consentimiento informado presupone que la persona goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento. Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria. La evaluación de la capacidad del paciente deriva entonces de la deci-

⁵⁵ Sentencia T-401 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No. 3.3.2.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, las reglas sobre consentimiento informado del centro médico de la Universidad de Michigan (University of Michigan Medical Center/Medical School), disponible en Internet en: <http://www.med.umich.edu/irbmed>, según la cual las normas que gobiernan el procedimiento para obtener el consentimiento informado son menos exigentes si el tratamiento o la investigación implican un riesgo mínimo de daño.

sión concreta que este debe tomar, pues una persona puede ser considerada competente para aceptar unas intervenciones médicas pero carecer de la suficiente autonomía para decidir otros asuntos sanitarios. Por ejemplo, un menor puede gozar de la capacidad necesaria para rechazar su participación en un experimento riesgoso, y que tiene pocos beneficios médicos para él; en cambio, esa misma persona podría ser juzgada incompetente para rechazar un tratamiento, que presenta escasos peligros y es vital para su salud.

Por tal razón, en general la práctica jurídica y la literatura bioética, en distintos países, han concluido que el grado de autonomía que se debe exigir a un paciente para aceptar o rechazar un tratamiento se encuentra íntimamente ligado a los riesgos y beneficios probables del tratamiento⁵⁷, por lo cual, siguiendo la terminología propuesta por Drane y otros autores, existe una especie de escala móvil para evaluar los umbrales de capacidad que son necesarios para tomar, de manera competente, las distintas decisiones médicas. Así, en general, no se requiere un alto grado de autonomía para que un paciente acepte de manera válida una intervención de bajo riesgo y elevado beneficio, o rechace un procedimiento muy peligroso y poco efectivo, por lo cual en tales casos las exigencias de capacidad deben ser mínimas; en esos eventos, puede ser suficiente que la persona tenga conciencia de su situación y sea capaz de aceptar, de manera expresa o tácita, el tratamiento que se le propone, para que se la considere competente para tomar esas decisiones sanitarias. Por el contrario, en el otro extremo, los estándares de capacidad son máximos cuando una persona rechaza un tratamiento muy beneficioso, seguro y de probada eficacia, o cuando acepta participar en ensayos clínicos, de beneficios muy hipotéticos y de alto riesgo; en tales eventos, el equipo médico debe ser más riguroso en la apreciación de la capacidad del paciente para comprender de manera objetiva y crítica su situación y su dolencia, y decidir de manera verdaderamente libre y auténtica, esto es, coherente con sus valores, si acepta o rechaza el tratamiento. Finalmente, existen situaciones intermedias relativas a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas en las cuales la relación entre el riesgo y el beneficio no es clara, en donde el estándar de capacidad exigido debe ser intermedio entre los dos anteriores.

20- Este análisis muestra que, según gran parte de la literatura ética y de la práctica jurídica, el grado de autonomía que se exige para tomar una decisión sanitaria depende de la naturaleza de la intervención médica, y en especial de su carácter invasivo o no, de sus posibles riesgos y de sus eventuales beneficios. Así, en un extremo, para que una persona pueda válidamente aceptar un tratamiento muy invasivo y riesgoso, y poco benéfico, es necesario que goce de plena autonomía y que su consentimiento derive de una información muy depurada. Es más, en estos casos es natural que se exijan incluso ciertas formalidades, como el consentimiento escrito, por medio de formularios especiales, y con la obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un periodo razonable de reflexión. Por el contrario, la evaluación de la autonomía es menor y menos exigente en relación con la aceptación de tratamientos probadamente benéficos, seguros y poco invasivos.

La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para adelantar válidamente un negocio jurídico,

⁵⁷ Ver, entre otros, Pablo Simón Lorda. "La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas" en Lydia Feito Grandes (ed). **Estudios de biética**. Madrid: Dykinson, Carlos III, 1997. Pp 123 y ss. Drane J.F. **The many faces of competency. Hastings Cent Report**, 1985, Abril; Drane, J.F. (1996). Competency to give an informed consent: A model for making clinical assessments. In R. Munson, **Intervention and reflection: Basic issues in medical ethics** (5th ed.), (pp. 385-389). Belmont, CA: Wadsworth Publishing.

conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo con las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud; o por el contrario, un paciente puede gozar de plena capacidad jurídica pero puede encontrarse afectado transitoriamente en el ejercicio de su juicio, de suerte que puede ser considerado incompetente para decidir un asunto médico particularmente delicado.

La Corte Constitucional no puede sino prohibir los anteriores criterios y distinciones, por cuanto ellos no sólo son coherentes con su jurisprudencia sino que, además, coinciden con los valores esenciales de nuestro ordenamiento. Así, en decisiones precedentes, esta Corporación señaló que la autonomía requerida para rechazar tratamientos necesarios para preservar la vida tenía que ser mayor que aquella que era suficiente para tomar otras decisiones existenciales importantes, como podía ser la aceptación o no de un determinado credo religioso⁵⁸. Igualmente esta Corporación reconoció que la ley podía señalar que si bien un menor adulto no era aún plenamente capaz, sin embargo tenía la facultad de decidir asuntos tan importantes, como es resolver si da o no en adopción a su hijo⁵⁹. De otro lado, la Carta está fundada en el respeto de la dignidad humana y la autonomía de la persona (CP art. 1º), pero también en la protección de la vida y la salud, como valores del ordenamiento (CP arts. 2 y 46), por lo cual esta Corte ha señalado que nuestro ordenamiento no es neutro frente a la vida y a la salud sino que claramente favorece la preservación de estos bienes, por lo cual el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, a fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí misma⁶⁰. En tales condiciones, si un paciente toma una determinación médica que es favorable a su salud y a su vida, es natural que no se exija un consentimiento y autonomía cualificados, por cuanto no sólo no se afectan esos valores del ordenamiento –la vida y la salud– sino por cuanto se puede presumir que la decisión de la persona fue libre, ya que es razonable suponer que la mayoría de las personas aprecian esos bienes y quieren protegerlos. Por el contrario, si conforme a las reglas aceptadas de la experiencia médica, la decisión sanitaria del paciente es riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor de la persona y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales casos, es válido que el equipo sanitario verifique con mayor rigor la libertad de la decisión del paciente, en el entendido de que, si la persona, de manera competente y autónoma, de todos modos asume los riesgos de aceptar o rechazar el tratamiento, esa opción debe ser respetada, incluso si tal determinación llega a poner en peligro su vida. La exigencia de este “consentimiento cualificado” en esos eventos opera entonces como una “medida de protección”, cuya legitimidad esta Corporación había admitido en condiciones muy precisas, que se cumplen en estos casos, ya que simplemente se trata de poner “a prueba la autenticidad de la decisión de una persona de asumir un determinado riesgo”, a fin de que sólo terminen enfrentando efectivamente los peligros las personas que verdaderamente querían hacerlo.⁶¹

Los tratamientos médicos a menores e incapaces, y los problemas jurídicos del “consentimiento sustituto” o por otros.

⁵⁸ Ver sentencia T-474 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵⁹ Ver sentencia C-562 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

⁶⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-239 de 1997 y C-309 de 1997

⁶¹ Sentencia C-309 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 16.

21- El anterior análisis sobre la competencia para decidir del paciente conduce naturalmente a la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando una persona no goza de la suficiente autonomía para tomar libremente una decisión sobre un tratamiento específico?

Como es obvio, la incompetencia temporal o permanente de un enfermo para decidir sobre una intervención médica no puede significar que en tales eventos los tratamientos no son posibles, por ausencia de autorización del afectado, por cuanto se estarían desprotegiendo totalmente la vida y la salud de esos individuos. Esta solución sería contraria a la Carta, pues es deber del Estado proteger la vida y la salud de las personas (CP arts. 2 y 46). Es pues lógico concluir que en tales casos adquiere una cierta prevalencia el principio de beneficencia, por lo cual el ordenamiento jurídico establece que otras personas –en general sus tutores o familiares– tienen el derecho y el deber de tomar las determinaciones necesarias para proteger la vida y la salud de quienes carecen de la autonomía necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento. La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un “consentimiento sustituto” en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir.

22- Esta situación muestra que, tal y como esta Corte ya lo había señalado⁶², si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado y un modelo de relación médico-paciente que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales, ello no significa que esté totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico el “paternalismo”, en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, la interferencia en la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente a la protección del bienestar y los intereses de la propia persona coaccionada. Es cierto que esta Corte ha preferido denominar esas formas de paternalismo legítimo como “medidas de protección de los intereses de la propia persona”, o de manera más abreviada, “medidas de protección”, por cuanto esa designación armoniza mejor con los valores constitucionales, y en especial con el reconocimiento de la persona como agente moral autónomo⁶³. Con todo, esta Corporación ha admitido la legitimidad de esas medidas, en condiciones específicas, que se dan claramente en determinados tratamientos médicos a los menores. En efecto, los niños en general no gozan de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado a muchos tratamientos médicos, pero son titulares del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, derechos que prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 44), por lo cual estas personas deben ser especialmente protegidas de las enfermedades y accidentes por su familia, por la sociedad y por el Estado. Al respecto, la Carta confiere carácter fundamental al derecho a la salud de los niños, tal y como esta Corte lo ha señalado anteriormente⁶⁴. Por consiguiente, en general es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva.

⁶² Ver, sentencia T-477 de 1995.

⁶³ Ver sentencia C-309 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 9.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, sentencia T-075 de 1996 y SU-642 de 1998.

23- Los padres y tutores pueden entonces tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de estos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional⁶⁵. El menor, ha dicho la Corte, “está bajo el **cuidado** de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de estos”⁶⁶. Por ello esta Corporación ha señalado que ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor. Así, esta Corte tuteló el derecho a la vida y a la salud de una menor, que requería ser urgentemente hospitalizada, pero sus padres se oponían al tratamiento por cuanto lo consideraban contrario a sus convicciones religiosas. Esta Corporación ordenó entonces que el tratamiento se realizara, incluso en contra de la determinación de los padres, pues era obvio que debía primar el derecho a la vida y a la salud de la menor sobre la libertad religiosa de los padres⁶⁷. Dijo entonces la Corte:

“No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que estas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona –en el caso *sub examine* una menor– como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica (art. 14 C.P.), la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

(...)

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior⁶⁸.”

De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, desde el punto de vista normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres⁶⁹. El consentimiento sustituto plantea entonces proble-

⁶⁵ Ver sentencia T-477 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ Sentencia T-411 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.2.

⁶⁷ Sentencia T-411 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 4.2.2.

⁶⁸ *Ibidem*. Consideración de la Corte 4.2.1 y 4.2.2. En el mismo sentido, en jurisprudencia comparada, ver la decisión de la Corte Suprema de Nueva York (Matter of Sampson, 29 NY2d 900; Matter of Vasko, 238 App Div 128).

⁶⁹ Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 V.S. 416 (1983), en donde admite el derecho de los menores a consentir a ciertas intervenciones médicas, incluyendo el aborto, sin el consentimiento de los padres.

mas jurídicos y éticos muy complejos, que han sido ampliamente discutidos y debatidos, tanto a nivel doctrinal⁷⁰ como en sede judicial. Una pregunta obvia surge: ¿cuáles son entonces los alcances y límites de las posibilidades de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

24- En anteriores oportunidades⁷¹, la Corte precisó que estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe directamente consentir el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio de beneficencia, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos. Con todo, la Corte ha precisado que existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.

Un análisis combinado de esos criterios permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paterna. Se respeta entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un “consentimiento orientado hacia el futuro”⁷², esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito. En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas. En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice

⁷⁰ Para una presentación del debate ético contemporáneo del consentimiento sustituto en menores y otros incapaces, ver, entre otros Tristram Engelhardt. *Op-cit.*, María Patricia Castaño de Restrepo. *Op-cit.* pp 122 y ss. Ver igualmente Paul F. Stavis. “A Practical Guide: Informed Consent for Persons with Significant Mental Disability” y “Administering Psychotropic Drugs to Minors and the Need for Informed Consent”, documentos elaborados para la “Commission on Quality of Care for the Mentally Disabled” del Estado de Nueva York, en Estados Unidos, y disponibles en Internet en <http://www.cqc.state.ny.us>

⁷¹ Ver en particular las sentencias T-477 de 1995, T-474 de 1996 y SU-642 de 1998.

⁷² Ver Gerald Dworkin. “El paternalismo” en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo (Ed) *Derecho y moral*. Barcelona : Ariel, 1990, p 156

la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (C.P. arts. 1º, 5 y 16). Igualmente, como ya se señaló, tampoco podría un padre, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando al menor en función de la libertad religiosa del padre, lo cual es contrario al deber del Estado de proteger de manera preferente la vida, la salud y la dignidad de los niños (C.P. arts. 1º, 2º y 44)⁷³.

25- Entre estos casos extremos, existen múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. E indudablemente surgen situaciones muy difíciles de decidir, en gran medida por las siguientes dos razones:

De un lado, por cuanto los criterios pueden orientar la decisión en sentidos opuestos. Así, supongamos la hipótesis de un menor, pero de edad avanzada, que decide rechazar un tratamiento invasivo pero necesario para salvar su vida. ¿Puede en tales casos el padre consentir al tratamiento en nombre de su hijo, o esa decisión corresponde exclusivamente al menor? La decisión es muy compleja, pues la edad y el carácter invasivo del tratamiento sugieren que la decisión corresponde al menor, pero el deber de protección a la vida en los niños parece legitimar la intervención paterna.

Una situación similar pero no idéntica fue abordada por esta Corporación en la sentencia T-474 de 1996, en donde tuvo que decidir si el padre de un menor, a quien faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, podía o no obligar a su hijo a aceptar una transfusión de sangre, en el marco de una quimioterapia, tratamiento que el paciente rechazaba por convicciones religiosas. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle “como consecuencia de la quimioterapia, todo lo cual demuestra la importancia que para él tiene recuperarse y mantenerse vivo.” El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud sino también para proteger “la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro”⁷⁴. Por consiguiente, en este caso, la Corte consideró que, debido a esas circunstancias, primaba el deber estatal y parental de proteger la vida del menor.

26- De otro lado, las dificultades para saber si es legítimo que los padres decidan por su hijo, derivan también del hecho de que los criterios que deben ser tomados en cuenta en estos casos no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión. Así, la urgencia y necesidad de un tratamiento no es siempre un asunto de fácil determinación, con criterios puramente técnicos, no sólo porque pueden existir posiciones encontradas en la propia comunidad científica sobre la eficacia de un procedimiento médico sino, además, por cuanto es necesario admitir que existe un cierto pluralismo sobre qué podemos entender por el mejoramiento de la salud de una persona, tal y como ya se vio en el fundamento jurídico No. 11 de esta sentencia.

⁷³ Ver supra Fundamento Jurídico No 23 y sentencia T-411 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁴ Sentencia T-474 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte 4.3.4

En ese mismo orden de ideas, tampoco es siempre evidente distinguir entre intervenciones ordinarias y tratamientos invasivos, pues esta calificación no depende únicamente de la naturaleza objetiva de la terapia sino también de los valores subjetivos del paciente. Así, algunas personas consideran que una transfusión de sangre no es un procedimiento que afecte considerablemente su autonomía, mientras que para otros individuos, esa intervención es particularmente invasiva, e incluso intolerable, por cuanto es contraria a sus convicciones religiosas más importantes.

Por último, ni siquiera la edad configura un criterio puramente objetivo ya que, debido a la distinción anteriormente señalada entre capacidad legal y autonomía para tomar decisiones sanitarias, se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es entonces gradual ya que ésta “es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”⁷⁵. Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado de autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esta Corte tiene bien establecido que la protección brindada por este derecho fundamental “es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales –se supone– son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad”. Existe pues “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas.”⁷⁶

27- El examen precedente permite nuevamente poner en evidencia la complejidad del presente caso. Así, como se explicó en los antecedentes y se analizará posteriormente en esta sentencia, la dificultad para definir si los padres pueden o no autorizar las intervenciones médicas destinadas a readecuar los genitales de un menor con ambigüedad sexual deriva, en primer término, de la creciente discusión sobre la necesidad, urgencia y riesgos de esos tratamientos. Y, en segundo término, incluso conforme a los cánones médicos actuales, estas cirugías plantean una tensión muy fuerte entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia. Así, esta Corporación ha señalado que en general corresponde a la propia perso-

⁷⁵ Sentencia T-474 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte 4.1.3. En el mismo sentido, ver sentencias T-124 de 1998 y SU-642 de 1998.

⁷⁶ Sentencia SU-642 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No. 6.

na definir su identidad sexual⁷⁷, por lo cual la protección a la autonomía sugiere que esas intervenciones hormonales y quirúrgicas debían ser postergadas hasta que el paciente pueda prestar un consentimiento informado; sin embargo, según muchos galenos, esa espera tiene no sólo efectos psicológicos graves sobre el menor sino que además reduce considerablemente las posibilidades de éxito de los procesos de identificación sexual y de género de la persona, por lo cual, conforme al principio de beneficencia, parece necesario asignar el sexo y realizar las correspondientes intervenciones médicas lo más rápido posible.

28- Con base en los anteriores elementos, entra entonces la Corte a analizar si la madre puede o no autorizar, en el presente caso, las intervenciones quirúrgicas y hormonales recomendadas por el médico tratante, para lo cual resulta ineludible resumir brevemente en qué consisten los estados intersexuales y las recomendaciones terapéuticas formuladas y adelantadas por la profesión médica, así como las objeciones planteadas por antiguos pacientes y por algunos sectores de la comunidad científica.

Los estados intersexuales y los tratamientos médicos dominantes

29- La sexualidad⁷⁸ es un fenómeno de enorme complejidad, por cuanto se proyecta en distintas dimensiones. Así, desde el punto de vista social, la sexualidad hace referencia a los diversos papeles que los patrones socio-culturales existentes asignan a los diferentes sexos.

⁷⁷ Sentencia T-477 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁸ Estos apartes científicos de la sentencia se basan en la literatura médica y en las pruebas incorporadas al presente expediente, las cuales, con el fin de aligerar la exposición, serán citadas únicamente cuando sea estrictamente necesario. La Corte aprovecha para agradecer a todos los profesionales de la salud y científicos, nacionales e internacionales, que remitieron sus conceptos a esta Corporación a fin de ilustrarla sobre el complejo tema de la ambigüedad sexual, a saber, a nivel nacional, a los profesores Orlando Acosta, Efraín Bonilla Arciniegas, Mauricio Col Barrios, Alejandro Giraldo, Luis Eduardo Jaramillo González, María Cristina Torrado Pacheco, todos ellos de la Universidad Nacional. Igualmente al profesor Martín Restrepo Fernández de la Universidad del Rosario, y a los profesores Jaime Alvarado Bestene y Ricardo Alvarez Botero de la Universidad Javeriana. Igualmente al profesor Gustavo Malo Rodríguez de la Universidad Nacional y representante de la Sociedad Colombiana de Urología y a los profesores María Cristina Villegas y Augusto Pérez de la Universidad de los Andes. También la Corte agradece al Dr. Bernardo Ochoa Arizmendy y a Roberto de Zubiría Consuegra, Presidente de la Academia Nacional de Medicina. Y a nivel internacional, la Corte agradece su colaboración a Cheryl Chase, Directora Ejecutiva de Intersex Society of North America, ISNA; a Milton Diamond, Doctor e investigador de la Universidad de Hawaii; a Alice Domurat Dreger, Profesora de Ética e Historia de la Universidad de Michigan; a Heino Meyer-Bahlburg, Profesor de Psicología Clínica del Programa de Desarrollo Sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia en los Estados Unidos; a Friedemann Pfaffin, Profesor de la Universidad de Ulm en Alemania; a Justine Schoberg, Pediatra Uróloga del Hamot Medical Center de Pennsylvania; y a Garry L. Warne, Director de endocrinología y diabetes del Centro de Investigación Hormonal del Royal Children's Hospital de Australia.

Fuera de los conceptos de los anteriores expertos, todos incorporados al expediente y reseñados en los antecedentes de esta sentencia, la Corte tuvo en cuenta, entre otros textos, la siguiente bibliografía especializada sobre los tratamientos de la ambigüedad genital, que se transcribe en orden alfabético: Coventry, Martha. "Finding the words" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Chase, Cheryl. "Special issue on intersexuality" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Christopher J. Dewhurst y Ronald Gordon. **Estados Intersexuales**. Barcelona: Editorial Pediátrica, 1970. Diamond, Milton. "Prenatal disposition and the clinical management of some pediatric conditions" en **Journal of Sex and Marital Therapy**. 1996. 22; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Sex Reassignment at Birth: A Long Term Review and Clinical Implications" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 150; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Commentary: Management of Intersexuality: Guidelines for dealing with persons with ambiguous genitalia" en el **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 151. Dreger, Alice Domurat. "Listening to Hermaphrodites: Ethical Challenges to the Medical Treatment of Intersexuality". East Lansing Michigan: Center for Ethics and Humanities in the Life Sciences. 1997. Dreger, Alice Domurat. "Ethical Issues in the Medical Treatment of Intersexuality and "Ambiguous Sex", edición impresa de un artículo publicado en **Hastings Center Report**. Mayo-junio de 1998. Dreger, Alice Domurat. **Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex**. Cambridge: Harvard University Press. 1998. Fausto-Sterling, Anne. "The Five Sexes: Why Male and Female are not Enough" en **The Sciences**. 1993. 33 (2) : 20-25. Fausto-Sterling, Anne, and Bo Laurent. **Early genital surgery on intersexual children: A re-evaluation**. mimeo. 1994. C.G Hadjathanasiou et al. "True hermaphroditism: genetic variants and clinical management" en **The**

Es lo que algunos autores denominan los roles de género. Sicológicamente, la sexualidad alude no sólo a la identidad que al respecto se forman los seres humanos, sino que tiene además aspectos comportamentales, ligados a la orientación afectiva que tienen los individuos por personas de determinado sexo. Y finalmente la sexualidad tiene una clara dimensión biológica.

En general, la mayor parte de las teorías admiten que las dimensiones sociales y psicológicas de la sexualidad son variables, pues se encuentran condicionadas por la evolución de los valores sociales e individuales. Un ejemplo puede ser la valoración que en el pasado se daba a los comportamientos homosexuales, los cuales estuvieron sujetos a formas muy intensas de marginación, que son hoy inaceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues no sólo desconocen los avances de las teorías psicológicas en este campo, que han mostrado que la homosexualidad es una variación en la preferencia sexual, y no una enfermedad, sino además porque la exclusión social y política de esas personas vulnera, tal y como esta Corte lo ha señalado en anteriores ocasiones⁷⁹, valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, como son el pluralismo y el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP arts. 1º, 13 y 16). Esta variabilidad de las dimensiones sociales y psicológicas de la sexualidad suele entonces contraponerse a la diferencia estrictamente biológica entre los sexos, que se considera más fija y estable, por lo cual muchos autores reservan la expresión “género” para referirse a los cambiantes aspectos sociales, psicológicos y culturales de la sexualidad, mientras que emplean la expresión “sexo” para aludir a sus componentes biológicos, supuestamente más objetivos, fijos y claros. Sin embargo, lo cierto es que incluso desde el punto de vista estrictamente biológico, la sexualidad tampoco es unívoca, pues comporta diversos aspectos. En efecto, la literatura médica habla del sexo cromosómico o genotípico, que es aquél que se encuentra determinado genéticamente en la concepción, y corresponde a los cromosomas sexuales: XY para el varón y XX para la mujer⁸⁰. Igualmente existe el sexo gonadal, que es definido por la naturaleza de las glándulas

Journal of Pediatrics. Noviembre 1994. Heino F.L Meyer-Bahlburg et al. “Gender change from female to male in classical congenital adrenal hyperplasia” en **Hormones and Behavior** 30, 1996. Heino F.L Meyer-Bahlburg. “Gender identity development in intersex patients” en **Child and Adolescent Psychiatry Clinics for North America** Vol 2, No 3, 1993. Kessler, Suzanne. **Lesson from the Intersexed**. New Jersey: Rutgers University Press. 1998. Mary Min-Chin Lee. “Clinical management of intersex abnormalities” en **Current Problems in Surgery**. Vol XXVII, No 8, agosto 1991. J. Money y A.A Ehrhardt. **Man and Woman, Boy and Girl**. Baltimore, Md: John Hopkins University Press, 1972; Breilly, Justine M., and C.R.J. Woodhouse. “Small Penis and the Male Sexual Role” en **Journal of Urology**. 1989. 142: 569-571. Reiner, William. “To be male or female – that is the question” en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 224-5; Reiner, William. “Sex Assignment in the Neonate with Intersex or Inadequate Genitalia” en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 1044-5; Schober, Justine M. “Long Term Outcomes of Feminizing Genitoplasty for Intersex” en **Pediatric Surgery and Urology: Long Terms Outcomes**, edited by P. Mouriquant., London. 1998. Garry L. Warne. “Advances and challenges with intersex disorders”, edición impresa de un artículo publicado en **Reproduction, fertility and development**, 1998.

La Corte también consultó todo el número de **The Journal of Clinical Ethics**, Vol 9, Num 4, de 1998, el cual está dedicado integralmente al debate sobre el manejo médico de los estados intersexuales. Los artículos de esta revista serán citados posteriormente en esta sentencia, en caso de que sean directamente utilizados por la Corte. Finalmente, la Corte también tuvo acceso a la película “Hermaphrodites Speak”, filmada por ISNA en 1996, y que presenta testimonios personales de varios hermafroditas.

⁷⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-491 de 1998, T-101 de 1998, C-098 de 1996 y T-539 de 1994.

⁸⁰ Pero incluso genéticamente, la cuestión es todavía más compleja, ya que algunos autores distinguen entre el sexo genético y el sexo cromosómico. El primero hace referencia a la presencia o ausencia de la secuencia genética que es necesaria para que exista desarrollo testicular. En cambio, el sexo cromosómico se define por la existencia del cromosoma Y para los hombres o X para las mujeres. Esos dos aspectos en general coinciden, puesto que el factor que provoca la formación de los testículos es el gene SRY, que se encuentra usualmente en el cromosoma Y. Sin embargo, existen casos reportados de individuos XX, con testículos, y apariencia totalmente masculina, en donde el gene SRY se ha trasladado a otro cromosoma. En tales eventos, el sexo cromosómico y el genético dejan de coincidir, y una persona XX puede tener todos los rasgos masculinos. Ver Bruce Wilson, William Reiner, “Management of intersex: a shifting paradigm” en **The Journal of Clinical Ethics**, Vol 9, No 4, 1998, p 360.

sexuales y de los órganos reproductores internos, a saber, los testículos para el hombre y los ovarios para la mujer. En tercer término, y directamente ligado a lo anterior, también se habla del sexo hormonal o endocrinológico, según si predominan en las personas las hormonas masculinas (andrógenos) o femeninas, como los estrógenos. En cuarto término, la apariencia o el fenotipo, permite diferenciar entre hombres y mujeres, en especial por la forma de los genitales externos, pues los hombres presentan pene y escroto, mientras que las mujeres poseen vagina y labios. Y finalmente, la biología toma en cuenta también otros rasgos fenotípicos, o de apariencia, secundarios, pues existen algunas características típicamente masculinas –como la barba– y otras femeninas –como el crecimiento de los senos– Así las cosas, en la mayoría de los casos, las personas tienen una sexualidad biológica definida ya que estos distintos componentes coinciden. Un hombre tiene un cariotipo XY, testículos, y pene y escroto, produce predominantemente andrógenos, y desarrolla rasgos generales masculinos, mientras que la mujer es XX, posee ovarios y vagina, sus hormonas son fundamentalmente estrógenos, y presenta rasgos generales femeninos. En cambio, existe ambigüedad sexual o genital cuando, por alguna causa, no existe coincidencia entre tales componentes y, en especial, cuando los genitales externos no pueden ser directamente clasificados como masculinos o femeninos, y por ello no existe claridad para asignar un sexo específico al recién nacido.

31- Estos trastornos del desarrollo y de la diferenciación sexual, que en general la literatura médica caracteriza como “estados intersexuales”, suelen clasificarse, desde finales del siglo pasado, en tres grandes grupos. De un lado, encontramos los llamados “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un “ovotestes” (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los “pseudohermafroditas masculinos”, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambiguos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de “pseudohermafroditismo femenino”, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambiguos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas.

32- Esta clasificación entre hermafroditas y pseudohermafroditas es la más usual entre la comunidad médica y en la literatura académica sobre el tema, aunque algunos autores critican estas denominaciones pues consideran que son un producto ideológico, y no una verdadera construcción científica. Así, en su historia sobre los tratamientos médicos de la ambigüedad genital, Alice Dreger⁸¹ sostiene que estas denominaciones fueron inventadas por los médicos en el Siglo XIX, durante la época victoriana, con el fin de tratar de probar que, a pesar de la apariencia de ambigüedad genital de ciertas personas, en el fondo existían sólo dos sexos. Con ello se buscaba preservar los patrones culturales de esas sociedades, que estaban basados en una rígida división de papeles entre los hombres y las mujeres, la cual se veía amenazada por la presencia de personas que aparentemente tenían un sexo indefinido. Los médicos victorianos

⁸¹ Ver Alice Dreger. Hermaproditas and the Medical Invention of Sex. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

creyeron entonces encontrar que el sexo “verdadero” era el determinado por la naturaleza del tejido gonadal. De esa manera, argumenta Dreger, como los casos de hermafroditismo verdadero son raros, entonces se podía sostener que existían sólo dos sexos biológicos, pues los pseudohermafroditas no eran verdaderamente hermafroditas, sino machos mal virilizados o hembras virilizadas, con lo cual quedaba protegida la rígida división de tareas sociales entre hombres y mujeres. Sin embargo, según Dreger, esa clasificación es hoy muy discutible, en términos científicos, pues no sólo deja de lado el sexo cromosómico sino que, además, sus consecuencias parecen absurdas en algunos casos. Por ejemplo, no parece lógico caracterizar como un “hombre mal virilizado” a una persona que tiene testículos pero que, debido a una insensibilidad absoluta a los andrógenos, tiene una apariencia totalmente femenina y ha adquirido una identidad y un comportamiento igualmente femeninos⁸².

Con todo, la distinción entre hermafroditismo y pseudohermafroditismo sigue siendo no sólo ampliamente aceptada sino que además es útil para describir la complejidad de los estados intersexuales, y por ello la Corte la utilizará en esta sentencia. De otro lado, existen también otras situaciones que pueden provocar una cierta ambigüedad genital y son tratadas médicamente en forma similar a los casos de hermafroditismo, aunque no corresponden en estricto sentido a las clasificaciones antes descritas, e incluso algunos textos no las incluyen dentro de los “estados intersexuales” en estricto senso. Tal sucede con las llamadas “hipospadias”, que son dolencias de distinta gravedad o intensidad, y que se caracterizan porque en ciertos hombres, el orificio de salida de la uretra (el meato urinario) no se encuentra situado en la punta del pene, sino que se localiza en otros sitios, o puede ser muy abierto, por lo cual puede incomodar la evacuación de la orina, generar infecciones recurrentes y dar la apariencia de genitales ambiguos. Igualmente, ciertas personas de sexo genético (XY), gonadal (testículos) y hormonal (predominancia de los andrógenos) claramente masculinos, tienen, conforme a ciertos parámetros médicos, un pene demasiado pequeño o “micropene”, que se considera que no puede llegar a ser funcional. Estos casos son entonces considerados y tratados médicamente también como una forma de ambigüedad genital. Igualmente, algunas personas cromosómicamente femeninas (XX), con ovarios y predominio de estrógenos, presentan, sin embargo, un clítoris que es considerado, de acuerdo a los criterios médicos dominantes, demasiado grande (“megaclítoris”), por lo cual es recomendado un tratamiento similar a los casos de hermafroditismo o pseudohermafroditismo.

Debido a lo anterior, muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos” en estricto sentido, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia tiene sin lugar a dudas un importante valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante⁸³. Así, una persona XY, con una insensibilidad absoluta a los andrógenos, tendrá genitales externos que no son ambiguos sino totalmente femeninos, por lo cual le asignarán inequívocamente ese sexo, a pesar de que su sexo cromosómico y gonadal es masculino. Igualmente, un hombre con un micropene es

⁸² Sobre en que consiste la insensibilidad a los andrógenos, ver supra, en los antecedentes, el párrafo No. 10.2. Ver igualmente el fundamento jurídico siguiente de esta sentencia.

⁸³ Ver, entre otros, Gary Warne. *Advances and challenges...* Loc-cit. p 6

biológicamente masculino, pero la apariencia de sus genitales no sólo puede provocar dificultad en la asignación del sexo, sino que, además, los médicos suelen recomendar en estos casos un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos.

Por ende, en estricto sentido, conviene a veces distinguir entre estados intersexuales, formas de hermafroditismo, ambigüedad genital y ambigüedad sexual; sin embargo, en la medida en que, a pesar de esas diferencias científicas, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por economía de lenguaje y para no hacer excesivamente pesada la exposición, la Corte no distinguirá entre estas distintas condiciones, salvo cuando sea estrictamente necesario. Esto significa que en ocasiones la sentencia podrá calificar genéricamente de hermafroditas o intersexuales a personas que, en sentido estricto, no lo son, sino que tienen una apariencia que los médicos podrían denominar de ambigüedad genital, como un micropene o un megalclítoris.

33- Las causas de los trastornos que generan la ambigüedad genital y los estados intersexuales son muy variadas y se relacionan con aspectos genéticos, efectos hormonales intrínsecos en el embrión, o incluso algunas influencias externas durante el desarrollo embrionario. Para comprender su lógica, es necesario tener en cuenta que el proceso de diferenciación sexual es gradual. Así, primitivamente existe una gónada indiferenciada. Igualmente, en las primeras semanas de gestación, el embrión internamente posee tanto los conductos de Wolff, que producirán los órganos masculinos, como los de Muller, que dan origen a los órganos femeninos. Y externamente, existe una estructura anatómica común, el tubérculo genital, que puede dar lugar tanto a la formación del pene y del escroto, como al desarrollo de la vagina y de los labios. De manera muy esquemática, la fecundación determina el sexo genético y cromosómico del embrión, de manera tal que si el cariotipo es XY, la gónada primitiva se convierte generalmente en tejido testicular, y si es XX dará lugar a los ovarios. A su vez, los testículos producen hormonas masculinas (andrógenos), cuya presencia determina la formación de los órganos sexuales masculinos y bloquea el desarrollo de las estructuras femeninas; por el contrario, en caso de que esos andrógenos no actúen, entonces el embrión tiende a desarrollar órganos femeninos, que es lo que a veces se denomina el "principio de Eva", según el cual, la naturaleza tiende a formar órganos sexuales externos femeninos, salvo que exista una descarga de andrógenos que provoque la diferenciación y formación de los genitales masculinos.

En síntesis, todo embrión tiene originariamente la capacidad de desarrollar órganos sexuales tanto masculinos como femeninos. El resultado del proceso depende entonces, en primer término, de la formación del sexo genético y cromosómico, en el momento de la fecundación; en segundo término, del establecimiento del sexo gonadal; y finalmente, de las hormonas masculinas, cuya acción determina el desarrollo de genitales masculinos y cuya ausencia provoca una genitalidad femenina. En tales condiciones, una alteración importante de esos procesos provoca irregularidades en la diferenciación sexual y causa entonces genitales ambiguos.

Ahora bien, en ciertos casos, la propia formación del sexo cromosómico puede sufrir trastornos, tal y como ocurre en los llamados síndromes de Turner o Klinefelter, en donde el cariotipo es XO y XXY respectivamente. En otros eventos, el cariotipo de la persona es XX (femenino) o XY (masculino), pero por diferentes causas, puede no producirse una diferenciación gonadal ordinaria. Así, puede ocurrir que no sea posible determinar si se trata de tejidos

testiculares u ováricos, como sucede en la llamada disgénesis gonadal o, en otros casos, el individuo desarrolla simultáneamente ambos tejidos gonadales, como sucede en los llamados hermafroditismos verdaderos. En casi todos estos eventos, los genitales externos suelen ser más o menos ambiguos.

En otras situaciones, la diferenciación sexual sigue los patrones corrientes hasta el estado gonadal: el embrión tiene un sexo genético definido y las gónadas se forman de acuerdo al mismo, de suerte que los embriones XY desarrollan testículos y aquellos con cariotipo XX producen ovarios. Sin embargo, en los procesos ulteriores ocurren alteraciones que generan también ambigüedad genital y los llamados pseudohermafroditismos. Así, algunos embriones “masculinos”, esto es, con cariotipo XY y testículos, no desarrollan genitales masculinos básicamente por dos razones: de un lado, por cuanto pueden existir dificultades enzimáticas que obstaculizan la formación de los andrógenos (testosterona y distestosterona) necesarios para la virilización de los genitales, que es la situación que parece afectar a la petionaria, por cuanto la historia clínica habla de problemas en la “síntesis de la testosterona”. Es lo que técnicamente se conoce como una “deficiencia en la 5-alpha reductasa”. En otros casos, los testículos producen normalmente los andrógenos pero, en general por razones genéticas, los receptores de esas hormonas tienen irregularidades. Existe entonces una insensibilidad a los andrógenos, que si es parcial, produce genitales ambiguos, y que si es total, origina una persona con apariencia externa totalmente femenina, a pesar de que su cariotipo sea XY y que, en vez de ovarios, tenga internamente testículos.

Por otra parte, muchos casos de pseudohermafroditismo femenino se deben a que una persona con cariotipo XX es sometida, durante la fase embrionaria, a la acción de andrógenos que generan una cierta virilización, con lo cual adquiere también genitales ambiguos. El caso más usual es la llamada “hiperplasia suprarrenal congénita”, en donde también por un déficit enzimático, la glándula suprarrenal produce cantidades importantes de testosterona (hormona sexual masculina por excelencia), la cual durante la vida embrionaria y fetal, afecta los genitales externos modificándolos hacia un aspecto masculino. Otros casos de pseudohermafroditismo femenino han sido ocasionados por factores externos, en especial por la administración de andrógenos -como la prolactina- a la madre durante el embarazo, lo cual puede provocar la virilización de embriones con cariotipo XX y ovarios.

34- Según la literatura médica, es muy difícil establecer la frecuencia de estas anomalías en la diferenciación sexual. Sin embargo, algunos de los conceptos médicos reunidos como pruebas señalan que podría haber un caso por cada dos mil nacidos, lo cual significaría que unos 20.000 colombianos presentan trastornos de este tipo. Según otras investigaciones, la situación es menos frecuente, pues consideran que podría haber uno por cada veinte mil personas, mientras que otros conceptos científicos sugieren todo lo contrario, esto es, que el número podría ser incluso mucho mayor. Así, en 1993, un texto de ginecología estimaba que los casos en donde la asignación de sexo era dudosa podían llegar a 1 por cada 500 nacimientos⁸⁴.

Esta diversidad de opiniones se explica, entre otras cosas, por la ausencia de criterios totalmente objetivos para determinar qué se entiende por ambigüedad genital y estados

⁸⁴ Ver Ethel Sloane. **Biology of women**. Albany: Delmar Publishers, 1993, p 168, citado por Alice Dreger. **Ethical issues in the medical**- Loc-cit.

intersexuales. Así, la hipospadía, esto es, el hecho de que el meato urinario no se encuentre en la punta del pene, es relativamente frecuente, pues puede afectar a uno por cada 120 varones, o puede incluso aquejar a un número superior⁸⁵. Sin embargo, no es claro hasta qué punto una hipospadía puede ser tan severa que deba ser calificada como un caso de ambigüedad genital, de suerte que “la condición de algunos pacientes puede ser diagnosticada como hipospadía perineal por un médico, mientras que para otro se trata de una ambigüedad genital”⁸⁶. Con todo, y a pesar de la incertidumbre sobre la cifra exacta, una cosa es clara: la ambigüedad genital no es corriente, pero tampoco es absolutamente excepcional, como a veces se cree, por lo cual puede afectar a un número importante de colombianos.

35- En ciertos casos, la ambigüedad genital se encuentra asociada a dolencias físicas que pueden ser muy graves. Por ejemplo, la hiperplasia suprarrenal congénita, que es, según algunos estudios, la causa más usual de pseudohermafroditismo femenino, tiende a generar agudos desequilibrios metabólicos –a nivel de las sales– que deben ser atendidos de manera urgente, ya que pueden incluso ocasionar la muerte de los infantes de muy corta edad. En otros casos, una hipospadía muy severa puede provocar no sólo graves incomodidades y dificultades urinarias sino que también genera infecciones recurrentes. Igualmente, algunas situaciones de pseudohermafroditismo masculino aumentan, a veces en forma sensible, las posibilidades de que los testículos puedan generar cáncer. Por su parte, el síndrome de Turner, que en ocasiones provoca ambigüedad genital, también puede provocar, en algunos eventos, problemas cardíacos, del hígado o de tiroides, que afectan la salud de la persona.

Ahora bien, en los casos en donde un estado intersexual se encuentra vinculado a dolencias físicas o a amenazas graves a la salud física o la vida de la persona, no existen en general cuestionamientos éticos ni jurídicos relacionados con que los padres autoricen las intervenciones médicas destinadas exclusivamente a enfrentar esas afecciones, puesto que claramente se cumplen los requisitos señalados en los fundamentos jurídicos No. 23 y ss. de esta sentencia, para que sea legítimo un consentimiento sustituto de parte de los representantes de los menores. La Corte precisa entonces que el problema constitucional planteado por el presente caso no deriva de los anteriores eventos sino de aquellas situaciones en donde la ambigüedad genital no se encuentra ligada a ninguna dolencia física grave, ni a un riesgo a la vida o a la salud, pero en donde, sin embargo, los médicos consideran que es necesario remodelar, por procedimientos quirúrgicos y hormonales, los genitales del menor a fin de ajustar su apariencia a un sexo que le fue asignado. En efecto, es en esta última hipótesis en donde aparecen conflictos constitucionales y éticos muy agudos, pues algunos cuestionan esas intervenciones quirúrgicas y hormonales, por provocar daños en el paciente y desconocer, injustificadamente, la autonomía del menor. Entra pues la Corte a examinar los fundamentos, las características y los cuestionamientos que suscitan los tratamientos médicos destinados exclusivamente a readecuar la apariencia de los genitales en los casos de ambigüedad sexual.

⁸⁵ Esa es la cifra presentada por Sutart R. Kupfer *et al* “Male pseudohermaphroditism” en *Seminars in Perinatology*, 1992, No 16, p 325, citado por Alice Dreger. **Ethical issues in the medical...** *Loc cit*. Pero otros estudios consideran que la hipospadía puede ser mucho más usual. Así, un estudio mostró que en una muestra que podía ser considerada aleatoria, casi el 45% de los hombres examinados presentaba una forma u otra de hipospadía. Ver Fitcher *et al* “Analysis fo meatal location in 500 men: wide variation questions need for meatal advancement in all pediatric anterior hypospadias cases” en *Journal of Urology*. Vol. 154, 1995.

⁸⁶ Ver Gary Warne. *Op cit*, p. 3.

Los tratamientos médicos de la ambigüedad sexual: fundamentos y características.

36- Como hemos visto, la ambigüedad genital como tal no produce, en general, dolencias físicas, ni riesgos para la salud o para la vida de la persona. Por ello, en épocas anteriores, cuando las consultas médicas eran menos usuales, y cuando no existían unos estándares muy definidos sobre las características masculinas o femeninas de los órganos genitales, muchos casos que hoy serían diagnosticados y tratados como ambigüedad sexual, no eran ni siquiera detectados. Además, en ciertas sociedades, y en otros periodos de la historia, el hermafroditismo no ha generado rechazos sociales ni marginaciones, e incluso algunas culturas valoran positivamente la ambigüedad genital, por cuanto consideran que esas personas tienen una sabiduría especial, en la medida en que comparten ciertos rasgos de ambos sexos⁸⁷.

Sin embargo, en los últimos tiempos, en nuestras sociedades, el hermafroditismo ha provocado formas agudas de rechazo social, lo cual puede explicar que, desde los años cincuenta, y a partir de los trabajos desarrollados por John Money en la Universidad John Hopkins de los Estados Unidos, la comunidad médica de la mayor parte de nuestros países haya concluido que la ambigüedad genital era una dolencia médica, que requería un tratamiento urgente; por razones psicosociales⁸⁸. Muy esquemáticamente, las bases conceptuales de ese paradigma son las siguientes: en nuestras sociedades, basadas en la idea de que biológicamente existen sólo dos sexos, para los padres resulta traumático y frustrante tener un infante; al cual no puedan llamar ni niño, ni niña, lo cual puede provocar un rechazo parental al recién nacido; que es grave para su desarrollo psicológico y afectivo. De otro lado, para el propio menor, la indefinición en cuanto a su identidad sexual y de género, muy seguramente le provocará en el futuro problemas psicológicos graves de adaptación a su entorno. Además, la apariencia "extraña" de sus genitales puede generar al niño o al adolescente rechazos y burlas, a veces muy crueles, de parte de sus compañeros, lo cual tiene también efectos psicológicos traumáticos. Por ende, conforme a este razonamiento, resulta necesario asignar lo más rápidamente posible un sexo definido al menor, no sólo para tranquilizar a los padres, a fin de que estos puedan brindar a su hijo el amor y el apoyo que le son necesarios, sino también para asegurar al infante una identidad de género sólida, que le permita desarrollarse psicológicamente en forma adecuada y saludable. Por ello, como lo señalan algunos autores, la ambigüedad genital es una

⁸⁷ Así, existe un estudio antropológico que trae la referencia de un pueblo en Nueva Guinea que caracteriza como pertenecientes a un "tercer sexo" a los individuos con genitales ambiguos, debido a la deficiencia de 5alfa reductasa. (Ver Herdt G "Mistaken sex: Culture, Biology and the Third Sex in New Guinea" en G Herdt (ed.) **Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History**. New York: Zone Books, 1994; citado por Gary Warner. *Op'cit.*). Igualmente, entre los Navajos, en Estados Unidos, los hermafroditas son designados jefes de familia y controlan la propiedad familiar porque se considera que "ellos saben todo". Ver C Elliot, "Why Can't we go on as Three?" en *Hastin Center Report* 28, No. 3, mayo-junio 1998, p 37; citado por Edmund G. Howe. "Intersexuality: what should care providers do now?" en *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 9, No. 4, p. 344. Sobre otras actitudes culturales no discriminatorias frente al hermafroditismo, ver igualmente, Will Rosecoe. "Bibliography of Berdache and Alternative Gender Roles among North American Indians" en *Journal of Homosexuality*, 1987, No 3-4.

⁸⁸ La influencia decisiva de los trabajos de Money es reconocida tanto por los críticos como por los defensores del actual manejo médico. Así, entre los críticos, Susanne Kessler sostiene que las concepciones de Money han generado en este campo "un consenso que rara vez se encuentra en la ciencia" (Ver **Lessons from the intersexed**, *Loc. cit.*, p. 136). Y entre quienes apoyan, aunque con algunas reservas, el actual paradigma, Meyer-Bahlburg señala que esa estrategia médica se basa en las recomendaciones de Money a mediados de los años cincuenta, y que gran parte de la literatura de referencia proviene de Money y su equipo. (Ver Heino Meyer-Bahlburg. **"Gender change from female"**, *Loc. cit.*, p. 319). Los expertos colombianos, aunque no siempre citan directamente los trabajos de Money, fundan sus análisis en las concepciones de este autor.

urgencia médica, pero no debido a dolencias o a amenazas a la vida o a la salud física, sino por razones psicosociales⁸⁹.

Ahora bien, y es en este punto en donde las teorías de John Money resultan importantes, estos tratamientos suponen que así como los embriones pasan por un estado de indiferenciación sexual, los seres humanos, al nacer, tienen, desde un punto de vista psicológico, una indiferenciación de género, esto es, el recién nacido no tiene una identidad definida como hombre o como mujer, ni existe una predisposición genética a que obligatoriamente adquiera una de ellas. Según este enfoque, la formación de una identidad masculina o femenina no está determinada biológicamente sino que depende de factores sociales que se desarrolla en los primeros dos años de vida⁹⁰. En este proceso es entonces decisivo el trato de género que los padres y el entorno social dan al menor, así como la apariencia de sus genitales externos, puesto que esta condiciona a su vez ese trato social y la propia imagen que la persona se hace de sí misma. Así las cosas, estos primeros dos años son considerados el periodo crítico para que las intervenciones médicas tengan éxito.

Las recomendaciones médicas derivan naturalmente de los anteriores supuestos: es necesario entonces que los médicos asignen, en los primeros días de vida, un sexo al menor que adolece de ambigüedad genital y que procedan muy rápidamente, esto es, de ser posible en las siguientes semanas, a intervenirlos quirúrgicamente para adecuar la apariencia de sus genitales a ese género que le fue atribuido. Igualmente, resulta imprescindible que los padres traten al niño, sin ninguna ambigüedad, conforme al género asignado, para que de esa manera el menor adquiera una identidad sexual definida. Todo este tratamiento se acompaña también del posterior suministro de las hormonas correspondientes, no sólo para adecuar la apariencia de la persona, y en especial de sus genitales, al género asignado, sino también para sustituir la carencia de hormonas derivada de la extirpación que, en algunos casos, se realizan de las gónadas del menor, cuando estas no corresponde al sexo que le fue atribuido.

37- Los criterios para la asignación del sexo no son unívocos, lo cual puede llevar a que, en determinados casos, existan agudas controversias dentro del equipo médico encargado de tomar esas determinaciones. Con todo, habría que distinguir dos situaciones diversas: los casos de los menores de pocos meses y aquellos de personas que son tratadas cuando tienen varios años. En el segundo evento, el género que le ha sido ya asignado socialmente al menor es muy importante, pues podría ya haber generado una importante identificación. En el primer

⁸⁹ Ver, por ejemplo, la afirmación usual de un experto sobre el tema, para quien, en los casos de ambigüedad genital, "la asignación de un género debe ser considerada una emergencia psicosocial, que debe ser llevada a cabo en contra del tiempo, en términos de días, incluso de horas". C Izquierdo y K.I Glassberg. "Gender Assignment and Gender Identity in Patients with Ambiguous Genitalia" en *Urology* 42 (1993), p 232.

⁹⁰ Así, en algunos de sus textos sobre la materia, dice Money que la identidad de género no tiene base instintiva, por lo cual "es más razonable suponer que, al igual que en el hermafroditismo, toda la especie humana sigue el mismo modelo, esto es, de indiferenciación sexual al nacimiento". (Ver Money J. "Cytogenetic and Psychosexual Incongruities with a Note on Space Form Blindness" en *American Journal of Psychiatry* 1963; No 119, citado por Milton Dmond. *Prenatal Disposition and the Clinical Management of Some... Loc.cit.*) Es cierto que en sus últimos textos, Money ha matizado la radicalidad de sus planteamientos. Así, en un artículo de 1994, ese autor sostiene que "no hay una causa única para el papel de género (...) La naturaleza sola no es responsable, ni el medio social (nurture) solo. Ellos trabajan juntos, mancomunadamente" (ver. Money, J. (1994) 'The Concept Of Gender Identity Disorder in Childhood and Adolescence After 39 Years' en *Journal of Sex and Marital Therapy*, 20. No 3). Sin embargo, sus tesis sobre la indiferenciación psicosexual al momento del nacimiento siguen orientando decisivamente el tratamiento de los menores con ambigüedad genital.

caso, la genética juega un cierto papel, pues se busca que exista correspondencia entre el género asignado y la definición sexual cromosómica. Por ello, de considerarlo posible, los médicos atribuyen un sexo femenino a quienes tienen un cariotipo XX y uno masculino a quienes posean un cariotipo XY. Sin embargo, y debido precisamente a la influencia decisiva de las concepciones de John Money, el elemento determinante tiende a ser la evaluación que hace el equipo médico de la futura apariencia y funcionalidad de los genitales, desde el punto de vista reproductivo y sexual, de acuerdo con las posibilidades de reconstrucción quirúrgica de esos órganos. Esto explica por qué se ha tendido a asignar sexo femenino a la mayor parte de los recién nacidos que presentan ambigüedad genital⁹¹, puesto que los cirujanos consideran que es más fácil reconstruir una vagina que un pene; por ende, si la persona es XX, muy probablemente se le asigna género femenino a fin de preservar su capacidad reproductiva. Y si su cariotipo es XY, entonces se le atribuye sexo masculino únicamente si el equipo médico está convencido de que su pene podrá ser funcional y podrá tener una apariencia masculina adecuada; pues de no ser así, se le asigna preferentemente un género femenino y se procede a la correspondiente extirpación de sus testículos y a la remodelación de sus genitales⁹².

38- Estos criterios de decisión explican por qué son en general también asignados como niñas los infantes con “micropenes”, a pesar de que tienen testículos funcionales y presentan un sexo genético masculino, ya que gran parte de la comunidad médica tiende a considerar que el pene no será nunca funcional, ni logrará tener una verdadera apariencia de órgano sexual masculino, por lo cual la persona no logrará formar una identidad masculina sólida y sentirá que es un hombre defectuoso, con los graves trastornos que ello implica. Igualmente, este paradigma ha justificado también que aquellos niños que accidentalmente han sido emasculados a muy temprana edad, también sean definidos como mujer, y se proceda a la correspondiente remodelación de sus genitales. En efecto, si es muy difícil reconstruir un pene, y lo decisivo para el éxito de la identificación de género es la posible apariencia y funcionalidad de los genitales externos, entonces es lógico, conforme a esos supuestos, que el equipo médico asigne un sexo femenino a esos infantes que accidentalmente perdieron su pene, y procedan entonces a la correspondiente intervención quirúrgica y hormonal.

Es más, en la literatura médica existe un caso muy célebre, conocido como la historia de “John- Joan”⁹³, en donde se aplicó el anterior protocolo médico, no a una persona nacida con ambigüedad genital sino a un niño que, en Estados Unidos en 1963, por un accidente durante una cirugía, perdió su pene cuando tenía siete meses. Los médicos recomendaron entonces

⁹¹ Así, según Justine Schoberg, casi el 90% de los casos de ambigüedad genital conduce a una asignación de sexo femenino y a la correspondiente remodelación femenina de los genitales (ver **Long term outcomes of feminizing...** *Loc-cit*)

⁹² Una declaración usual de la literatura médica es entonces la siguiente: “como es más fácil construir una vagina que un pene satisfactorio, únicamente un infante con un pene de tamaño adecuado puede ser considerado para una asignación de género masculino”. (Ver Perlmutter AD, Reitelman C. “Surgical Management of intersexuality” en **Campbell's Urology**, 1992, p 1955) Otro experto resume los criterios así: “los infantes genéticamente femeninos deben ser siempre criados como mujeres, para preservar su potencial reproductivo, sin importar cuan severamente se encuentre virilizado. Por el contrario, en los genéticamente masculinos, la asignación del género se basa en la anatomía del menor, y predominantemente en el tamaño del pene” (ver Mary Min Chin Lee. *Op-cit*, p 527)

⁹³ Para referencias detalladas de este caso, ver los reportes iniciales de Money J, Ehrhardt A. **Man and Woman...** *Loc cit*. Ver igualmente seguimientos posteriores en Milton, and H. Keith Sigmundson. **Sex Reassignment at Birth: A Long Term Review...** *Loc-cit*. Igualmente en Kenneth Kipnis y Milton Diamond. “Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex” en **The Journal of Clinical Ethics**, Vol 9, No 4, 1998.

que se le asignara sexo femenino y que se realizaran las correspondientes intervenciones quirúrgicas y hormonales. Los padres aceptaron y el menor fue operado para removerle sus testículos y remodelar en forma femenina sus genitales externos. John, como fue denominado en la literatura médica, transformado entonces en Joan, fue socialmente educado, y de manera inequívoca como niña, y durante varios años fue monitoreado y evaluado por John Money y sus colaboradores en la Universidad de John Hopkins, quienes consideraron que los resultados de ese caso confirmaban su teoría y la corrección del protocolo médico existente para tratar los casos de ambigüedad sexual o de genitales accidentalmente traumatizados. Así, Money afirmaba en 1975 que Joan tenía un comportamiento tan femenino y tan diferente a los modos típicamente masculinos de su hermano mellizo, que nadie podría conjeturar que Joan había nacido niño⁹⁴.

Una primera conclusión: el carácter extraordinario e invasivo de la readecuación de genitales y la exigencia cualificada de un consentimiento informado del menor XX.

39- La anterior presentación permite llegar a una primera conclusión sobre la naturaleza de las terapias en los casos de hermafroditismo. Así, es claro que estas intervenciones médicas tienen un impacto decisivo en la definición de la identidad sexual del paciente, puesto que el suministro sistemático de hormonas o las cirugías pretenden precisamente modelar los genitales y la apariencia externa de una persona con ambigüedad genital, a fin de ajustarla a un determinado sexo masculino o femenino que le fue asignado, o que la propia persona, en su vida adulta, ha escogido. Ahora bien, esta Corte ha reconocido que de la Constitución, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, esta Corporación tiene bien establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo⁹⁵. En tal contexto, y como bien lo señala uno de los intervinientes en este proceso, los tratamientos médicos a los intersexuales no pueden ser asimilados a otras cirugías estéticas, como la corrección de un paladar, o la supresión de un dedo supernumerario, por cuanto tienen que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afectan uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana. Estas terapias afectan entonces profundamente la autonomía del paciente.

La naturaleza invasiva de estas terapias es aún más clara si se tiene en cuenta que estas intervenciones quirúrgicas y hormonales son prácticamente irreversibles, pues si bien una persona puede posteriormente solicitar otra cirugía para cambiar nuevamente sus genitales, lo cierto es que, conforme a los conocimientos médicos actuales, no resulta posible volver a su estado inicial los tejidos operados o los órganos remodelados, ni reconstruir verdaderamente ciertos órganos sexuales. Así, si a una persona le fueron extraídos sus testículos y le fue

⁹⁴ John Money. "Ablatio Penis: Normal Male Infant Sex Reassignment As a Girl" en Archives of Sexual Behaviour, 1975, No. 4, citado por Kenenett Kipnis y Milton Diamond. *Pediatric Ethics and the*. Loc-cit, p 399.

⁹⁵ Sentencia T-477 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos 13 y ss., criterio reiterado en la sentencia C-481 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos 21 y 22.

amputado su pene para ajustar su apariencia al sexo femenino, no existen los conocimientos médicos para devolverle su capacidad reproductora o retornarle una plena sensibilidad genital.

Además, estos tratamientos son, en gran parte de los casos, prolongados y agobiantes, pues la remodelación de los genitales no se resuelve con una pequeña cirugía puntual sino que requiere, en muchas ocasiones, otras operaciones así como la administración permanente de hormonas y la realización de otros procedimientos físicos, que suelen ser incómodos, y a veces dolorosos. Así, según ciertos estudios, entre 30 y 80% de los infantes con ambigüedad genital, que son médicamente intervenidos, reciben más de una operación, y no son extraños los casos en que les practican cinco o más cirugías⁹⁶. Además, en los casos de menores que les han asignado el sexo femenino, las vaginas reconstruidas tienden a estrecharse (estenosis), por lo cual no sólo son necesarias nuevas operaciones, sino que también se deben realizar procedimientos permanentes de dilatación de la vagina, que en ocasiones pueden ser traumáticos incluso para los propios padres, que sienten que están agrediendo a su hijo⁹⁷.

40- Las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son entonces particularmente invasivas, por lo cual, conforme a los criterios anteriormente señalados en esta sentencia (cf supra fundamentos jurídicos 17 a 20), el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Ahora bien, un consentimiento cualificado requiere a su vez una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como estos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.⁹⁸

⁹⁶ Ver Anne Fausto-Sterling y Bo Laurent. **Early genital surgery on Intersexual children: a reevaluation.** *Loc-cit.*

⁹⁷ Para descripciones de las percepciones de algunos padres sobre estos procedimientos, ver Sussane Kessler. **Lessons from the intersexed.** *Loc-cit.*, pp 59 y ss. Cuenta esta autora que a una menor hermafrodita le debían hacer una reconstrucción de vagina (vaginoplastia); su madre le manifestó entonces que esperaba que la operación de su hija se postergara al máximo, por cuanto le parecía que los procedimientos de dilatación se asemejaban a un abuso contra el infante. Esa señora había hablado con otra madre que tenía que efectuar permanentes dilataciones de vagina a su hija de dos años, quien le describió el proceso (insertar un dilatador en la vagina) y la reacción de la menor, que siempre empezaba a comerse angustiadamente las uñas cuando le efectuaban el procedimiento (*Op-cit.*, p 63).

⁹⁸ En este aspecto, las exigentes pautas establecidas por distintas asociaciones médicas para la autorización de las intervenciones hormonales y quirúrgicas de "cambio de sexo" en los casos de "transexualidad" son ilustrativas. Es cierto que las situaciones son diferentes, puesto que el transexual no presenta, desde el punto de vista estrictamente biológico, ninguna ambigüedad sexual ni genital. Lo que sucede es que la persona se identifica con un género distinto a su sexo biológico, y considera entonces que es una mujer atrapada en un cuerpo de hombre, o viceversa, por lo cual solicita una intervención médica para adecuar su apariencia física y genital a su identidad de género, esto es, adaptar su cuerpo a su Psicología (Ver Zhou J.-N., Hofman M.A., Gooren L.J., Swaab D.F (1997) "A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality" en **The International Journal to Transgenderism**. Vol 1, No 1, en Internet en: <http://www.symposion.com/ijt/jt0106.htm>). La intersexualidad y la transexualidad no son entonces fenómenos idénticos; sin embargo, los tratamientos médicos tienen elementos comunes, pues ambos tocan con la identidad de género y son irreversibles y agobiantes. En efecto, los profesionales de la salud han diseñado distintos protocolos para regular la intervención en los casos de transexualismo, que si bien tienen diferencias entre ellos, establecen reglas médicas que coinciden en exigir no sólo que al paciente se le debe suministrar, de manera muy detallada, toda la información sobre los posibles efectos de los tratamientos sino que, además, las intervenciones invasivas e irreversibles, como las cirugías y ciertas terapias hormonales, sólo pueden ser adelantadas con personas adultas, que muestren ser autónomas, y después de que el paciente ha pasado, satisfactoriamente y durante cierto tiempo, por las terapias reversibles y luego de los correspondientes diagnósticos. (Todos estos documentos se pueden consultar en distintos números de la revista **The International Journal of Transgenderism**, cuya dirección en internet es: <http://www.symposion.com>).

Las tensiones éticas y jurídicas que suscitan en este caso, respecto de los tratamientos médicos a menores hermafroditas

41- Ahora bien, en el presente caso, y en general en las intervenciones quirúrgicas y hormonales de la mayoría de las situaciones de ambigüedad genital, el problema surge precisamente porque los médicos recomiendan que los tratamientos sean adelantados lo más tempranamente posible, y de manera urgente, ya que consideran que sólo de esa manera se puede garantizar una identificación de género exitosa y evitar los traumatismos psicológicos y sociales que podrían surgir si la persona crece en la indefinición sexual. Sin embargo, la naturaleza particularmente invasiva de estas intervenciones médicas requiere el consentimiento cualificado del propio paciente. Es pues clara la tensión que existe entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía, pues el primero sugiere una intervención médica temprana para proteger la salud psicosocial del menor, mientras que el segundo parece exigir una postergación de las cirugías y de las terapias hormonales irreversibles hasta que la propia persona pueda consentirlas. Un interrogante obvio surge entonces: ¿es posible solucionar esa aguda tensión normativa?

42- Una primera respuesta, que corresponde precisamente a la justificación usual de estos tratamientos durante los cuarenta años en que han sido practicados, consiste en asumir como ciertos los supuestos de este paradigma médico, y conferir entonces prevalencia al principio de beneficencia. Y esta solución en principio no parece contraria a los valores constitucionales, ya que si esos supuestos son verdaderos, el consentimiento sustituto de los padres, si bien puede ser cuestionado éticamente por aquellos ciudadanos que son partidarios radicales del principio de autonomía, sin embargo se ajusta a las exigencias establecidas en esta sentencia para que un padre pueda autorizar un tratamiento imprescindible a un infante de escasa autonomía, debido a su corta edad. Así, conforme a ese paradigma, es indiscutible que la falta de remodelación de los genitales ambiguos de un infante tiene efectos catastróficos sobre su salud psicológica, debido al rechazo del medio social y de los propios padres, y a los problemas de falta de identidad de género que tales genitales le ocasionan. Las intervenciones son entonces necesarias. Son además urgentes, pues deben hacerse antes de los dieciocho meses para que la identificación sexual del menor sea sólida. Por ende, si bien estas terapias son

Un ejemplo clásico de lo anterior es el protocolo adoptado por la mencionada "Asociación Internacional Harry Benjamin sobre Desórdenes en la Identidad de Género", que es considerado un documento de referencia ineludible en todas las discusiones sobre tratamientos médicos de la transexualidad, que incluye algunas etapas, entre otras: 1. Evaluación psicológica, a fin de determinar si efectivamente tiene problemas de identidad de género. 2. En caso de que el paciente insista en el cambio de sexo, entonces debe vivir durante un determinado tiempo en el género al cual quiere acceder. 3. Sólo después de haber experimentado satisfactoriamente esa "experiencia de vida" en el nuevo género, el equipo médico considera pasar a la fase de administración de hormonas, para lo cual se prefiere comenzar por aquellas que tienen efectos más reversibles, para luego suministrar aquellas hormonas. 4. la intervención quirúrgica, la cual sólo se adelanta si el paciente ha tenido al menos 12 meses de tratamiento hormonal y de vida real gratificante en el nuevo género. Además, para que pueda empezarse el tratamiento hormonal, es requisito ineludible que existe una recomendación escrita en tal sentido de un profesional de la salud mental, mientras que las cirugías requieren dos de esas recomendaciones. Por ello el protocolo especifica perentoriamente que no se deben adelantar las fases irreversibles en personas que no tengan la capacidad de prestar un consentimiento adecuado, por lo cual, por ejemplo, las cirugías a menores de 18 años están excluidas, y los tratamientos hormonales en estos casos son considerados excepcionales y están sometidos a controles suplementarios. Este esquema, y a pesar de las críticas que algunos le formulan por ser demasiado rígido y paternalista, es un ejemplo de protocolo, que, mediante fases, garantiza un mayor respeto de la autonomía, puesto que cualifica el consentimiento prestado por el paciente. En efecto, en cada fase, el individuo debe repensar si su deseo es verdaderamente cambiar de género o no, antes de llegar al paso totalmente irreversible: la cirugía.

particularmente invasivas, como ya se señaló, su urgencia y necesidad parecen justificar que el padre decida por su hijo, ya que, de no hacerlo, se seguirían consecuencias catastróficas para la salud psicológica del menor, lo cual, a su vez, afectaría su propia autonomía. En efecto, si los supuestos del actual paradigma son ciertos, es razonable suponer que los traumatismos psicológicos derivados de la ambigüedad genital no tratada erosionarían la propia capacidad del menor de construir un proyecto personal de vida. En ese orden de ideas, la postergación de las cirugías y los tratamientos hormonales, que en principio se justificaría para proteger la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del menor (CP art. 16), paradójicamente tendrían efectos negativos sobre esos valores, por lo cual nada parece oponerse a que los padres autoricen esos tratamientos, ya que su decisión se funda en el bienestar del menor (principio de beneficencia) y terminaría igualmente por proteger su libre desarrollo de la personalidad y su propia autodeterminación, en la medida en que una identidad de género definida y una aceptación por parte de los padres y del medio social parecen ser elementos necesarios para la formación de una verdadera autonomía.

43- Conforme al anterior razonamiento, si son ciertos los supuestos del paradigma médico hoy dominante, entonces parece ajustarse a la Carta que los padres de un infante, con ambigüedad genital y de muy corta edad, puedan, luego de que un equipo médico interdisciplinario haya asignado un determinado sexo al menor, autorizar las intervenciones quirúrgicas y hormonales para adecuar la apariencia de sus genitales a ese género. Por ende, en el presente caso una conclusión parece imponerse: la Corte debería permitir que la madre, quien es la titular única de la patria potestad de la peticionaria, autorice que se adelanten las intervenciones hormonales y quirúrgicas para NN recomendadas por los médicos tratantes del ISS.

44- La anterior conclusión plantea, empero, dos objeciones, por lo cual no puede ser adoptada de manera simple: de un lado, en el presente caso, la menor tiene ya varios años de vida, lo cual modifica de manera importante el anterior análisis. En efecto, el presupuesto de la urgencia de las intervenciones quirúrgicas es que, según el enfoque dominante, basado en las tesis de Money, las cirugías deben realizarse antes de los dos años, que es el periodo crítico de la formación de la identidad de género de los niños. Y a esa escasa edad, la autodeterminación del menor es casi nula, lo cual aumenta la legitimidad de la autorización sustituta por los padres. Sin embargo, la niña NN tiene más de ocho años, por lo cual ha superado ampliamente el umbral del periodo crítico, lo cual reduce notablemente la urgencia de esas intervenciones médicas. Es más, incluso su situación parece cuestionar la necesidad de una operación inmediata, pues, a pesar de la falta de intervención quirúrgica, la menor parece haber desarrollado una importante identificación de género y, según los datos de la historia clínica, no muestra ningún problema de adaptación psicológica o social. Finalmente, a esa edad la infante ya posee una mayor autonomía, que merece entonces una protección constitucional más rigurosa, puesto que, como ya se indicó en esta sentencia (ver supra Fundamento No 26), esta Corte tiene bien establecido que mientras más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros. Por consiguiente, incluso si el actual paradigma médico fuera incontrovertible, estos tres aspectos deben ser tomados en cuenta para determinar si es o no constitucionalmente legítimo que la madre autorice, en nombre de su hija, estas intervenciones médicas, que como se ha dicho, son irreversibles e invasivas.

Sin embargo, hoy en día existen numerosas críticas al actual manejo de los estados intersexuales, las cuales no son marginales sino que cuestionan la validez de las bases esenciales de ese paradigma médico, circunstancia que puede minar la legitimidad del permiso parental, en este caso concreto. Por consiguiente, la Corte deberá examinar las objeciones precedentes, para lo cual comenzará por analizar las implicaciones jurídicas de las críticas que se han desarrollado contra las intervenciones médicas de la ambigüedad genital en infantes, a fin de evaluar la opciones que en este caso concreto son las más adecuadas para la menor.

45- Los cuestionamientos al tratamiento médico de la intersexualidad han sido desarrollados en los últimos años, tanto por académicos como por numerosos hermafroditas que fueron sometidos a esas terapias. Esas objeciones son de una importancia decisiva en el presente análisis constitucional, ya que afectan los supuestos del paradigma existente y tocan con el problema jurídico esencial de esta sentencia: el debate sobre el consentimiento informado en estas terapias.

46- En primer término, según estas críticas, no existe ningún sustento empírico que justifique la tesis según la cual un hermafrodita que no sea operado a corta edad enfrenta desajustes psicológicos muy graves. Por el contrario, según estos enfoques, la evidencia existente parece mostrar lo contrario, esto es, que una persona con ambigüedad genital puede desarrollarse sin especiales traumatismos, a pesar de no haber sido operada. Así, Fausto Sterling y Bo Laurent revisaron en 1994 la literatura médica existente desde 1950 en inglés, francés y alemán, y encontraron 70 casos de adolescentes y adultos que crecieron con genitales evidentemente ambiguos⁹⁹. En sólo uno de los casos; la persona fue considerada potencialmente psicótica pero ese desajuste fue atribuido más a la presencia de un padre psicótico, que a la apariencia de sus genitales. Cuatro de las personas tuvieron algunos problemas de identificación de género, pero no mostraban mayores desajustes psicológicos. Todos los demás se desarrollaron sin problemas especiales, muchos se casaron y aparentemente llevaban una vida sexual satisfactoria.

Estos autores señalan que incluso quienes han defendido con vigor las cirugías tempranas, reconocen que es posible que un hermafrodita no desarrolle problemas psicológicos, a pesar de no haber sido operado, y en su apoyo citan las afirmaciones de Hampson y Hampson, dos de los más ilustres colaboradores de Money, quienes en un texto de 1961, al evaluar los datos de unos 250 hermafroditas, concluyeron lo siguiente: “la sorpresa es que tantos pacientes con ambigüedad genital sean capaces, a pesar de esa apariencia, de desarrollarse y alcanzar una salud mental sana, o tal vez sólo levemente no sana”¹⁰⁰.

En el mismo sentido, otros estudios han mostrado que muchos niños que han nacido con micropenes, conforme a los actuales criterios médicos, no están condenados a un futuro traumático si no son intervenidos quirúrgicamente. Así, a finales de los años ochenta, Reilly y Woodhouse examinaron y entrevistaron a 20 pacientes adolescentes o adultos nacidos con “micropenes”, pero a quienes se asignó sexo masculino y no fueron entonces operados. Los resultados básicos fueron los siguientes: uno de los pacientes adolescentes era introvertido y

⁹⁹ Ver Anne Fausto Sterling y Bo Laurent. *Early genital surgery*. *Loc-cit*.

¹⁰⁰ Citados por Anne Fausto Sterling y Bo Laurent. *Early genital surgery*. *Loc-cit*, p 2

solitario y, según sus padres, se veía bastante afectado por la apariencia de sus genitales. Seis de los pacientes manifestaron que habían tenido algunas experiencias desagradables debido a las burlas de algunos compañeros. Sin embargo, en ninguno de los casos, el micropene fue un obstáculo importante para que estas personas se desarrollaran adecuadamente, pues la mayoría tiene relaciones sexuales satisfactorias como hombres y no presentan desajustes psicológicos especiales¹⁰¹.

A esos trabajos académicos se suman también los testimonios directos de varios hermafroditas que no fueron sometidos a los actuales tratamientos y que se muestran satisfechos con su condición. Estas personas, lejos de lamentar que no los hubieran operado, consideran que escaparon a una mutilación genital¹⁰².

Con base en lo anterior, los críticos concluyen que, lejos de existir pruebas de que las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas sean imprescindibles, la evidencia orienta a la conclusión contraria: esos tratamientos no son necesarios, por cuanto las personas con ambigüedad genital, con el apoyo psicológico y familiar adecuado, pueden tener un desarrollo personal satisfactorio. Por ello, según su parecer, estas cirugías deben entonces ser consideradas como puramente cosméticas, pues buscan simplemente adecuar la apariencia de los genitales del hermafrodita a unos determinados cánones sociales, pero sin que exista ninguna necesidad fisiológica ni psicológica que la justifique.

46- Esta falta de una real necesidad de estas intervenciones se acompaña, en segundo término, según los opositores al actual paradigma, de una carencia de evidencias convincentes sobre los beneficios a largo término de esas cirugías. Según su criterio, uno de los aspectos más cuestionables y sorprendentes del tratamiento médico de los estados intersexuales es la ausencia de seguimientos sistemáticos y a largo plazo de los resultados obtenidos, a pesar de que esas cirugías se practican hace unos cuarenta años y, al menos en los Estados Unidos, deben de haberse realizado en miles de casos. A lo sumo, las evaluaciones se reducen a una valoración de la apariencia de las cirugías poco tiempo después de que estas fueron realizadas; pero no existen estudios sistemáticos sobre la adaptación psicológica de los pacientes y de sus padres a estas intervenciones médicas. Esto, según los críticos, es todavía más grave y extraño si se tiene en cuenta que las operaciones tempranas y los tratamientos hormonales son justificados esencialmente por el supuesto beneficio psicológico que producen tanto a los padres como al menor; sin embargo, “no hay datos de que esa cirugía, ya sea temprana o posterior, tenga algún efecto psicológico positivo sobre los padres, para no hablar del infante”¹⁰³.

Pero tampoco hay estudios sistemáticos sobre la recuperación o no de los tejidos operados y la conservación o no de la sensibilidad genital. Así, en su revisión de la literatura médica

¹⁰¹ Ver Reilly y Woodhouse. **Small penis ant the male sexual**. *Loc cit*, pp 569 y ss.

¹⁰² Ver uno de los testimonios en el video Hermaphrodites Speak y también en algunos de los números de **Hermaphrodites With Attitude**, de ISNA, en especial la carta de Ely Nevada “Lucky to have escaped genital surgery” en la publicación del Invierno 1995-1996, que aparece en el Anexo No. 3 del presente expediente. Igualmente, varios estudios que han incluido conversaciones directas con hermafroditas señalan que en general aquellos que no fueron intervenidos quirúrgicamente se sienten satisfechos. Así, según Justine Schober, tres intersexuales manifestaron estar muy contentas de que no les hubieran operado el clítoris, pues no se mostraban molestas con la apariencia inusual de sus genitales y habían conservado una plena sensibilidad erótica. (Ver Justine Schober. **Long term outcomes...** *Loc- cit*, p 6).

¹⁰³ Bruce Wilson, William Reiner. **Management of Intersex: a shifting paradigm**. *Loc cit*, p 363.

sobre las reconstrucciones genitales femeninas, Justine Schober concluye que hasta el momento no existen evaluaciones serias de los resultados, a largo plazo, de las cirugías destinadas a disminuir el tamaño del clítoris, en términos de preservación de la sensibilidad y la capacidad orgásmica de la persona¹⁰⁴. Esto, según los críticos, es también muy cuestionable pues, según el actual paradigma, la funcionalidad futura de los genitales considera uno de los criterios esenciales en las decisiones sobre asignación de sexo.

47- La falta de necesidad comprobada de estos tratamientos, así como la incertidumbre sobre sus resultados benéficos a largo plazo, han llevado entonces a varios de estos críticos a sostener que las cirugías y los tratamientos hormonales a los hermafroditas no pueden ser considerados terapias curativas corrientes, que es como lo plantean los equipos médicos, ya que son procedimientos para enfrentar la ambigüedad genital que se encuentran todavía en un estado meramente experimental.

48- Esta naturaleza experimental es todavía más clara, según estas objeciones, si se tiene en cuenta que muchos de los manejos se basan en una teoría psicológica, como la de John Money, que es cuestionada por numerosos autores y por diversos datos empíricos. Así, como ya se indicó en esta sentencia, según Money, una asignación de género temprana exitosa es posible, por cuanto las personas al nacer son neutras psicosexualmente, de suerte que la identidad de género no depende de factores biológicos sino del trato social, el cual está condicionado por la apariencia de los genitales. Sin embargo, señalan los críticos, esos supuestos son muy discutibles, tanto empírico como teóricamente.

Así, empíricamente, la refutación más contundente parece provenir del que había sido considerado el mayor éxito para Money y su teoría: el caso "John Joan", que ya fue referido en esta sentencia (ver supra, fundamento jurídico No 38). En efecto, Milton Diamond y Keith Sigmundson contactaron a ese paciente y mostraron que éste nunca estuvo realmente satisfecho con la asignación del género femenino, y que en particular, al inicio de la pubertad, se negó a recibir las hormonas femeninas que le harían crecer los senos; igualmente rechazó cualquier intervención quirúrgica destinada a crearle vagina. Posteriormente, después del examen anual en 1978 por el equipo de Money en el hospital John Hopkins, el paciente amenazó a sus padres con suicidarse si le obligaban nuevamente a retornar a ese centro médico, y manifestó que él era en realidad un hombre. Joan decidió entonces que quería ser John, frente a lo cual sus padres, siguiendo el consejo de un siquiatra que atendía al adolescente, optaron por contarle todo lo que había sucedido. Para John, esta información equivalió a una verdadera revelación, pues comenzó a entender qué era lo que le había estado sucediendo. Decidió entonces recibir andrógenos y que le practicaran una operación para modelar masculinamente sus genitales y su apariencia. Actualmente John vive como hombre, se ha casado y es padre de un niño adoptado¹⁰⁵.

Esta evolución de la historia "John-Joan", que es sorprendentemente similar a la situación del niño emasculado que tuvo que resolver esta Corte en la sentencia T-477 de 1995, es de enorme importancia, pues este caso era considerado uno de los sustentos empíricos decisivos

¹⁰⁴ Ver Justine Schober. *Long Term Outcomes of Feminizing...* Loc-cit.

¹⁰⁵ Estos autores han presentado en varios artículos la evolución completa de este caso. Ver, en particular, Milton Diamond y Keith Sigmundson. *Sex Reassignment at Birth: A Long Term Review and Clinical Implications*. Loc cit.

en apoyo de la teoría de Money y de las intervenciones médicas en muchas situaciones de ambigüedad genital. Según los críticos, el fracaso del tratamiento en este célebre caso pone en cuestión muchos de los supuestos del actual paradigma. Además, agregan los opositores, no se trata de una situación aislada sino recurrente. Así, William Reiner ha efectuado un seguimiento de quince niños que fueron reasignados como mujeres, debido a que tenían micropenes. Estos menores fueron castrados y educados claramente como niñas; sin embargo, varios de ellos han tendido a asumir comportamientos bastante masculinos y dos, antes de llegar a la pubertad, manifestaron que no eran niñas sino varones, mientras que otras tres de las infantes se describieron a sí mismas “como las niñas más masculinas que ellas han conocido”¹⁰⁶.

Según los críticos, estas evidencias, y muchas otras, muestran que la tesis de Money sobre la neutralidad psicosexual de los seres humanos al nacer, que es uno de los pilares del actual paradigma, es una mera hipótesis, y además muy controvertible. Así, autores como Reiner, Diamond o Sigmundson¹⁰⁷, consideran que si bien todavía los conocimientos sobre la influencia relativa de lo biológico y lo aprendido en la sexualidad son muy precarios, es razonable suponer que el recién nacido tiene ya una predisposición biológica a adquirir una determinada identidad de género, que obviamente puede ser influida posteriormente por factores sociales, pero que de todos está presente y tiene una importante influencia en la evolución de la persona. Según su parecer, existe al menos un elemento que parece decisivo y comprobado, y son los efectos de las hormonas uterinas en la predisposición sexual de la persona; así, aquellos embriones que fueron intensamente sometidos a andrógenos en la vida prenatal tienen al nacer una fuerte tendencia a adoptar posteriormente una identidad masculina, ya que los andrógenos han provocado una diferenciación cerebral masculina.

49- Los anteriores tratamientos son ampliamente discutidos, pues para algunos, a pesar de la sofisticación de los procedimientos quirúrgicos y de los notables avances en la comprensión de los factores determinantes de los estados intersexuales, los patrones de asignación de sexo y de intervención quirúrgica son pobres y discutibles, pues muchas veces se reducen a una simple medida del tamaño del clítoris o del pene del recién nacido, órganos que se desarrollan a partir de una estructura anatómica común¹⁰⁸. Además, en el propio campo de quienes son favorables a las cirugías tempranas, existe una controversia creciente sobre la validez de estas pautas, lo cual ha tendido a enfrentar a los propios especialistas¹⁰⁹. Por ende, señalan los críticos, resulta contrario a la ética adelantar cirugías invasivas e irreversibles con base en criterios que no logran generar un acuerdo entre los propios equipos médicos.

¹⁰⁶ William Reiner. **To be male or female...** *Loc cit*, p 225. Y, como precisa Reiner en una clarificación de estos datos, lo anterior no significa que en los otros diez casos haya habido una identificación exitosa de género, puesto que varios de los pacientes no han llegado aún a la pubertad. Es pues un estudio que todavía se encuentra en curso. Ver su precisión **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. Vol. 151, p. 1064.

¹⁰⁷ Ver los textos citados en notas anteriores de estos autores

¹⁰⁸ Por ello, como dice irónicamente la crítica Susanne Kessler, los estándares médicos actuales admiten como masculinos penes que no sean menores a 2.5 cm y clítoris femeninos que no sean mayores a 0,9 cm; lo que no se ajuste a esas medidas es ambiguo y es intervenido quirúrgicamente (ver **Lessons from intersexed...** *Loc-cit*, pp 40 y ss.). Pero incluso quienes defienden el actual manejo, reconocen la falta de criterios claros. Así, Mary Min-chin Lee señala que “a pesar de avances significativos en la comprensión de los genitales ambiguos, gran parte del diagnóstico y manejo quirúrgicos y endocrinológicos de estos pacientes sigue siendo empírico” (Ver **Clinical management...** *Loc-cit*, p. 519)

¹⁰⁹ Así, Meyer-Bahlburg señala que, por ejemplo, “hay diferencias muy marcadas de opinión entre urólogos y endocrinólogos en cómo decidir la asignación de género en casos de micropenes” Ver Heino Meyer-Bahlburg **Gender Identity - Loc, cit**, p. 508.

50- Por otra parte, las objeciones se fundan en que los tratamientos dominantes, lejos de ser benéficos, son susceptibles de producir daños físicos y psicológicos muy graves en los pacientes, muchos de ellos irreversibles.

Los daños físicos derivan de que las cirugías son irreversibles y tienen un impacto negativo serio en la parte reproductiva y sensitiva. Así, los pacientes con sexo genético masculino y testículos, pero que son asignados al género femenino debido a que su pene no es considerado funcional, son en general castrados y sometidos a una penectomía; ahora bien, en un buen número de casos, estos pacientes, tal y como sucedió en la historia "John-Joan" o en la sentencia T-477 de 1995 de esta Corte Constitucional, al llegar a la pubertad o la edad adulta, deciden que son hombres y solicitan una readecuación masculina de sus genitales. Sin embargo, no sólo es muy difícil reconstruirles un pene sino que, además, su capacidad reproductora ha sido definitivamente eliminada.

Además, las cirugías de remodelación de los genitales afectan profundamente la capacidad del paciente de obtener relaciones sexuales satisfactorias. En efecto, numerosos testimonios de hermafroditas que fueron sometidos a operaciones del clítoris señalan que esas cirugías no sólo, en ocasiones, generan dolor e incomodidad recurrentes sino que, en muchos casos, eliminan cualquier sensación erógena, o al menos reducen notablemente la capacidad de obtener un verdadero placer sexual. Dos casos, entre muchos otros, son los siguientes: Angela Moreno fue operada sin su consentimiento en 1985, cuando ya era adolescente, por lo cual puede compararse su sensibilidad antes y después de la intervención quirúrgica. Según su testimonio, a pesar de que mantiene alguna sensibilidad en el clítoris, la cirugía la disminuyó enormemente¹¹⁰. Igualmente, la peruana Liseth Barcelos, quien también fue operada, sin su consentimiento, al comienzo de su adolescencia (12 años), señala en su declaración enviada a esta Corte que esa cirugía le ha causado "problemas físicos como la reducción de la sensación sexual, irritación genital, cuarteo de la piel y sangrado"¹¹¹.

51. De otro lado, según testimonios de numerosos pacientes¹¹², el carácter agobiante de estas intervenciones, su potencial estigmatizante y el ambiente de secreto en que se desarrollan, tienen efectos psicológicos devastadores. Así, durante muchos años, los menores son sometidos, sin ninguna explicación clara y con el consentimiento de sus padres, a numerosas inspecciones genitales por equipos médicos, lo cual, en el mejor de los casos, provoca sentimientos intensos de vergüenza, y en otros eventos, es incluso asimilado por el infante a una forma de abuso sexual, en donde son cómplices sus padres.

La anterior situación tiene obviamente un impacto psicológico negativo profundo, que se ve agravado, según estos testimonios, por el efecto estigmatizante de los tratamientos. Así, paradójicamente, muchos hermafroditas descubren su "anormalidad" debido precisamente a las intervenciones médicas que pretenden eliminarla, ya que esas terapias los convencen de que ellos deben de tener algo muy malo, grave e incluso monstruoso, pues de no ser así, ¿por qué

¹¹⁰ Ver su testimonio en el número 5, Vol. 2 de 1997 de la revista *Chrysalis*, pp. 11 y 12. Ver otros testimonios en ese número de *Chrysalis*, dedicado todo al tema de la intersexualidad, y en el video "Hermaphrodites Speak".

¹¹¹ Ver su testimonio en el Anexo No 3 de este expediente.

¹¹² Ver nuevamente los testimonios en "Chrysalis" y en "Hermaphrodites Speak".

tantas inspecciones genitales y procedimientos médicos, a veces muy dolorosos, en una atmósfera de casi total sigilo? Un ejemplo, entre muchos otros, es el de Morgan Holmes, activista intersexual y autora de varios textos en el tema, quien tenía el clítoris demasiado grande, conforme a los estándares médicos, por lo cual fue operada a los siete años. Según su testimonio, esa cirugía, destinada a evitarle problemas psicológicos, fue la que creó sus desajustes emocionales, pues “por primera vez se dio cuenta de que era tan horrible que habían tenido que operarla para cambiarla”. Esa cirugía, señala Holmes, que pretendía ayudarla a adaptarse sexualmente, “en realidad lo que hizo fue cambiar a una niña de siete años, perfectamente saludable, en una mujer que le tenía miedo a su propio cuerpo y a su pasado, y que se odiaba a sí misma por ser diferente”¹¹³.

52- En todo este proceso, la falta de información clara al menor y el secreto cumplen entonces una función especialmente traumático, puesto que ese ambiente explica no sólo las incertidumbres de muchos hermafroditas en torno a su real situación, que los lleva a imaginar que tienen males mucho peores, o que son verdaderos monstruos, sino también que muchos pacientes se sientan estigmatizados y experimentan vergüenza, tristeza, o incluso la sensación de haber sido víctimas de abuso sexual. Además, cuando llegan a conocer (o a intuir) la verdad, como sucede en muchos casos, estos pacientes manifiestan una frustración y rabia muy intensas, ya que se sienten traicionados por los médicos y sus padres, lo cual los conduce, en muchos eventos, a romper con sus familias y a evitar todo tratamiento médico. Este alejamiento de los terapeutas no sólo tiene, a veces, consecuencias graves para la salud de estas personas¹¹⁴ sino que, además, argumentan los críticos, explica por qué tantos pacientes no pueden ser localizados para posteriores evaluaciones médicas.

53- Estos graves efectos del silencio y del secreto han sido documentados en varias investigaciones. Así, el sociólogo Sharon Preves adelantó una evaluación de las percepciones de unos cuarenta hermafroditas sobre los actuales tratamientos médicos. Según sus resultados, una de las críticas permanentes de estos pacientes fue la falta de información sobre su real estado, o las mentiras que les dijeron al respecto, tanto sus familias como los médicos, pues la ignorancia sobre su situación fue mucho más difícil de soportar que el conocimiento de la verdad, ya que tendía a imaginar que padecía enfermedades terminales o estados monstruosos. Igualmente, según sus testimonios, el silencio en torno a sus diferencias físicas y a sus cirugías “sólo servía para reforzar los sentimientos de aislamiento, estigma y vergüenza, los sentimientos mismos que esos procedimientos pretendían aliviar”¹¹⁵.

¹¹³ Morgan Holmes. “Is growing up in silence better than growing up different?” en *Chrysalis*, Vol. 2, No. 5, 1997, pp. 8 y 9.

¹¹⁴ Por ejemplo, en muchos casos, debido a la extirpación de las gónadas, es necesaria una permanente administración de hormonas, a fin de evitar las osteoporosis, por lo cual el abandono del tratamiento tiene consecuencias fisiológicas graves. Así lo muestra el caso de Sherry Groveman, a los andrógenos, por lo cual tiene apariencia femenina. Sin embargo, sus testículos internos le fueron removidos para prevenir una eventual malignización; pero los médicos le ocultaron su situación para prevenirle un trauma psicológico. Le dijeron entonces que le estaban extirpando los ovarios. Poco después, a los veinte años, ella se enteró casualmente de la verdad de su situación y de que había sido engañada, lo cual la llevó no sólo a romper con su familia sino también a evitar todo contacto con los médicos durante 18 años. En la actualidad tiene una grave osteoporosis. (Caso citado por Alice Dreger. *Ethical issues in the... Loc cit.*).

¹¹⁵ Ver Sharon Preves. “For the sake of the children: Destigmatizing intersexuality” en *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 9, No. 4, pp. 413 y ss.

Las anteriores conclusiones coinciden con las constataciones de otros investigadores. Así, Martin Malin es un profesor de sexología clínica y terapeuta en Sacramento (Estados Unidos) que ha trabajado con intersexuales. Según sus investigaciones, quienes fueron sometidos a las intervenciones quirúrgicas y hormonales, en vez de integrarse socialmente en mejor forma, tienden a aislarse de sus compañeros y familias, desarrollan fobias contra los tratamientos médicos, se muestran desagraciados y rencorosos, e incluso algunos se han suicidado o lo han intentado. Y en todo este contexto, señala Malin, la furia contra el secreto y las mentiras es uno de los temas más recurrentes¹¹⁶.

54- Las anteriores críticas sobre el daño psicológico derivado del secreto que acompaña los actuales tratamientos se articulan al último tipo de objeciones, que es particularmente relevante en el presente examen constitucional: la carencia de consentimiento informado, no sólo del menor sino incluso de los padres.

Así, según los opositores al actual paradigma, la falta de autorización del menor resulta evidente, pues en ningún momento se tienen en cuenta sus deseos, ni se le informa adecuadamente de lo que está sucediendo, ni antes de las intervenciones, ni después de ellas. Y esta situación, según su criterio, no es casual, por cuanto el ocultamiento de la información, que se realiza con los mejores propósitos, es en cierta medida inherente al actual manejo clínico de estos pacientes. En efecto, conforme a este paradigma, la base de una asignación de sexo exitosa consiste en evitar toda ambigüedad de género en la crianza del menor y en la formación de su identidad, por lo cual resulta razonable, de acuerdo con sus supuestos, negar al paciente el acceso a toda información que pueda generarle dudas sobre el sexo que le fue asignado.

Pero además, los críticos consideran que ni siquiera los padres prestan un verdadero consentimiento informado, ya que los datos que se les suministran no son suficientes, ni siempre adecuados. Así, en muchas ocasiones, los médicos señalan a los padres que el recién nacido tiene una cierta indefinición sexual, pero que esta será ajustada, con una cirugía poco riesgosa y necesaria para que el niño se pueda desarrollar en forma sana. Pero tales afirmaciones, sostienen los opositores, en aquello que no son falsas, son puramente hipotéticas. Además, los padres son urgidos a tomar rápidamente la decisión en una etapa en que se encuentran emocionalmente muy afectados por la noticia de que su hijo nació con una indefinición de género, que ellos asimilan a una anomalía física. En ese momento, los padres experimentan entonces una suerte de duelo porque su hijo es “defectuoso”, pues sus genitales inusuales no se ajustan a los patrones anatómicos corrientes, al punto que no es posible asignarle inequívocamente un género¹¹⁷. Sin embargo los médicos anuncian que la situación puede ser corregida si se actúa con prontitud. En tales circunstancias, argumentan los críticos, los padres no prestan un consentimiento verdaderamente informado; es más, casi ni siquiera toman una

¹¹⁶ Citado por Justine Schober. *Op cit*, p 19.

¹¹⁷ Algunos estudios han mostrado que los padres de niños con anatomías inusuales o problemas físicos sienten que han perdido el hijo normal que estaban esperando, por lo cual atraviesan un verdadero duelo. Ver J Ablon. “Ambiguity and Difference: Families with Dwarf Children” en *Social Science and Medicine*, 1990, No 30, No 8, citado por Alice Dreger. “A History of Intersexuality: From the Age of Gonads to the Age of Consent” en *The Journal of Clinical Ethics*, 1998, Vol. 9, No. 4, pp. 353 y 355. Este mismo estado ha sido constatado en muchos padres de niños con ambigüedad genital, que se ven profundamente afectados por los genitales inusuales de su hijo. Ver, por ejemplo. Susanne Kessler. *Lessons from the Intersexed...* *Loc cit*, pp. 91 y ss.

decisión, pues el tratamiento hormonal y quirúrgico les es planteado como una necesidad imperiosa y urgente para proteger la salud del menor¹¹⁸.

55- A partir de las anteriores objeciones, varios especialistas y asociaciones de hermafroditas han propuesto otros protocolos para el manejo médico de la intersexualidad, los cuales tienen algunos matices entre ellos, pero comparten los puntos esenciales, que muy esquemáticamente son los siguientes¹¹⁹:

En primer lugar, ninguno de los críticos se opone a que al recién nacido se le asigne un sexo masculino o femenino, puesto que reconocen que en nuestra sociedad está estructurada sobre la creencia de que biológicamente existen dos sexos, por lo cual no parece haber todavía otra opción en este punto. Igualmente están de acuerdo con el actual paradigma en que esta decisión debe ser lo más rápida posible; sin embargo, consideran que a veces es preferible esperar un poco, a fin de acertar, y que el criterio de asignación no debe ser esencialmente el tamaño del falo sino el género que, conforme a la experiencia médica, más probablemente va a adoptar el menor cuando llegue a la pubertad o a la edad adulta.

En segundo término, consideran que, desde el comienzo, a los padres se les debe dar una información lo más clara, completa y honesta posible, y deben empezar inmediatamente a recibir un apoyo psicológico adecuado, el cual debe ser adelantado preferiblemente por profesionales especializados en la atención de este tipo de casos.

En tercer término, y esta es la diferencia decisiva con el actual manejo médico, proponen que las cirugías y los tratamientos hormonales que sean “cosméticos”, esto es, que no sean necesarios para proteger la salud física o la vida del menor, deben ser postergados al menos hasta la pubertad, a fin de que la propia persona pueda prestar un consentimiento informado.

En cuarto término, según su parecer, el menor debe ser educado de conformidad con el sexo asignado, con la mayor consistencia posible; pero los padres deben comprender que se trata de un niño especial, que puede entonces desarrollar, en materia de género, tendencias diversas a los otros infantes.

Por todo ello, en quinto término, el apoyo psicológico debe ser permanente, no sólo para los padres sino también para el menor, a quien se le debe ir revelando, en forma ajustada a su desarrollo psicológico, toda la información sobre su estado.

Finalmente, en todo este proceso, el conocimiento de otras personas que tengan una situación similar es de enorme importancia, tanto para los padres como para los niños, pues esa experiencia les permite afrontar en mejor forma los desafíos que plantean los estados intersexuales en nuestras sociedades. De allí la importancia que estos protocolos atribuyen a los grupos de apoyo conformados por personas que adolecen de ambigüedad genital, o por sus padres.

¹¹⁸ Por ello, según Kessler, los padres que autorizan esas operaciones “rara vez se describen a sí mismos como habiendo tomado decisiones. Pueden estar muy angustiados por su hijo pero ellos no se describen a sí mismos como angustiados debido a la decisión que deben tomar” (*Op cit*, p. 128).

¹¹⁹ Ver ISNA, Recommendations for Treatment Intersex Infants and Children, incorporado al presente expediente (folio 323 y ss) y disponible en Internet en <www.isna.org>. Igualmente Milton Diamond y Keith Sigmurdson. Management of intersexuality... Loc-cit. Ver también Bruce Wilson y William Reiner. “Management of Intersex: a shifting paradigm” en *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 9 No. 4.

56- En síntesis, según los opositores, los actuales tratamientos de la ambigüedad genital se encuentran todavía en un estado experimental, ya que su necesidad no está probada, sus resultados benéficos no han sido realmente evaluados, y muchas de las decisiones se fundan en concepciones psicológicas discutibles. Además, esas cirugías, a pesar de que en el fondo tienen finalidades puramente cosméticas, ya que buscan básicamente modificar la apariencia de los genitales, producen, en muchos casos, daños físicos y psicológicos irreparables. Por tal razón, concluyen los críticos, es contrario a la ética médica y a los derechos humanos adelantar unas intervenciones médicas, puramente cosméticas y riesgosas, sin un consentimiento informado adecuado del propio afectado, sobre todo si se tiene en cuenta, que existen otras formas de manejo de la intersexualidad, que no producen esos daños, y en cambio respetan la autonomía del paciente.

Las respuestas a las críticas

57- Analizando las anteriores críticas, la Corte considera que si los opositores al actual paradigma tienen razón, las intervenciones quirúrgicas y hormonales en menores para ajustar la apariencia de sus genitales a un sexo asignado en la menor pueden no tener sustento en el principio de beneficencia, pues no son necesarias para la salud psicológica de la niña y, por el contrario, podrían provocarle daños físicos y psicológicos irreparables. Incluso, esas intervenciones pueden llegar a afectar gravemente el principio de autonomía, pues sin la autorización del paciente, y sin siquiera un consentimiento informado de los padres, si al menor le practican operaciones invasivas, riesgosas e innecesarias, esto desconocería sus derechos fundamentales.

58- Entra pues la Corte a examinar las distintas réplicas de quienes apoyan el actual tratamiento. Estas réplicas se centran en cuatro aspectos: (i) la escasa representatividad de las evidencias presentadas por los críticos; (ii) el mejoramiento de los tratamientos, y en especial de las técnicas quirúrgicas; (iii) un reconocimiento creciente en los actuales tratamientos a los derechos de los padres y de los propios pacientes, y (iv) finalmente, la imposibilidad de aplicar los protocolos alternativos.

Así, en primer término, los defensores del actual manejo reconocen que en algunas ocasiones los tratamientos no han funcionado y pueden haber ocasionado daños; sin embargo, según su criterio, los testimonios de los hermafroditas agrupados en organizaciones como ISNA y similares representan precisamente esos casos en donde ha habido manejos inadecuados, con resultados negativos, pero puede existir un número mucho mayor de pacientes satisfechos, ya que también hay reportes de que en ciertos eventos los tratamientos parecen haber funcionado. Los datos presentados por la literatura crítica no serían entonces representativos de toda la población intersexual médicamente intervenida, por lo cual no son concluyentes¹²⁰.

¹²⁰ Sobre este tipo de argumentos, ver, en Colombia, las respuestas del profesor Malo Rodríguez reseñadas en el párrafo 15-1 de los antecedentes de esta sentencia. En Estados Unidos también es un argumento usual. Por ejemplo, en su diálogo con ISNA, el psicólogo David Sandberg reconoce que los miembros de esa asociación tienen razón en sentirse insatisfechos, pero que habría que tomar en cuenta también aquellos pacientes que consideran que las cirugías fueron benéficas. ¿Qué pasa —se interroga Sandberg— si estos pacientes son la mayoría? ¿No implicaría eso que la sistemática postergación de las cirugías es un error? (Ver el diálogo en *Hermaproditos with attitude*, Invierno 1995, p. 8).

Igualmente, y ligado a esa falta de representatividad de la evidencia suministrada por los críticos, los defensores del actual paradigma reconocen que puede haber personas con genitales ambiguos que logran adaptarse psicológicamente de manera satisfactoria. Sin embargo, también existen casos documentados en donde la apariencia inusual de los genitales ha provocado efectos traumáticos sobre los padres y sobre la propia persona, por lo cual no se puede decir que las intervenciones sean innecesarias y puramente cosméticas.

59- En segundo término, las respuestas se fundamentan en que ha habido un notable mejoramiento de las técnicas quirúrgicas, que ha reducido los riesgos de daño en los órganos operados, pues se han abandonado las intervenciones más radicales –como la amputación del clítoris o clitorotomía–, las cuales han sido sustituidas por otras –como la reducción del clítoris y la clitoropastia–, que preservan mejor la sensibilidad erótica, pues los cirujanos toman todo el cuidado de no afectar las terminales nerviosas.

60- En tercer término, las respuestas aducen que si bien en décadas anteriores los médicos podían tener actitudes demasiado paternalistas, que limitaban la posibilidad de que los padres decidieran autónomamente si aceptaban o no esas intervenciones en sus hijos, la situación en la actualidad ha cambiado considerablemente, de suerte que los progenitores pueden prestar un consentimiento informado. Además, en la actualidad, los tratamientos tratan de evitar al máximo las situaciones embarazosas para los pacientes, de suerte que las terapias no tienen la carga psicológica señalada por los críticos.

61- Finalmente, según los defensores del actual tratamiento, el protocolo alternativo es totalmente impracticable, por las siguientes dos razones: de un lado, porque en nuestras sociedades, estructuradas sobre la división en dos géneros, no se puede dejar a un menor en la indefinición sexual, pues no se sabría ni siquiera cómo nombrarlo o tratarlo socialmente. Esta carencia de una identidad de género tendría entonces consecuencias psicológicas negativas graves¹²¹. Y de otro lado, según estas respuestas, el mantenimiento de los genitales ambiguos sería traumático, tanto para el menor, que estaría sometido a constantes burlas y marginaciones por parte del resto de personas, como para sus padres, que no soportarían tener que atender y educar a un infante con esas características.

El actual estado del debate

62- Ahora bien, es indudable que, conforme a las actuales investigaciones académicas sobre la intersexualidad, la Corte no puede, ni le corresponde, establecer si la cirugía a temprana edad de la menor NN es o no benéfica, por ende tampoco podemos decir que sea dañina, como parecen sugerirlo algunas de las críticas más radicales a estos tratamientos. Tampoco sabemos si, gracias a un apoyo terapéutico, es posible que la infanta pueda desarrollarse en forma sana, sin necesidad de operación, por lo cual no se puede decir, con certeza, que estas cirugías tempranas sean siempre innecesarias.

Y es que, a pesar de sus diferencias, tanto los críticos como los defensores de las actuales intervenciones médicas coinciden en que no hay estudios a largo término sobre los resultados

¹²¹ Para estas críticas, ver en el presente expediente las intervenciones del Dr. Bernardo Ochoa y de la decana de Psicología de la Universidad de los Andes, resumidas en los antecedentes 17-1 y 21-2 de esta sentencia.

de los tratamientos o análisis sistemáticos sobre la necesidad de una cirugía temprana. Así, entre los opositores al actual paradigma, Susanne Kessler señala que la mayor parte de los pacientes no pueden ser evaluados pues, según los propios reportes médicos, no se pueden encontrar para un seguimiento (“*lost to follow-up*”). Y en los casos reportados, el análisis médico recae prácticamente, exclusivamente sobre el efecto cosmético de las cirugías¹²². En el mismo sentido se pronuncian otros opositores al actual manejo médico como Schober, Chase, Diamond o Fausto Sterling. Igualmente, otros estudiosos, como Garry Warne, no se oponen radicalmente a los actuales protocolos pero sostienen que es necesario repensarlos, a partir de un debate amplio y abierto, debido precisamente a la ausencia de informaciones concluyentes en la materia¹²³. Incluso, los propios defensores del actual paradigma reconocen la carencia de datos concluyentes sobre los beneficios o la necesidad de estas intervenciones. Así lo señala, por ejemplo, el profesor Meyer-Bahlburg, no sólo en su respuesta a esta Corporación sino en varios de sus artículos¹²⁴. Otros expertos que apoyan los actuales tratamientos también han reconocido, en diversos artículos médicos, la carencia de estos estudios¹²⁵. Igualmente, en discusiones públicas en Estados Unidos, varios médicos que justifican esas cirugías han aceptado que no existen seguimientos sistemáticos de largo plazo que demuestren sus beneficios¹²⁶. Finalmente, ninguno de los científicos colombianos que participaron en el presente proceso presentó evidencias sobre evaluaciones comprensivas de los resultados de estas intervenciones, a pesar de que la Corte expresamente solicitó esa información a todos los intervinientes¹²⁷.

63- De otro lado, también es cierto que ha habido mejoras importantes en los procedimientos quirúrgicos. Pero, como lo señalan los críticos, siguen existiendo daños físicos en operaciones relativamente recientes, como la realizada a Angela Moreno en 1985, ya referida en esta sentencia. Además, los propios cirujanos reconocen que ni siquiera las técnicas actuales más depuradas pueden garantizar un funcionamiento sexual normal en la edad adulta¹²⁸. Y según los críticos, esos riesgos de daño físico parecen inevitables porque se trata de cirugías, que naturalmente dejan cicatrices y remueven tejidos, en zonas muy sensibles y erógenas, por lo cual es natural que sean susceptibles de reducir las posibilidades de satisfacción sexual y

¹²² Ver Susanne Kessler. *Lessons from.. Loc cit.* capítulo 4.

¹²³ Ver Garry Warne. *Op cit.*, pp 13 y ss. En particular, este autor enfatiza la necesidad de avanzar estudios sobre la calidad de vida de personas con ambigüedad genital, y que no fueron operadas, precisamente porque no hay claridad si tal situación es siempre traumática.

¹²⁴ Así, en su respuesta a la Corte, el Dr. Meyer-Bahlburg señala que faltan evaluaciones amplias a largo término, lo cual se explica, según su parecer, por la escasa ocurrencia y variedad de los estados intersexuales y las dificultades éticas que plantean, en este caso, adelantar estudios con grupos de control. En uno de sus textos, señala este autor que “aún hoy, después de 40 años, hay disponibles muy pocos seguimientos a largo plazo, y los pocos que se han realizado se han basado en muestras muy pequeñas”. (Ver Heino Meyer-Bahlburg *et al.* *Gender Change... Loc cit.*, p 319)

¹²⁵ Por ejemplo, Mary Min Chin Lee, luego de señalar que “se ha hecho un gran progreso en el tratamiento médico y quirúrgico del pseudohermafroditismo masculino”, agrega: “sin embargo, aún existe una gran incertidumbre y frustración en relación con los resultados a largo plazo de estos pacientes” (ver *Clinical management... Loc cit.*, p 534)

¹²⁶ Así, en un diálogo con ISNA, el Dr David Sandberg, sicólogo del programa de sicoendocrinología del Hospital Infantil de Buffalo, reconoció que existen muy pocos datos que apoyen la teoría de Money y que no hay seguimientos de largo plazo de los resultados del actual manejo. (ver sus declaraciones en *Hermaphrodites with attitude*, edición del invierno de 1995, p. 9) Igualmente, un cirujano (Dr. Jeffs) que fue cuestionado por activistas de ISNA por estas operaciones, objetó que esa organización no era representativa de los infantes que habían sido operados pero; manifestó que tampoco tenía pruebas de que los resultados fueran benéficos en la gran mayoría de los casos. Según su criterio, “hay una mayoría silenciosa, pero yo no sé si están callados y satisfechos o callados e insatisfechos” (citado por Ellen Barry. “United States of ambiguity” en Phoenix, 22 de noviembre de 1996).

¹²⁷ Ver infra, los párrafos 15 y ss de los antecedentes de esta sentencia.

¹²⁸ Ver respuesta a Cheryl Chase de parte de Gerhart, Bumet y Owen, en *Journal of Urology*, No. 153, de febrero de 1995.

provocar molestias físicas permanentes¹²⁹. Además, estas mejoras quirúrgicas de todos modos no son capaces de evitar otros daños físicos irreparables.

64- Es cierto igualmente que en la actualidad los equipos médicos informan mejor a los padres que antaño, lo cual es un paso importante en el respeto a la autonomía de los pacientes. Sin embargo, los actuales protocolos suponen que, en los casos de recién nacidos, los padres deben decidir en tiempos relativamente cortos, cuando se encuentran emocionalmente afectados, y los equipos sanitarios no suelen ofrecer tratamientos alternativos, ni indican los riesgos de las actuales terapias, ni señalan que no existen datos concluyentes sobre la necesidad o bondad de los procedimientos, todo lo cual limita considerablemente la posibilidad de que pueda existir un verdadero consentimiento informado.

Un buen ejemplo del vacío informativo en que los padres confieren su autorización es, precisamente, el presente caso. Así, conforme a la historia clínica de la peticionaria, los padres de NN manifestaron ciertas reticencias frente a la cirugía, y en general frente a todo el procedimiento médico propuesto. El padre, quien entonces todavía no había fallecido, señaló en la entrevista con la psicóloga “temor por el dolor y el sufrimiento ante la cirugía, pero, por otra parte, temor ante el reclamo que NN pudiera hacerle en el futuro”¹³⁰. Por su parte, conforme al acta realizada por el equipo interdisciplinario del ISS, los médicos, al indicar el tratamiento a los padres, les enfatizaron que “no hay duda del Procedimiento Quirúrgico y manejo Médico-Psiquiátrico por seguir” y que “se quiere ante todo NO HACER DAÑO AL MENOR (subrayas de la Corte)¹³¹.” Es cierto que esa acta es un simple resumen de la conversación efectuada entre el equipo médico y los padres; sin embargo, conforme a las pruebas reunidas en el presente expediente, esta Corte considera que la información suministrada por el equipo médico es equívoca e insuficiente. Así, no es posible sostener que no existen dudas en el manejo médico del caso de NN porque, como se ha mostrado en el presente expediente, existen críticas muy serias al actual paradigma, objeciones que los padres tienen el derecho de conocer y los médicos el deber de informar. Pero es más, incluso dentro del actual paradigma médico, el caso de la peticionaria suscita interrogantes. En efecto, la menor tiene una ambigüedad genital debido a un pseudohermafroditismo masculino; pero la historia clínica no es totalmente clara en señalar si esa situación deriva de una deficiencia de 5 alfa-reluctasa, que impide una síntesis en los andrógenos necesarios para la virilización uterina, o de una insensibilidad a los andrógenos, por problemas en los receptores. Ahora bien, como lo señala el Dr. Manolo Rodríguez, en su intervención en el presente expediente (ver supra párrafo No. 21.1 de los antecedentes), esa distinción puede ser importante, ya que en el caso de deficiencias en la 5 alfa-reluctasa, la experiencia muestra que un buen número de personas con ese síndrome, tienden a desarrollar identidad maculina al llegar a la pubertad, por lo cual, si tal es la condición de la menor, incluso dentro del marco del actual paradigma, podría ser recomendable postergar la cirugía hasta que la niña precise su identidad de género durante la pubertad.

De otro lado, sí, como se ha señalado en esta sentencia, existen evidencias de que estos procedimientos son susceptibles de provocar daños irreversibles y un resentimiento de los

¹²⁹ Ver Cheryl Chase. “Surgical Progress is not the answer to Intersexuality” en Journal of Clinical Ethics. Vol 9, No 4, pp 385 y ss.

¹³⁰ Ver folio 23 del expediente

¹³¹ Ver folio 93 del expediente.

pacientes hacia sus propios padres ¿no era acaso el deber de los médicos informar de tales riesgos a unos padres que explícitamente manifiestan su temor por los eventuales reclamos futuros de su hija y por el sufrimiento que pueden provocar esas cirugías?.

En tales circunstancias, todo indica que realmente todavía no se está suministrando una explicación suficiente para que los padres suministren un consentimiento informado. Y de todos modos, las intervenciones se realizan sin la autorización de los propios pacientes, a quienes se sigue ocultando una gran parte de la información, sin que sea claro si esta les será suministrada posteriormente, al llegar a la edad adulta. El ambiente de secreto y ocultamiento persiste, con sus efectos psicológicos traumáticos, sin que sea fácil eliminarlo de los actuales procedimientos, pues parece inherente a ellos, como bien lo señalan los críticos.

65- Lo anterior se explica porque, para algunos, creer que la postergación de las cirugías hasta que el menor pueda decidir implica igualmente un aplazamiento de la asignación de sexo hasta ese momento. Pero eso no es así: las propuestas alternativas precisan que debe siempre asignarse un género masculino o femenino al menor, quien tiene entonces, social y legalmente, una identidad sexual clara. La persona crece entonces con un papel de género socialmente definido, pues su carencia efectivamente puede ser traumática, ya que en nuestras sociedades, hasta el presente, el género estructura una gran parte de nuestras interacciones. Por ende, el argumento sobre la indefinición de género en el trato social no es relevante. Es más, la peticionaria en el presente caso ya tiene un género atribuido, pues ha sido educada como mujer, por lo cual, si esa fuera la discusión, la presente acción de tutela sería irrelevante. El interrogante es otro, a saber: si la asignación de sexo de esta menor debe o no acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales posteriormente, destinados a adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado, o si esas intervenciones médicas deben ser postergadas hasta que la propia niña pueda dar un consentimiento informado.

Y la petición de principio consiste precisamente en considerar que la conservación de los genitales ambiguos es obligatoriamente muy traumática, mientras que las cirugías tempranas casi siempre funcionan y son benéficas para el menor y para sus padres, cuando precisamente eso es lo que actualmente se discute, pues los críticos objetan que las operaciones son potencialmente muy dañinas, se fundamentan en teorías psicológicas discutibles y discutidas, y desconocen la autonomía del paciente.

66- Es cierto que, como lo señala el llamado informe Belmont y otros textos en esta materia, la distinción entre terapias aceptadas e investigaciones biomédicas no siempre es nítida; sin embargo, conforme a los cánones generalmente aceptados, lo propio de una terapia rutinaria es que pretende beneficiar al paciente y existen unas expectativas razonables de el juez debe evaluar los alcances del debate científico con el fin de determinar cuál es el estándar de consentimiento que debe aplicarse. Esto ocurre exactamente en el presente caso, pues la decisión de la Corte sobre la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres es distinta si se trata de un tratamiento necesario, rutinario y comprobado, que si estamos enfrente de una práctica riesgosa que efectivamente se va a alcanzar ese objetivo. Ahora bien, esas expectativas deben fundarse en teorías generalmente aceptadas en la comunidad científica o en estudios empíricos convincentes, que demuestren la eficacia, así como los límites de las intervenciones médicas. En el asunto que se somete a consideración, la Corte no encuentra razones que justifiquen la urgencia y necesidad de las actuales terapias. De otro lado, conforme al material probatorio

reunido en el expediente y a la amplia literatura académica consultada, para la Corte también resulta claro que esas intervenciones quirúrgicas y hormonales tienen riesgos de provocar daños físicos y psicológicos graves a la menor. Es cierto que, debido precisamente a la carencia de datos concluyentes, no se puede determinar con claridad qué tan grande es la probabilidad de que se presenten esos daños, más aún cuando de la evidencia derivada del testimonio de numerosos pacientes resulta una prueba convincente, y por el momento incontrovertida, de que estas intervenciones son riesgosas. Es posible que en el futuro, nuevas investigaciones demuestren que esos daños ocurren sólo excepcionalmente y que esas intervenciones son necesarias y benéficas; sin embargo, conforme a la evidencia disponible al momento de tomar esta decisión, es claro que para la menor XX el riesgo de provocar daños graves e irreversibles es altamente probable.

67- La Corte aclara que no resolverá ni mediará en un debate científico, pues se debe proteger la autonomía de la comunidad científica, y en especial del estamento médico, para evaluar los resultados de sus tratamientos y de sus investigaciones, sino que, además, en general los jueces carecen de la formación académica específica para poder llegar a conclusiones claras en estos debates científicos. Por ello, esta Corte ha señalado que en principio no le compete entrar a dirimir controversias académicas o científicas¹³². Sin embargo, como en el presente asunto no existe acuerdo en la comunidad científica sobre las características de los tratamientos aplicados a la menor hermafrodita, era necesario que la Corte, con base en el material probatorio y la literatura académica sobre el tema, investigara la naturaleza de esas terapias.

Consecuencias jurídicas del anterior examen, la ilegitimidad del consentimiento sustituto para el caso de la menor XX

68- La calificación de estos tratamientos como procedimientos invasivos y riesgosos tiene consecuencias jurídicas trascendentales sobre la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres de la menor. En efecto, como se vio en el fundamento jurídico No. 12 de esta sentencia, la necesidad de consentimiento informado es todavía más importante en el caso de prácticas médicas invasivas y riesgosas, pues esa autorización es la única forma de proteger la dignidad de los pacientes. Esta exigencia especial resulta perfectamente acorde con la Constitución puesto que, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que este logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que si bien incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, lo cierto es que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuales no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.

69- Una conclusión parece entonces desprenderse del examen precedente: la madre de la menor XX no puede autorizar que su hija sea sometida a operaciones o tratamientos hormonales destinados a remodelar la apariencia de sus genitales, por cuanto se trata de procedimientos

¹³² Ver, entre otras, la sentencia C-481 de 1998.

que, para este caso, no es claro que sean urgentes, y por el contrario existen evidencias de que son riesgosos y muy invasivos. Esas terapias serían entonces, en este momento, contrarias tanto al principio de beneficencia como al de autonomía, por lo cual el consentimiento sustituto materno no parece constitucionalmente admisible.

70- Con todo, podría objetarse que la anterior conclusión no es de recibo, por cuanto no existen tampoco pruebas de que esas terapias sean en todos los casos perjudiciales e innecesarias. Sin embargo, ese reparo, si bien se funda en un hecho cierto, tampoco desvirtúa que es un tratamiento invasivo; es más se ha comprobado que ha ocasionado en ciertos casos daños graves e irreversibles al paciente, mientras que su utilidad es discutible, por lo que la protección de los intereses superiores de la menor es necesaria.

Los límites de la anterior solución y la privacidad de los hogares

71- La Corte considera que la anterior argumentación es muy convincente, pues es deber de las autoridades proteger los derechos de los niños, que prevalecen sobre aquellos de los demás (CP art. 44). Por ende, un tratamiento sobre la niña XX que sea riesgoso, invasivo y, al parecer, poco urgente, no debe ser permitido, aunque cuente con la autorización de la madre. Sin embargo, podría opinarse que la prohibición del consentimiento sustituto paterno afecta gravemente otros principios constitucionales; no es entonces claro que tal deba ser la decisión de la Corte, lo cual muestra nuevamente la complejidad del presente asunto. En efecto, esta Corporación encuentra que una decisión de ese tipo (i) no sólo invade profundamente la privacidad de los hogares sino que además (ii) puede condenar a la niña hermafrodita y a su madre a liderar, sin proponérselo, un cambio de las actitudes sociales frente a la ambigüedad genital. Entra pues esta Corporación a analizar esas dos objeciones.

72- El balance del debate científico sobre los tratamientos tempranos aplicados a los menores hermafroditas mostró que la necesidad y utilidad de estas terapias no están plenamente probadas. Sin embargo tampoco ha sido demostrado que estas intervenciones médicas sean en la mayor parte de los casos dañinas, ni que una persona con ambigüedad genital no pueda en general desarrollarse en forma satisfactoria sin haber sido operada. Esa situación ha conducido a dos conclusiones opuestas. Así, los defensores del actual paradigma tienden a sostener que es legítimo que las operaciones tempranas continúen, con el consentimiento paterno, mientras no se demuestre que en la gran mayoría de los casos estas cirugías fracasan y provocan daños; por el contrario, los críticos del actual manejo argumentan que esas intervenciones deben ser suspendidas mientras no exista una evaluación sistemática y de largo alcance sobre sus riesgos y beneficios. Esto muestra pues que, como dice un analista sobre el alcance de esta discusión, “las divergencias provienen en gran parte de puntos de vista empíricos mutuamente exclusivos”, sin que por ahora sea posible determinar con exactitud cuál perspectiva es acertada¹³³.

73- Por consiguiente, en este caso concreto, la Corporación debe reconocer que en virtud de tal incertidumbre, ante todo se deben evitar los daños de las prácticas médicas (*primum non nocere*), sobre todo cuando estas afectan a menores que no pueden consentir. Esta conclu-

¹³³ Edmund G. Hove. “Intersexuality: what should careproviders do now?” en *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 9, No. 4, pp. 338 y 339.

sión es en principio legítima, pero riesgosa, pues es cuestionable que un padre imponga esos peligros a su hijo.

Sin embargo, esa conclusión puede resultar problemática cuando la ausencia de tratamiento implica también una amenaza importante para la salud del menor, y no es posible adelantar estudios médicos concluyentes sobre las bondades y riesgos de la terapia propuesta, antes de que se haya producido el eventual daño derivado de la falta de cuidado médico. En efecto, en tal evento, prohibir que el padre autorice el tratamiento hasta que este sea adecuadamente probado puede privar al niño de una terapia que hubiera podido resultarle benéfica.

Así, supongamos que un infante padece un cáncer grave y que existe un nuevo tratamiento para enfrentarlo, pero cuyos beneficios aún no están garantizados; además, conjeturemos que algunos científicos importantes cuestionan la base teórica de este nuevo enfoque terapéutico, que se sabe que es físicamente agresivo sobre los pacientes, al punto que, en algunos casos, está probado que ha acelerado su muerte. Sin embargo, otros científicos consideran que es posible que ese tratamiento funcione para ese cáncer, que hasta el momento no parece tener una terapia satisfactoria. En tal caso, ¿debe prohibirse a los padres que autoricen que a su hijo le apliquen ese tratamiento, mientras su eficacia no haya sido probada en adultos? No parece claro, pues mientras se adelantan esas comprobaciones, su hijo habría fallecido. En tales situaciones, ¿no es entonces más razonable permitir que los progenitores tomen la decisión médica, luego de sopesar los riesgos y eventuales beneficios de la intervención médica?

74- Ahora bien, *mutatis mutandi*, la situación médica de la ambigüedad genital es similar al anterior ejemplo. Así, los actuales tratamientos han provocado daños, y no existen evidencias convincentes de que sean necesarios ni benéficos; sin embargo tampoco es claro que sean inútiles y perjudiciales en la gran mayoría de los casos. En efecto, como bien lo señala uno de los expertos colombianos, la postergación de las cirugías hasta que el menor pueda consentir plantea problemas debido a la cultura de intolerancia que infortunadamente todavía prevalece en nuestro medio en relación con la diversidad sexual. Es posible entonces que una persona con genitales ambiguos se vea obligada a enfrentar un medio social, e incluso familiar, hostil, lo cual puede efectivamente afectar negativamente su desarrollo psicológico. Además, debido a la ausencia de psicoterapeutas especializados en el tema, tampoco es claro que el menor y sus padres puedan recibir la atención adecuada en este campo, que parece decisiva para el éxito de los tratamientos sustitutos. Igualmente, la falta de redes de personas intersexuales, que puedan ayudar a los padres y al menor, también constituye una limitación grande al desarrollo de estos protocolos alternativos.

Finalmente, pero no por ello menos importante, la decisión de prohibir, en este caso en forma absoluta, las cirugías tempranas y los tratamientos hormonales corre el riesgo de no ser adecuadamente comprendida por la madre de la menor, quien podría concluir que el juez constitucional ha forzado a su hija a conservar unos problemas físicos, que podían ser corregidos médicamente. Esta percepción es comprensible, pues en nuestras sociedades muchas relaciones interpersonales están estructuradas sobre la existencia de sólo dos sexos biológicamente definidos. Los padres de un hermafrodita experimentan entonces, como ya se señaló, una suerte de duelo porque su hijo es “defectuoso”. Pero ese duelo puede convertirse en resentimiento si los padres concluyen que esa “anormalidad” podía ser corregida, pero una decisión judicial impide la realización de las intervenciones médicas pertinentes. Esta reacción puede entonces tener dos efectos graves: de un lado, la desesperación podría llevar a que los padres

buscaran, en forma clandestina, la “normalización” de esos genitales ambiguos por personal no especializado, con graves riesgos para la salud del menor. Así, Meyer Bahlburg describió el caso de una niña que tuvo que ser hospitalizada de emergencia, pues su padre intentó arrancar con sus manos el clítoris inusual de la menor¹³⁴. Estas situaciones son obviamente extremas y deben ser sancionadas, pero ilustran el otro riesgo, que no es tan inusual, y es el siguiente: la prohibición de las cirugías puede privar a los niños del afecto de sus padres, ya que los progenitores tenderían a pensar que una decisión judicial les legó niños defectuosos. Ahora bien, varios estudios han demostrado que para los menores que tienen defectos físicos—como la sordera o las parálisis—o apariencias físicas no usuales—como los hermafroditas—, el apoyo, el amor y la comprensión de los padres constituye uno de los factores definitivos para que tengan un buen desarrollo psicológico y humano. En efecto, este apoyo parental fortalece la autoestima del menor, lo cual aumenta su capacidad para enfrentar eventuales estigmatizaciones a nivel social. Así, en su estudio sobre personas nacidas con micropenes (ver supra Fundamento Jurídico No 46), Reilly y Woodhouse concluyeron que la actitud parental era tal vez el factor decisivo en la suerte de estas personas. Cuanto mejor informados y más tolerantes sean los padres, entonces “más confiados y mejor adaptados” son sus niños, mientras que aquellos padres que enfatizaban la “anormalidad” de sus hijos o se negaban a discutir con ellos sus problemas, provocaron timidez y ansiedad en ellos¹³⁵. Y en ese punto coinciden algunos de los defensores del actual paradigma. Así, el psicoendocrinólogo David Sandberg señala que en su experiencia clínica, “un determinante muy fuerte de cómo se va a conducir el niño intersexual en la vida es la capacidad de los padres de aceptar al niño y comprender lo que le ha sucedido, de manera que no perjudique la crianza del menor¹³⁶. “Este especialista señala que la importancia de esa actitud parental es independiente “de que el niño reciba o no cirugía”, pero que, según su experiencia, “muchos padres no aceptan al niño cuya apariencia genital no haya sido corregida quirúrgicamente”. Es cierto que la cirugía temprana no es absolutamente necesaria, pues como dice la pediatra Justine Schoberg, “las cirugías tranquilizan a los padres y a los médicos, pero el apoyo psicológico también tranquiliza a las personas, y no es irreversible.¹³⁷” Sin embargo, la prohibición absoluta de esas intervenciones médicas corre el riesgo de erosionar el afecto de los padres por sus hijos.

75. Todo lo anterior muestra que la Corte, si prohíbe el tratamiento a esta menor hermafrodita, puede efectivamente evitar un posible perjuicio médico irreversible, pero su decisión obligaría a la niña y a su familia a liderar, en los próximos meses y años, una forma de experimento social, pues estas personas deberían intentar abrir espacios de tolerancia social a su diferencia física, sin que exista ninguna certeza sobre los resultados de ese proceso para el desarrollo personal de los infantes. En tales condiciones, la decisión de la Corte de declarar una moratoria de la cirugía de la menor hasta que la propia niña pueda consentir, corre el riesgo de instrumentalizarla, junto con su madre, pues se les impondría la carga de lograr difíciles transformaciones sociales para asegurar espacios de tolerancia frente a su condición. La prohibición de esta intervención médica se traduce entonces en la puesta en obra de una experimentación

¹³⁴ Citado por Susanne Kessler. *Op-cit*, p 91.

¹³⁵ Reilly y Woodhouse. *Op-cit*, p 571. Según su análisis, los seis pacientes que manifestaron haberse resentido por las burlas de sus compañeros, todos expresaron resentimiento frente a la actitud negativa de sus padres frente a sus genitales inusuales.

¹³⁶ Ver sus declaraciones en *Hermaproditas with attitude*, Inverino 1995, p. 9.

¹³⁷ Ver Justine Schoberg. *Long Term Outcomes...* *Loc-cit*, p. 20.

social cuyas consecuencias para la menor, que es el interés esencial que esta Corte debe proteger, son imprevisibles.

En tales circunstancias, no existiendo total claridad sobre el daño y la poca urgencia de la cirugía que solicita la madre, la prudencia debe guiar la actividad judicial, lo que haría pensar que correspondería preferentemente a la madre evaluar los riesgos y tomar la decisión que parezca más satisfactoria para su hija, sin que los jueces deban entrometerse en esa determinación, que haría parte entonces de la esfera de la privacidad familiar.

76- El razonamiento precedente conduce a la última objeción contra la prohibición constitucional de cualquier cirugía temprana para la niña con ambigüedad genital, y es la siguiente: por medio de tal decisión, los jueces interfieren en forma profunda en la autonomía y privacidad del hogar, pues el tratamiento médico de la menor es definido por una sentencia judicial, y no por su madre. Ahora bien, la familia no es sólo el núcleo de la sociedad (CP arts. 5° y 42), sino que es uno de los espacios esenciales en donde se gesta el pluralismo, que es un principio constitucional de particular relevancia (CP arts. 7°, 8° y 70). Así, el respeto a la privacidad de los hogares usualmente ha sido defendido como una garantía de la autonomía de los adultos; y sin lugar a dudas cumple esa función. Pero esa protección de la intimidad hogareña pretende también estimular el pluralismo, en la medida en que evita que todas las personas sean educadas de la misma forma ya que corresponde a los padres la responsabilidad primaria por la crianza de sus hijos. Las familias juegan entonces en nuestras sociedades un papel fundamental en la socialización de los niños. De esa manera, las distintas visiones de los padres permiten que los niños de los diferentes hogares desarrollen perspectivas culturales diversas, mientras que un sistema estatalizado de crianza tendería a generar una uniformización cultural muy intensa. Por ello, si la diversidad cultural es valorada como un elemento que enriquece a la sociedad y debe ser estimulado, como lo hace la Constitución (CP arts 7° y 8°), es natural que se proteja la función educadora primaria de las familias, pues conferir a los padres esa función, es una forma de preservar el pluralismo.

Esta protección del papel predominante de los padres en la formación de sus hijos es clara en la normatividad sobre el tema. Así, la Constitución expresamente señala que los padres tienen el derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores (CP art. 68). Por su parte, el artículo 3.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la obligación de los estados de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, pero teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. Igualmente el artículo 5° señala que los estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. El artículo 7° señala que el niño tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Y finalmente el artículo 14-2 de ese tratado establece también que los estados respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Por consiguiente, la Carta y los pactos de derechos humanos atribuyen a los padres la responsabilidad esencial de la crianza de sus hijos, no sólo porque consideran que los progeni-

tores son quienes mejor pueden comprender y satisfacer las necesidades de los menores, sino también porque es una forma de preservar estilos de vida y perspectivas culturales muy diversas. Otras sociedades han recurrido a otros sistemas de crianza, como atribuir directamente al Estado la educación y satisfacción de las necesidades de los menores pero esa estrategia estatista y centralizadora tiene efectos homogeneizantes culturalmente, mientras que el sistema descentralizado de crianza por los padres constituye uno de los grandes bastiones y estímulos al pluralismo en nuestras sociedades, por lo cual merece un especial amparo judicial¹³⁸.

77- Es cierto que la intimidad de los hogares no es absoluta, pues el Estado también tiene el deber de proteger los derechos del hijo, que es uno de los sujetos más débiles en la estructura familiar. Por eso la Carta establece que no sólo la familia sino también el Estado y la sociedad “tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (CP art. 44) y cualquier forma de violencia intrafamiliar debe ser sancionada (CP arts 42 y 44). En ese mismo orden de ideas, la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el interés superior de los menores puede implicar una suspensión de los derechos paternos y de sus representantes. Así, el artículo 19 ordena a los estados adoptar todas las medidas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. En tal evento, agrega el artículo 20, esos niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Sin embargo, la función primaría en la formación de los niños corresponde a los padres y a las familias, y la intervención estatal es excepcional, esto es, opera sólo en situaciones de claro peligro para los derechos del menor.

78- La importancia de la privacidad familiar en el desarrollo del pluralismo tiene efectos sobre la posibilidad de que los jueces excluyan a los padres de tomar ciertas decisiones médicas en nombre de sus hijos. En efecto, como ya se vio en esta sentencia, en el campo médico opera también un cierto pluralismo, pues no existe una única forma de enfrentar las dolencias, por lo cual el desplazamiento de los padres por las autoridades estatales en las decisiones sanitarias sobre sus hijos debe en principio evitarse. Las interferencias judiciales en este campo deben ser minimizadas, debido a sus posibles efectos negativos sobre la protección a la intimidad de los hogares y el pluralismo en materia médica. Una obvia pregunta surge: ¿cuál es el umbral que permite una intervención judicial en este campo? O, formulado en los términos de algunos autores, ¿en qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un “salvador externo”?¹³⁹.

No es fácil encontrar una respuesta a ese interrogante, que deriva de la tensión que existe entre el derecho a elegir de los representantes del menor y el interés estatal en proteger lo que

¹³⁸ Ver, entre otros, Neil S Binder. “Taking Relationship Seriously: Children, Autonomy And the Right to a Relationship”, en *New York University Law Review*. 1994, Vol. 69, No. 7, pp. 155 y ss.

¹³⁹ Ver, por ejemplo, Engelhardt. *Op-cit*, pp. 358 y ss. Según este autor, esa intervención del “salvador externo” es excepcional, esto es, opera en casos extremos como (i) cuando el propio niño pide ser rescatado y los actos u omisiones del tutor sean contrarios a sus intereses, (ii) cuando los actos del tutor sean malevolentes, esto es, pretendan dañar al menor, o (iii) cuando sus actos puedan generar efectos que el tutelado pueda interpretar como daños, siendo competente, o al devenir competente.

más conviene al niño. La Corte considera empero que para enfrentar ese difícil tema en materia sanitaria resulta ineludible que debe tomarse en cuenta: (i) la necesidad y urgencia del tratamiento; (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor. Sin embargo, el papel *prima facie* preponderante de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia de la intimidad familiar en el desarrollo del pluralismo, incluso en el campo médico, permiten agregar una especie de elemento de cierre, en los casos controvertidos, la cual equivale a una especie de *in dubio pro familia*, y puede ser formulada así: si el juez tiene dudas sobre la decisión por tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados. Por consiguiente, en el presente caso, como no está totalmente probado que los tratamientos a los menores intersexuales sean siempre dañinos e innecesarios, la duda debe ser resuelta en favor de la privacidad hogareña. Habría entonces que admitir la existencia de un pluralismo médico para enfrentar la ambigüedad genital, y que por ende corresponde a los padres decidir si autorizan o no las cirugías tempranas destinadas a modelar la apariencia de los genitales de sus hijos, en la mayoría de los casos.

Los límites del consentimiento paternal y de la privacidad médica de las familias

79- Con todo, podría objetarse que la anterior conclusión no es válida por cuanto la protección *prima facie* del derecho de los padres a tomar decisiones sanitarias en beneficio de sus hijos parte de dos supuestos básicos: (i) que los padres son quienes mejor comprenden y amparan los intereses de los menores, y que (ii) dentro de ciertos límites, las familias pueden desarrollar visiones pluralistas de los problemas de salud. Sin embargo, existen evidencias fuertes de que los padres no sólo raramente desarrollan opciones pluralistas en esta materia sino que, más importante aún, tienen mucha dificultad para entender verdaderamente los intereses de sus hijos con ambigüedad genital. En efecto, el tema del hermafroditismo ha permanecido en el silencio en nuestras sociedades, de suerte que el nacimiento de un niño intersexual implica para el padre un trauma, que no logra comprender adecuadamente. En tales circunstancias, es perfectamente humano que las decisiones de los padres tiendan más a basarse en sus propios temores y prejuicios, que en las necesidades reales del menor. En cierta medida, los padres hacen parte de las mayorías sociales, que tienen una sexualidad biológica definida, y que ven entonces en los hermafroditas unos seres extraños que ojalá pudieran ser “normalizados” lo más rápidamente posible. Los hijos corren entonces el riesgo de ser discriminados por sus propios padres.

80- Conforme a lo anterior, en este caso de hermafroditismo existen dificultades objetivas para que la madre realmente comprenda y defienda los intereses de su hija, ya que es una menor que aparentemente goza de una edad que le permite tener mayor conciencia de su cuerpo y de su individualidad; igualmente, tampoco parece fácil que esta familia desarrolle opciones distintas a las ofrecidas por el actual paradigma de tratamiento, no sólo porque los equipos médicos plantean las cirugías tempranas como la única alternativa, sino además porque esa opción disminuye los temores de los progenitores, ya que les permite creer que su hijo ha sido normalizado gracias a la intervención quirúrgica. Ahora bien, la Corte recuerda que una de las funciones esenciales de los jueces constitucionales es precisamente proteger a las minorías. La Corte debe entonces asumir la vocería de la menor, por lo cual es válido que, en este caso específico de ambigüedad sexual, los jueces legítimamente interfieran en la privacidad de los hogares, a fin de proteger los intereses superiores de una menor que podría tener un mayor grado de

autonomía en la decisión de su sexualidad. Por medio de esta sentencia, entonces podría decirse que las cirugías tempranas y los tratamientos hormonales a la menor hermafrodita deberían ser postergados hasta que la propia persona pueda brindar un consentimiento informado puesto que la decisión paterna puede no estar orientada a verdaderamente proteger los intereses de la menor.

El problema del consentimiento sustituto en el caso de la niña NN tutela de los padres y la protección estatal especial para la menor

81- El análisis precedente parece conducir a un nuevo callejón sin salida: la Corte no puede prohibirle a esta menor la cirugía, pues invade la privacidad familiar y podría estar sometiendo a esta niña a un incierto experimento social; pero tampoco es adecuado que la madre pueda decidir por su hija, por cuanto no es claro que su opción se fundamenta en los intereses de la menor, teniendo en cuenta que ella podría gozar de una mayor capacidad para decidir su futuro. Una pregunta naturalmente surge: ¿existe alguna posibilidad de armonizar el respeto a la privacidad familiar con la protección especial que merece la menor hermafrodita contra toda discriminación (CP art. 13), incluyendo eventualmente la de sus padres? La Corte considera que el equilibrio debe evaluarse en cada caso concreto, y de manera especial para el asunto sometido al presente examen, la Corte estima que para favorecer el consentimiento informado de la menor, la madre debe colaborar para que su hija tome la decisión, pero es necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a la progenitora a tomar en cuenta la situación actual del debate médico y a reflexionar y decidir teniendo como eje central los intereses reales de la menor.

82- En efecto, si se establecen reglas para asegurar que los padres ejerzan una tutela o protección adecuada de la menor, es necesario que sean capaces de comprender la complejidad de la intersexualidad, así como los riesgos de los actuales tratamientos para sus hijos, entonces aumenta la protección de los intereses del menor, sin que los jueces interfieran en la privacidad familiar. Como es obvio, esta información debe ser suministrada en un lenguaje comprensible para la madre, de acuerdo con su nivel cultural, y los equipos interdisciplinarios deben cerciorarse que los datos han sido adecuadamente entendidos. Esto significa que durante ese proceso complejo y difícil de decisión, la madre debe recibir no sólo la información objetiva sino el apoyo psicológico que le permita asimilarla y superar el impacto emocional que puede significar para ella la actual situación de su hija.

83- En esta sentencia, la Corte ya señaló que el consentimiento sustituto materno para la modelación de los genitales de NN planteaba dos objeciones: de un lado, las críticas generales al actual paradigma y de otro lado, el hecho de que NN no es una niña de pocos meses sino que ya tiene más de ocho años, lo cual resta urgencia a las cirugías, incluso conforme a los criterios médicos hoy dominantes, y hace más lesiva la invasión de su autonomía. Esta Corporación, para resolver el presente caso, ya examinó *in extenso* las consecuencias jurídicas de las críticas al actual paradigma del manejo de los menores intersexuales, y concluyó que la niña puede contar con especial apoyo de su madre, quien deberá gozar de un “consentimiento informado, cualificado y persistente”, esto es, suficientemente capaz de apoyar de manera eficiente la decisión de la menor. De igual manera, la niña deberá tener el especial apoyo que el Estado ofrezca a las personas con ambigüedad genital.

84- Esta Corporación considera que, si se tiene en cuenta que la menor ya tiene un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia clara de su cuerpo y una identificación de género definida, el consentimiento sustituto paterno pierde legitimidad constitucional, y las cirugías e intervenciones hormonales para modelar sus genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas. Tres razones llevan a la Corte a esa conclusión.

De un lado, la urgencia de la cirugía desaparece, pues el actual paradigma justifica esas intervenciones tempranas para que, desde que el niño comienza a adquirir conciencia de su cuerpo, su apariencia genital concuerde con el sexo asignado, y de esa manera desarrolle una identidad de género inequívoca; pero, en este caso ¿cuál es la urgencia de la intervención si no existe peligro de muerte para la niña? No es clara. Además, si el menor ya tiene una identidad de género consolidada ¿qué utilidad pueden tener esas riesgosas intervenciones para su adecuado desarrollo psicológico? No resulta evidente, sobre todo si el niño se ha desarrollado cognitivamente y afectivamente al punto de tener conciencia de su cuerpo y de lo que le sucede, puesto que el infante sabrá perfectamente que hubo una modificación quirúrgica de la apariencia de sus genitales, con lo cual se pierde la univocidad de la asignación de género, que es lo que pretenden los actuales tratamientos.

Ahora bien, la demanda de tutela y algunas de las intervenciones de los expertos se han limitado a señalar que, en el presente caso, la urgencia no es tan evidente, pero que de todas formas esas cirugías deben realizarse antes de la pubertad, pero no han presentado, a juicio de esta Corporación, ningún argumento decisivo para sustentar esa tesis. Así, es cierto que es posible que la niña sea sometida a burlas y marginaciones por sus genitales inusuales, pero no es razonable suponer que la cirugía pueda evitar el impacto psicológico de su ambigüedad genital, pues la menor será perfectamente consciente de que sus genitales eran extraños y fueron remodelados quirúrgicamente. Igualmente, es indudable que al llegar a la pubertad, renace en las personas la curiosidad sexual, que atraviesa, conforme a la teoría psicoanalítica, por un cierto estado de latencia en los años precedentes, por lo cual la persona adquiere desde el inicio de la adolescencia una mayor conciencia de que sus genitales son distintos a los de la mayoría. Por ende, es posible que en ese momento la persona pueda sentirse más afectada por su ambigüedad genital, sobre todo si ciertas descargas hormonales provocan modificaciones en su cuerpo, que pueden ser contrarias al sexo asignado, como podría suceder en el caso de la menor NN. Sin embargo, esa situación, en vez de legitimar el consentimiento materno sustituto sobre una menor de varios años de edad, apunta en la dirección totalmente contraria: lo razonable en tales casos es precisamente que sea la propia menor quien, al experimentar esos cambios en la pubertad, y obviamente con el debido apoyo psicológico, pueda definir con mayor precisión su identidad de género y decidir si asume o no los riesgos de las cirugías y los tratamientos hormonales destinados a reconstruir sus genitales.

85- En segundo término, si la menor ya tiene conciencia clara de su cuerpo, entonces una cirugía cuya finalidad no le es claramente explicada (y conforme al actual paradigma, esta debe realizarse así, precisamente para evitar ambigüedades en la identidad de género) es muy posiblemente percibida por el infante como una agresión, un maltrato o un castigo, todo lo cual tiene efectos psicológicos graves, incluso devastadores, como lo muestran los testimonios reseñados en esta sentencia de aquellas personas que fueron operadas tardíamente¹⁴⁰. En efecto, estos cambios del cuerpo, cuando no son explicados, afectan profundamente la identi-

dad del menor, tal y como pudo comprobarlo esta Corporación, en otro caso, en donde tuvo que analizar si una intromisión poco invasiva y reversible, como la imposición de un corte de cabello, podía o no llegar a causar traumatismos psicológicos en una niña de cuatro años. El testimonio de la experta consultada en ese proceso resulta relevante, pues señaló al respecto:

“La noción del yo es primero corporal. La importancia que reviste el propio cuerpo y el cuerpo de los padres es prioritaria en las primeras épocas de la vida. Si reconocemos la identidad básica del niño como una identidad corporal, si interpretamos que debe construir su diferenciación de los demás, comprenderemos sus dificultades para elaborar los cambios en el propio cuerpo. Cambiar trae siempre sentimientos ambivalentes. Aun en los cambios deseados se mezclan la ansiedad o la angustia con otras impresiones o sentimientos placenteros. Sea un cambio de casa, de relación o de la propia apariencia, no importa de qué cosa se trate, los cambios son mejor absorbidos si el niño está preparado de antemano para recibirlos y tanto mejor si no son bruscos. Los niños pequeños pueden vivir cambios mínimos con una magnitud desproporcionada, esto dependerá de sus fantasías inconscientes y del manejo que los padres y el ambiente que los rodean den a la situación” (subrayas no originales)¹⁴¹.

86- Finalmente, y ligado a todo lo anterior, si el menor tiene varios años, entonces ya ha adquirido un grado de autonomía, que merece una mayor protección constitucional, por lo cual la legitimidad del consentimiento paterno sustituto se reduce considerablemente. En efecto, como ya se señaló anteriormente en esta sentencia, mientras más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), lo cual explica que la Convención sobre los Derechos del Niño señale que el menor que “esté en condiciones de formarse un juicio propio” tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, en función de su edad y madurez.

87- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que, en este caso, como la niña hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida. En esa situación, tanto el principio de beneficencia como el de autonomía ordenan que, en el presente caso, las cirugías deben ser postergadas, puesto que la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares no opera para la menor XX, ya que el juez constitucional no está desplazando a la familia en sus decisiones sanitarias sino que está potenciando, dentro del hogar, la autonomía del menor, que de todos modos ya debe ser tomada en cuenta. Por ende, la Corte concluye que en estas situaciones, las cirugías y los tratamientos hormonales deben ser postergados hasta que la propia persona pueda autorizarlos.

88- Una obvia pregunta surge: ¿a qué edad se puede presumir que han ocurrido los cambios psicológicos que invalidan el consentimiento sustituto paterno en caso de ambigüedad genital de

¹⁴⁰ Ver, entre otros, los testimonios reseñados en esta sentencia de Angela Moreno, Sherry Groveman y Listeth Barcellos.

¹⁴¹ Concepto de la psicóloga y psicoanalista Martha Lapacó de Van Hissenhoven, citado por la sentencia SU-642 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 8.

la menor XX? No existe una respuesta clara a ese interrogante, por cuanto las diferentes personas se desarrollan en distinta forma, y existen a veces agudas controversias entre las diversas escuelas psicológicas sobre la manera como los seres humanos evolucionan, desde el nacimiento hasta la madurez. Como es obvio, no corresponde a esta Corporación dirimir esas difíciles polémicas.

Sin embargo, es importante resaltar que numerosos estudios de Psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque¹⁴², coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos. Así, por no citar sino algunos de los planteamientos más significativos, desde una perspectiva psicoanalítica freudiana, a esa edad el niño ya ha claramente superado la etapa fálica, en donde precisamente muestra un particular interés en la exploración de los genitales y en conocer las diferencias anatómicas existentes entre los sexos, y se encuentra superando la fase edípica, en donde consolida su identidad de género. Igualmente, según Kohlberg, los niños forman un mapa cognoscitivo de los papeles de género entre los tres y cuatro años, y desde ese periodo empiezan a moldear sus comportamientos hacia esos roles¹⁴³.

Finalmente, desde un punto de vista cognitivo, conforme a los estudios de Piaget, entre los dos y los cinco años, los infantes superan la etapa preoperacional y empiezan a dedicarse al pensamiento operacional concreto, lo cual implica un desarrollo importante de la inteligencia y de la conciencia de lo que ocurre a su alrededor, pues los menores ya pueden, según la terminología de este autor, descentrar el pensamiento, concentrarse en las acciones y no sólo en los estados, e invertir mentalmente las operaciones.

89- Por ende, la Corte concluye que, como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida de la menor si no se practica la operación, no es posible que, en el presente caso, la madre autorice la intervención y los tratamientos hormonales para su hija, que ya tiene más de ocho años. Por consiguiente, esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado de NN y por ello la tutela no debe ser concedida, pues no se acogerá la solicitud concreta de la madre que pretendía la autorización de los procedimientos. Sin embargo, es necesario que el juez constitucional tome las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de la menor. Por ello la Corte amparará el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la peticionaria NN (CP arts 1º, 5º, 13 y 16), y ordenará entonces a las autoridades competentes, que tomen las medidas necesarias para que esta niña y su madre reciban el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario que se requiera, para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan. Igualmente, deberá conformarse un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso. A este equipo corresponderá entonces establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción.

¹⁴² Para una síntesis de esas perspectivas, ver, entre otros, Robert F Biehler. Introducción al desarrollo del niño. México: Diana, 1980, capítulos 9 a 11.

¹⁴³ Ver Laurence Kohlberg. "A Cognitive-developmental Analysis of Children's Sex Role Concepts and Attitudes", 1966, citado por Robert F Biehler. *Op-cit*, p. 337

90- Una pregunta surge del anterior examen: ¿hasta qué edad se debe esperar para que la niña pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales? No existe una respuesta tajante a ese interrogante, e incluso quienes defienden los protocolos alternativos reconocen que se trata de un problema muy difícil de resolver¹⁴⁴. Por ende, en cada caso concreto, corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños de 8 o 9 años pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos¹⁴⁵. Sin embargo, la Corte precisa, en segundo término, que en este caso, la menor debe autorizar una intervención médica, que es invasiva, riesgosa e irreversible, por lo cual, conforme a los criterios señalados en esta sentencia, su consentimiento debe también ser cualificado. La Corte considera entonces, que para asegurar la autonomía de la paciente, es deber de estos equipos interdisciplinarios no sólo apoyar psicológicamente a la persona sino también establecer un procedimiento para la adopción de la decisión por la paciente que permita garantizar que la autorización será lo más informada y genuina posible. Así, en algunos casos, es posible que al inicio de la pubertad, la menor goce de la autonomía suficiente para aceptar una intervención quirúrgica, mientras que, en otros eventos, el equipo interdisciplinario puede concluir que es necesario postergar un tiempo más la decisión, pues la persona no goza de una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios de esas intervenciones. Igualmente, es posible que, siguiendo las orientaciones de los protocolos médicos, los equipos interdisciplinarios opten por una autorización por etapas, de tal manera que primero se administren ciertas hormonas, con efectos más reversibles, y sólo después de un tiempo pueda procederse a las intervenciones más irreversibles, como la cirugía. La Corte considera que serán cada vez más importante los testimonios y los criterios de los propios menores. Por ello, como dice, en forma sugestiva un especialista sobre en la materia, el profesor William Reiner: “En últimas únicamente los niños ellos mismos son quienes pueden y deben identificar quiénes y qué son. A nosotros los clínicos y los investigadores nos corresponde escuchar y aprender”¹⁴⁶.

Decisión por tomar

91- Conforme a lo anterior, la Corte ha tomado las siguientes determinaciones. En primer término, esta Corporación precisa que para proteger la intimidad de la peticionaria y de su madre, el presente expediente tiene reserva y sus nombres no podrán ser divulgados; pero las pruebas científicas que sustentan esta sentencia podrán ser consultadas en la sede de la Corte. En segundo término, la Corte no accederá a las pretensiones de la madre de la menor NN, por cuanto corresponde a la menor tomar la decisión sobre su identidad sexual. En tercer término,

¹⁴⁴ Ver, por ejemplo, Alice Dreger. *A History of Intersexuality...* *Loc-cit.*, p. 353.

¹⁴⁵ Así, el Presidente del Colegio Médico de Chile, doctor Enrique Accorsi, señaló en el Consejo de la AMM, durante la 150 sesión, que “debido a la cantidad de estímulos y de información que los menores reciben en la actualidad, ya a los 8 o 9 años, o incluso antes, tienen perfecta claridad de lo que está bien o está mal, lo que les duele”.

¹⁴⁶ William Reiner. *To be male...* *oc-cit.*, p. 225.

la Corte protegerá los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la niña NN, por lo cual ordenará conformar un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan. La Corte considera que los servicios médicos específicos deberán ser brindados por el ISS, que es donde se encuentra afiliada la peticionaria; pero, debido a sus funciones en la protección de la niñez, esta Corporación considera que corresponde al ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) coordinar, no sólo en este caso, un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso. A este equipo corresponderá entonces establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado con el objeto de que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción.

Aclaración final

La Corte Constitucional entiende que, dentro de los marcos culturales actuales, el nacimiento de un niño con ambigüedad genital implica retos muy difíciles para su familia y para el propio menor. La Corte es perfectamente consciente de los sufrimientos que tales situaciones pueden generar, y es entonces solidaria con la menor y con su madre. Igualmente, esta Corporación tiene claridad de que la intersexualidad no sólo plantea complejos problemas morales, jurídicos y sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como del científico. Por ello, al igual que lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los distintos casos en donde tuvo que enfrentar un tema próximo, como es la transexualidad¹⁴⁷, la Corte Constitucional de Colombia reconoce que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un periodo de transición normativa y cultural. Por consiguiente, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales. Esto tiene consecuencias importantes tanto sobre el alcance de la presente decisión como sobre la responsabilidad de los distintos órganos estatales y de la propia sociedad colombiana en este campo. Así, de un lado, esta Corporación considera que los criterios establecidos en la presente sentencia son los que mejor preservan los derechos fundamentales y los valores constitucionales, en el actual momento histórico. Adicionalmente, la Corte reconoce que, en el presente caso, la decisión e investigación tuvo que limitarse al caso concreto; sin embargo, la Corte reitera que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros

¹⁴⁷ Ver la Corte Europea de Derechos Humanos, casos Van Oosterwijck v. Belgium (ECHR, 1980); Rees v. UK (ECHR, 1986); B v. France (ECHR, 1992); X, Y, & Z v. UK (ECHR, 1997); Sheffield & Horsham v. UK (ECHR, 1998).

nos corresponde escuchar a estas personas y aprender no sólo a convivir con ellas sino aprender de ellas.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **PROTEGER** el derecho a la intimidad de la peticionaria NN y de su madre, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico No. 2° de esta sentencia. El secretario general de la Corte Constitucional y el secretario del juzgado XX que decidió en primera instancia el presente caso deberán garantizar esta estricta reserva.

Segundo: Para salvaguardar la publicidad del proceso, la Secretaría de la Corte Constitucional, con la colaboración del despacho del magistrado ponente, procederá a copiar las pruebas científicas más relevantes del expediente, siempre y cuando estas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un archivo que podrá ser consultado en la sede de la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema.

Tercero: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el juez de tutela XX, a quien correspondió el presente asunto, en cuanto negó las pretensiones de la acción de tutela interpuesta por la madre de la menor NN.

Cuarto: **PROTEGER** el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor NN (CP arts. 1°, 5°, 13 y 16). En consecuencia, en los términos señalados en el fundamento jurídico No 91 de esta sentencia, deberá constituirse un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre. Los servicios médicos específicos deberán ser brindados por el ISS y corresponde al ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) coordinar el equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberá acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso. A este equipo corresponderá entonces establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción.

Quinto: **NOTIFICAR** esta sentencia a la Academia Nacional de Medicina, a la Sociedad Colombiana de Urología y a las facultades de medicina oficialmente reconocidas, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Ministerio de Salud.

Sexto: Por Secretaría General, **LIBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, precisando que el Juzgado XX notificará personalmente esta sentencia a la madre de la peticionaria NN, pero con la debida prudencia para proteger la intimidad y privacidad del hogar.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Presidente
ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado
ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado
CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
FABIO MORON DIAZ, Magistrado
VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

SENTENCIA SU-360

mayo 19 de 1999

BIEN DE USO PUBLICO-No lo constituye/**CONCEJO MUNICIPAL**
-Reglamentación de los usos del suelo

ALCALDE-Protección y acceso al espacio público

Es en los alcaldes sin duda alguna en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público, en su respectiva localidad, atendándose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales y las provenientes de los acuerdos municipales.

ESPACIO PUBLICO-Connotación constitucional

ESPACIO PUBLICO-Ampliación del concepto

BIEN DE USO PUBLICO-Inapropiable

ESPACIO PUBLICO-Elementos que integran el concepto

ESPACIO PUBLICO-Acceso de personas con capacidad de orientación disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad

En el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, -atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos-, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.

ESPACIO PUBLICO-Efectos de los actos de perturbación

LIBERTAD DE LOCOMOCION-Impedimento para transitar en espacios accesibles a miembros de la comunidad

ESPACIO PUBLICO-Reglas para la preservación deben ser razonables

Las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

ESPACIO PUBLICO-Legitimidad de las conductas tendientes a la protección

La Corte constitucional ha advertido la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. La función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención.

ESPACIO PUBLICO-Actuaciones de la policía administrativa

ESPACIO PUBLICO-Solución de problemas sociales por las autoridades debido a la ocupación

ESPACIO PUBLICO-Fenómeno social que conlleva la economía informal

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Conciliación del interés general con los derechos de las personas que ejercen el comercio informal

DERECHO AL TRABAJO-Ejercicio del comercio informal

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Alcance

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Presupuestos

ESPACIO PUBLICO-Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes

ESPACIO PUBLICO-Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes

DERECHO AL TRABAJO-Relación con el empleo

DESEMPLEO-Vendedores ambulantes desalojados

La verdad es que el vendedor desalojado se halla de repente en el desempleo total, con franco deterioro para su forma de vivir, lo cual implica la propagación de la pobreza, que según la OIT es "moralmente inadmisibles y económicamente irracionales". El tema del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado

ESTADO-Deber de propiciar ubicación laboral de las personas en edad de trabajar

ESPACIO PUBLICO-Determinación sitio donde puedan laborar las personas que van a ser desalojadas

EMPLEO-Trabajadores informales

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO AL EMPLEO-Dignidad y justicia social como herramientas jurídicas que las entrelazan

JUSTICIA SOCIAL-Empleo seguro y de buena calidad

DERECHO AL TRABAJO-Normatividad internacional en el tema del desempleo

DESEMPLEO-Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones

Referencia: Expediente T-168937 y acumulados.

Solicitante: Ana Mercedes Martínez de García y otros.

Procedencia: Juzgado 50 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá y otros.

Temas: Espacio público

Derechos al trabajo y al empleo

Confianza legítima

Comercio informal

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Eduardo Cifuentes Muñoz, quien la preside, Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Marta Victoria SÁCHICA de Moncaleano y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

EN EL NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de las acciones de tutela instauradas por 1016 vendedores estacionarios y ambulantes de diversas localidades de Santa Fe Bogotá, contra el Alcalde Mayor del Distrito Capital, Enrique Peñalosa y los Alcaldes Locales de Fontibón, Chapinero, Engativá, Santa Fe, Kennedy, Tunjuelito, Ciudad Bolívar y Suba, según la zona de ubicación de los respectivos solicitantes.

ANTECEDENTES

Por decisión de diferentes Salas de Selección, se ordenó la acumulación de 36 expedientes de tutela a los clasificados con los números T-168937 y T-177309, teniendo en cuenta que todos contienen solicitudes instauradas por personas naturales que han ejercido o ejercen el comercio informal en diversos lugares de Santa Fe de Bogotá, catalogados como espacio público. En vista de la cantidad de vendedores informales vinculados, los nombres de cada uno de los accionantes, según el expediente correspondiente, aparecerán en el capítulo “Casos concretos”. Por ahora se hará una presentación simplificada de las solicitudes de conformidad con las circunstancias específicas de la localidad involucrada, porque si bien es cierto que todos los casos hacen alusión al conflicto entre vendedores ambulantes y estacionarios y las Autoridades Distritales por la recuperación del espacio público, hay perfiles diferentes en cada localidad.

1. SECTOR DE FONTIBON

1.1. De los solicitantes.

Aparecen ellos en 28 expedientes: T-168937; T-169281; T-169839; T-171450; T-170701; T-169279; T-171148; T-171186; T-170628; T-168743; T-169165; T-169415; T-169465; T-170375; T-170374; T-170366; T-170311; T-169946; T-173440; T-172919; T-171173; T-172268; T-174101; T-175859; T-176864; T-176179; T-177910 y T-176118. Estos expedientes comprenden las solicitudes de 130 vendedores informales .

1.2. Hechos generales en el Sector.

Los solicitantes manifiestan que se han venido desempeñando desde hace varios años como vendedores estacionarios en la Localidad Novena de Fontibón y que, reconociendo el interés de la pasada Administración Distrital de proteger el espacio público, aquellos vendedores inicialmente organizados en el Sindicato Nacional de Comerciantes en las Vías Públicas, crearon una cooperativa en la zona, a fin de establecer una comunidad organizada para adquirir el compromiso económico de trasladarse a otro lugar y desalojar paulatinamente el espacio público. Basados en el Decreto 425 de 1995, presentaron ante la Junta Administradora Local un proyecto de desarrollo denominado “Adquisición de terreno y construcción del centro comercial para los vendedores del comercio informal”, para acceder a recursos que les permitieran construir un centro comercial y lograr, en consecuencia, una cofinanciación de un 55% de su proyecto así: 25% a través de la cooperativa y 30% por el “Fondo de Ventas Populares del Distrito”. Adicionalmente los vendedores estacionarios firmaron un compromiso comunitario cuya acta fue entregada oportunamente a la Alcaldía Local, demostrando con ello la seriedad y el interés de aportar una solución a la situación. En consecuencia, la Junta Administradora Local (J.A.L) en la pasada administración distrital, debatió e incluyó dentro del plan de desarrollo local de Fontibón, 1996-1998, el proyecto N° 78 denominado “Adquisición de terreno y construcción centro comercial para vendedores informales” con una inversión de 250.000.000. de pesos m/cte., aprobado mediante Acuerdo N° 004 del 5 de octubre de 1995.

A pesar de los antecedentes anteriores, la nueva administración local, desconociendo el acuerdo anterior y según afirma en cumplimiento de la política establecida por la Administración central, inició los procesos policivos tendientes al desalojo del espacio público de todos

los vendedores que se encontraban en la zona. Los vendedores consideran en consecuencia que se han violado sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 13, 25 y 44 de la Constitución, al desconocerse de plano todas las etapas y gestiones adelantadas con la administración anterior, materializado como derecho adquirido por el acuerdo N° 004 de 1995. Alegan que se vulneró el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el de igualdad en la ejecución de los proyectos del Plan de Desarrollo, la dignidad humana y los derechos de los menores, ya que son muchos los niños que para su desarrollo integral dependen del sustento diario que devengan sus padres de familia. Adicionalmente solicitan como mecanismo transitorio que se eviten los desalojos y se otorgue un plazo prudencial mientras se ejecuta la partida presupuestal que se encuentra en el Plan de Desarrollo Local, dirigida a cumplir con el compromiso acordado con los vendedores informales de la Localidad Novena de Fontibón.

1.3 Decisiones de Instancia

Se denegaron gran parte de las acciones de tutela en primera instancia y las escasas que fueron concedidas fueron revocadas en segunda instancia. Entre las razones predominantes para ello, se adujeron las siguientes: a) Prevalencia del interés general; b) existencia de un plan de reubicación de vendedores por parte de la Alcaldía Local de Fontibón. c) el deber constitucional de la Administración de proteger el espacio público; d) el desalojo, considerado como un hecho consumado, que genera en consecuencia la improcedencia de la tutela; e) inexistencia de prueba de un daño concreto a los demandantes; f) existencia de otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa para resolver la situación; g) acciones populares como mecanismo que se debe utilizar en la protección del espacio público y no la acción de tutela, h) existencia de ocupación ilegítima del espacio públicos.

2. SECTOR DE SANTA FE

2.1. De los solicitantes

Los casos seleccionados y concernientes a la localidad de Santa Fe, son cuatro, contenidos en los expedientes: T-182420 (2 personas); T-178807 (86 personas); T-178809 (referente a 164 vendedores) y T-177309 (son 486). La gran mayoría de los solicitantes ejercen el oficio de vendedores informales en el sector de San Víctorino, y los demás casos corresponden a vendedores situados en diferentes partes de la localidad de Santa Fe. Para facilitar el estudio de los antecedentes, dividiremos la presentación de los mismos, en dos partes: los ubicados en zonas diferentes al sector de San Víctorino y el caso de los vendedores situados específicamente en la zona de San Víctorino.

- Casos varios de vendedores de la localidad de Santa Fe (excepto San Víctorino)

2.2. Hechos generales del Sector

En el expediente T-178807, los accionantes, comentan que desde hace varios años están ubicados en los costados de la Carrera 10 desde la Avenida Jiménez hasta la Avenida 19 de esta ciudad. Son personas de escasos recursos, con nivel académico bajo, inmigrantes del campo, el trabajo de vendedores ambulantes lo desempeñan como única alternativa para obtener su sustento y el de sus familias, ya que consideran que ni el Estado ni los empleadores han cumplido con lo expuesto en el art. 54 de C.N., es decir, brindarles una ubicación laboral.

Por otra parte, argumentan que la Alcaldía Mayor les expidió licencias y permisos para laborar por lo que consideran estar respaldados no sólo con el Acuerdo 25 de 1972, sino por el acuerdo 3 del 10 de mayo de 1977, el Decreto 1509 del 28 de julio de 1982, el Decreto 2186 del 26 de octubre de 1982, el acuerdo 23 de 1982, el Decreto 1048 del 30 de julio de 1986, el Decreto 1515 del 15 de Octubre de 1986, el acuerdo 18 de 1989 y el acuerdo 6 de 1993, que autorizan su labor como vendedores. Además, su gestión ha sido consentida, permitida y estimulada por la ciudadanía, tal y como lo corroboran tres mil firmas recogidas de los transeúntes. Dicen que el Alcalde Mayor de este Distrito Capital, ha orientado a las alcaldías locales para que terminen en el menor tiempo posible las querellas policivas que cursan sobre recuperación del espacio público y se ha comprometido a retirar a los vendedores informales con el supuesto propósito de “mejorar las condiciones de vida de los bogotanos”. Sin embargo, dice que a la fecha de presentación de la tutela, no se había fallado ninguna de las querellas policivas, y aún así, el Alcalde Local de Santa Fe por intermedio de la Policía Nacional estaba adelantando casi a diario operativos policiales consistentes en el “decomiso” de mercancías y atropellos físicos y verbales contra los vendedores, impidiéndoles el libre y pacífico ejercicio de su actividad laboral.

En el expediente T-182420, son peticionarios Ana Dolores Canchón Correa y José Patrocinio Triana, quienes estaban ubicados en la calle 24 con carrera 12 y uno de ellos tuvo hasta hace unos años licencia o carnet.

2.3. Decisiones de instancia

En primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, en los expedientes T-178807 y T-182420, denegó el amparo por varias razones: a- no hubo permiso de las autoridades para ocupar el espacio público; b- no hubo, por parte de los solicitantes, hechos o situaciones obtenidos de manera legítima; c- No se violó derecho fundamental alguno; d- Los poderes otorgados por los accionantes a su apoderado no tienen sellos de presentación personal.

Uno de los anteriores casos, el del T-182420 fue confirmado en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, con el argumento de que prevalece el interés general sobre el particular, luego las actuaciones de las autoridades distritales tendientes a preservar las vías públicas están ajustadas a la ley y la Constitución.

- San Víctorino propiamente dicho

2.4. De los solicitantes

En el caso de San Víctorino, se trata de 650 vendedores estacionarios, quienes actúan por intermedio de apoderado y se encuentran agrupados en dos expedientes de tutela: T-178809 y T-177309.

2.5. Hechos generales en el Sector

En la Alcaldía Local de Santa Fe, cursaron las querellas policivas 08 y 05 de 1997 relativas a la ocupación indebida del espacio público, a partir de las cuales se profirió resolución administrativa en marzo de 1998 mediante la cual se declararon contraventores todas las personas que se encuentren apostadas o instaladas entre las calles 10ª y Avenida Jiménez y entre las carreras 10ª y Caracas sector de la ciudad que popularmente se conoce con el nombre de San Víctorino.

Manifiestan los solicitantes que en esos procesos no se tuvo en cuenta que la Alcaldía Mayor les había expedido licencias y permisos a muchas personas para el desarrollo de las ventas ambulantes y estacionarias; que elaboró censos tendientes a establecer el número de personas que desarrollaban tal actividad con miras a adelantar programas de formalización; que la Alcaldía había establecido acuerdos con las organizaciones gremiales de vendedores ambulantes y estacionarios, y además, había celebrado contratos de arrendamiento con los vendedores por intermedio del “Fondo de ventas populares”. Es más, la empresa de energía eléctrica había aceptado prestar, en el caso de San Víctorino, ese servicio a muchos puestos y casetas del sector, facturando y cobrando tal servicio. Así mismo cuentan que estando en curso las querellas policivas, el Alcalde Local de Santa Fe, mediante Decreto 375, destinó el antiguo matadero distrital (inmueble distrital ubicado en la calle 13 carreras 32 y 33) para la construcción de un centro comercial con el fin de ubicar allí a los vendedores del comercio informal del centro de la ciudad. Sin embargo, y sin que se respetara la confianza legítima de los vendedores de la zona, amparados por el Acuerdo 25 de 1972, Acuerdo 3 del 10 de mayo de 1977, Decreto 1509 del 28 de julio de 1982, Decreto 2186 del 26 de octubre de 1982, Acuerdo 23 de 1982, Decreto 1048 del 30 de julio de 1986, Decreto 1515 del 15 de octubre de 1986, Acuerdo 18 de 1989, Acuerdo 6 de 1993, la Alcaldía local ordenó el desalojo de los vendedores el día sábado 4 de julio de 1998, precedido de un gigantesco operativo policial, se llevó a cabo el desalojo de 140 casetas y puestos de ventas informales y se determinó que tales diligencias de desalojo continuarían hasta retirar la totalidad de las ventas estacionarias del sector de San Víctorino. En opinión de los solicitantes, luego de mas de 30 años de localización en el sector de San Víctorino, y pese a estar protegidos por la confianza legítima, se violaron sus derechos a la salud, vida, trabajo, paz y protección integral de la familia. Solicitan por lo tanto que se ordene la suspensión de los desalojos y que se ordene su reubicación, en caso de que no se les permita la permanencia en ese lugar.

2.6. Decisiones de Instancia

En el expediente distinguido con el N° T-177309, en el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá no prosperó la acción porque se dijo que existen otros medios de defensa judicial y adicionalmente se consideró que las licencias de funcionamiento aportadas por los vendedores tenían mas de diez años de vencidas, razón por la cual su ocupación es de hecho. Y, respecto a la concertación que se buscaba, dijo el fallo que es una situación diferente a la decisión que motiva el desalojo porque este es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, mientras que la solicitud de reubicación podría ser materia de una acción de cumplimiento; por último sostiene que no se puede obligar a la Administración sin los recursos y presupuestos necesarios a cumplir lo imposible, como sería la reubicación inmediata y concreta de los vendedores ambulantes.

En el T-178809, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, denegó por las mismas razones.

3. SECTOR DE CHAPINERO

3.1. De los solicitantes

El expediente T-183045 incluye la solicitud de protección de los derechos fundamentales de dos vendedoras estacionarios de la zona.

3.2. Hechos generales en el Sector

Cuentan las peticionarias que desde hace muchos años han derivado su subsistencia de la venta de comestibles, que realizan en sus casetas ubicadas en la calle 75 carrera 13 y calle 76 carrera 11 de la ciudad de Bogotá, trabajo que a la postre ha contado con la reglamentación y el permiso de la Administración Distrital. Dicen que han tenido las respectivas licencias expedidas por la Secretaría de Gobierno y Censos de la Oficina de Registro y Control, conforme Decreto 1048 de 1986, al igual que han cancelado los recibos de energía.

Agregan que la Alcaldía Local de Chapinero les adelantó proceso policivo profiriendo Resolución de restitución, y el día 14 de Julio de 1998, se les notificó que el miércoles 15 de Julio de 1998, a las 2:00 p.m. y 3:00 p.m., respectivamente, se realizaría el operativo de levantamiento de tales casetas sin más consideraciones. Estiman que con ello se les causa un enorme perjuicio al privarlas de su único ingreso, más aún cuando las peticionarias son mujeres de edad avanzada, cabezas de familia, en condiciones complejas de salud, y que se ven obligadas a realizar este trabajo informal, teniendo en cuenta la realidad económica del país. Sostienen además, que en el año de 1997, los Juzgados 27 y 55 Penal Municipal fallaron tutelas a favor de cerca de 40 vendedores y en contra de la Alcaldía accionada, las que fueron confirmadas, razón por la cual se adelanta junto con la Cooperativa Coascomer que agrupa los vendedores de la zona, los planes de reubicación donde se puede incluir los demás vendedores que se encuentran con procesos de restitución, tal como lo dispusieron dichas providencias. En su caso, aclaran, esos programas de reubicación no se han adelantado por la Alcaldía Local. Solicitan como mecanismo transitorio que se ordene al Alcalde Local abstenerse de levantar las casetas propiedad de las peticionarias, hasta tanto se logre una solución o reubicación que garantice su derecho al trabajo.

3.3 Decisiones de Instancia

En primera instancia el Juzgado Cincuenta Penal Municipal, según fallo del 30 de julio de 1998, concedió la tutela en favor de los derechos al trabajo y a la familia de las peticionarias, porque si bien es cierto que los procesos de restitución del espacio público adelantados por la Alcaldía Local se hicieron en debida forma, también lo es que al momento de fallar sólo se tuvo en cuenta la protección del espacio público, omitiéndose, como se encuentra probado según la providencia, que las personas afectadas derivan sus sustento y el de sus familias, única y exclusivamente de las ventas estacionarias que poseen hace muchos años. Por consiguiente, al no adoptarse medida alguna en aras de reubicar a las accionantes, - a pesar de que la actividad por ellas desarrollada fue avalada por la Administración Municipal en épocas anteriores mediante licencias y calcomanías que las acreditaban como vendedoras censadas-, se afectaron sus derechos fundamentales que priman sobre la recuperación del espacio público, porque son intrínsecos a la personas y a su dignidad familiar y social.

En segunda instancia, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en sentencia del 1 de septiembre de 1998, revocó la decisión anterior, no solo por la prevalencia del interés general, sino porque se demostró que la administración demandada no estaba otorgando permisos o licencias para la ocupación del espacio público en los últimos tiempos. Luego, según el ad-quem, si sus permisos iniciales vencieron y no les fueron renovados desde hace mas de diez (10) años a las accionantes, no puede decirse que se les desconocía un derecho amparado por la administración.

4. SECTOR DE CIUDAD BOLIVAR

4.1. De los solicitantes

En el caso de Ciudad Bolívar, fue seleccionado el expediente T-182876, que contiene solicitud presentada por ocho vendedores informales de la mencionada localidad.

4.2. De los hechos generales del sector

Los solicitantes localizados en ambos costados de la calle 78 sur (entrada al barrio Perdomo), presentaron acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos al trabajo, salud, vida e integridad familiar. Cuentan que desde hace varios años vienen desempeñando las labores de vendedores ambulantes, que son personas de avanzada edad, de escasos recursos económicos, sin formación académica, que no gozan de preparación técnica o profesional que les permita acceder a empleo alguno.

Indican los petentes que su actividad ha sido tolerada por la Administración y por la ciudadanía, ya que la misma Alcaldía Mayor, les expidió licencias y permisos para el desarrollo de las ventas ambulantes y estacionarias y elaboró censos a fin de establecer el número de personas que desarrollan dicha actividad, con el objeto de adelantar programas de formalización de su labor.

Por todo lo anterior, solicitan como mecanismo transitorio que se tutelen sus derechos fundamentales al trabajo, la salud, la vida y la integridad familiar y que por lo tanto se ordene a la Alcaldía Mayor adelantar planes de reubicación a quienes como ellos, son vendedores ambulantes y estacionarios que laboran en las vías públicas. Adicionalmente se solicita ordenar al Alcalde Local de Ciudad Bolívar, que en forma inmediata suspenda los operativos policiales con los cuales se viene impidiendo el ejercicio del derecho al trabajo que les asiste a los accionantes, pues dichos operativos violan y desconocen los derechos a la paz, al trabajo y a la igualdad.

4.3. Decisión de Instancia.

El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá., en sentencia del 9 de septiembre de 1998, denegó el amparo solicitado por los actores, ya que de la información recogida en el expediente no fue posible predicar una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales invocados. En efecto, según certificación de la Alcaldía Local, “la calle 78 sur del barrio Perdomo no existe” y por ese motivo, “no se han adelantado querellas policivas tendientes al desalojo de vendedores ubicados en los costados de la referida e inexistente calle 78 sur del Barrio Perdomo”. Por consiguiente, el Tribunal concluyó que como “brilla por su ausencia cualquier elemento de prueba que permita inferirlo, la acción deprecada está condenada al fracaso”.

5. SECTOR DE TUNJUELITO

5.1. De los solicitantes

En este caso, 59 vendedores informales del sector enunciado, presentaron la acción de tutela radicada bajo el número T-182877.

5.2. Hechos generales en el Sector

Dicen que desde hace varios años están en ambos costados de la carrera 51 y 52 entre diagonales 45 y 47 sur, sector comercial del Barrio Venecia, localidad sexta de Tunjuelito, y que

vienen desarrollando su actividad laboral de vendedores ambulantes, ofreciendo productos en lugares públicos o abiertos al público. Manifiestan que por ser personas de escasos recursos, en su mayoría inmigrantes, han optado por el oficio de las ventas ambulantes, actividad que ellos estiman auspiciada por la misma Alcaldía Mayor al expedir licencias y permisos autorizando el desarrollo de tales ventas. Sin embargo, en los últimos meses, las autoridades de Policía argumentando tener órdenes de la Alcaldía Local de Tunjuelito y de la Alcaldía Mayor de Bogotá, vienen impidiendo a los accionantes hacer uso del espacio público para vender en forma ambulante sus mercancías, procediendo a decomisarlas sin que en la mayoría de los casos se levante acta de incautación o decomiso e incluso agrediendo física y verbalmente a las personas. Por lo tanto consideran se les han violado sus derechos fundamentales y que en aras de garantizar el principio de igualdad, deben adoptarse medidas especiales en su situación, ya que la labor que desarrollan, si bien no esta reglamentada, tampoco esta legalmente prohibida y a ella se ven abocados, para subsistir. Igualmente manifiestan que a los vendedores estacionarios se les ha reubicado en una concentración comercial instalada por la Administración Distrital y Local en asocio con el Fondo de Ventas Populares, motivo por el cual solicitan que se ordene al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá que se les permita circular por el espacio público ejerciendo su labor de vendedores ambulantes o que se les reubique, y que adicionalmente se ordene la suspensión de los operativos policiales con los cuales se viene impidiendo el ejercicio de derecho al trabajo de los petentes. Solicitan por último, que se les respete su derecho a la libre locomoción sea que este se haga portando o no mercancías para la venta, y que se declare un estado de cosas inconstitucional.

5.3. De las decisión de instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo del 8 de septiembre de 1998 denegó la tutela, porque en su opinión no se configura perjuicio irremediable alguno, pues los accionantes lo que realmente ejercen es una actividad de economía informal, que restringe el derecho de los demás ciudadanos a usar los bienes de uso público. Así las cosas, las medidas adoptadas a fin de recuperar el espacio público tienen asidero en el principio de prevalencia del interés general, por lo que es improcedente acceder a las pretensiones de los accionantes. En el caso objeto de estudio, los accionantes no ocupan, ni han ocupado un espacio público determinado, con autorización de las autoridades de policía, sino que por las vías de hecho pretenden ocupar el espacio público, vulnerando de esta manera el derecho de las demás personas a la libre locomoción y acceso a tales espacios, razón por la cual no tienen el derecho para obtener la reubicación.

6. SECTOR DE ENGATIVA

6.1. De los solicitantes

En el caso de Engativá se trata de 64 vendedores ambulantes. El expediente es el T-182269.

6.2. Hechos generales en el Sector

Según, ellos, desde hace varios años vienen laborando a ambos costados de la transversal 92 entre calles 80 a 95, en el Barrio Quirigua, desarrollando su actividad como vendedores ambulantes. La Alcaldía Mayor, en su momento, les expidió licencias y permisos para el desarrollo de las ventas y elaboró censos con miras a adelantar programas de formalización

en el caso de ellos. Consideran entonces que el compromiso público del Alcalde Mayor de retirar a los vendedores informales del espacio público, sin tener en cuenta que ellos dependen económicamente de esta situación, desconoce sus derechos fundamentales. Por consiguiente, solicitan que se ordene al Alcalde Mayor, ejecutar un plan de reubicación y suspender los operativos policiales con los que se está impidiendo el ejercicio del derecho al trabajo.

6.3. Decisiones de Instancia.

Considera el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, que en el caso concreto, no se han aportado elementos probatorios que lleven a inferir un perjuicio irremediable a los accionantes y tampoco se le colige la existencia de los elementos que configuren el derecho de los peticionarios de ser reubicados, ya que no se acreditó que se trate de vendedores instalados en el espacio público con anterioridad al desalojo, ni que detentaran licencias y autorizaciones vigentes para laborar en dicho lugar.

7. SECTOR DE KENNEDY

7.1. De los solicitantes

El grupo de vendedores de Kennedy es de seis y se encuentran sus casos radicados en el expediente No 181670.

7.2. Hechos generales en el Sector

Sostienen los accionantes que son trabajadores informales en la avenida Boyacá con la avenida de las Américas, en un espacio libre y lejos del andén. Del sitio anterior, fueron desalojados el día 25 de julio de 1998, según órdenes de restitución de la Alcaldía de Kennedy. El día 27 de julio de 1998 solicitaron que fueran reubicados, pero hasta el momento esto no ha sido posible. Solicitan, se les reubique y se les amparen los derechos fundamentales del trabajo, dignidad humana, protección a los niños, entre otros.

7. 3. Decisiones de Instancia

En primera instancia, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá denegó la tutela, porque consideró que la ocupación no contaba con licencia o permiso de las autoridades administrativas pertinentes y aunque la ocupación es mínima, obstruye una vía pública. En el caso que se discute no se puede ordenar la reubicación porque las personas no cumplen los requisitos que se requiere para ello. Según el *a-quo* es cierto que la subsistencia de las familias de los accionantes puede depender de su trabajo, pero también lo es que su ocupación del espacio público no está legitimada por la Constitución lo que indefectiblemente le impone a las autoridades distritales su recuperación en la forma indicada por las normas reguladoras de la materia.

8. SECTOR DE SUBA

8.1. De los solicitantes

Son 9 vendedores pertenecientes a la asociación de vendedores ambulantes y estacionarios, Asolvea y su caso figura en el expediente No T- 205371.

8.2. Hechos generales en el Sector

Son personas de escasos recursos económicos que trabajan en la autopista norteentre calles 200 y 202, costado occidental, vendiendo carne a la llanera desde hace mas de veinte años, sábados, domingos y festivos. Por consiguiente, han obtenido de las autoridades en reiteradas oportunidades permisos y licencias oficiales y se les ha carnetizado incluso, como vendedores de la zona.

8.3. Decisiones de instancia

Conoció en primera y única instancia el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, quien procedió a denegar la tutela por considerar que existe otro medio de defensa judicial, en este caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que el derecho al trabajo debe ser protegido, pero en condiciones lícitas, es decir, cuando el trabajo es respetuoso del orden normativo establecido en aras del bienestar colectivo.

9. De las pruebas recaudadas por la Corte Constitucional

La Corporación consideró oportuno practicar diligencias de inspección judicial en el Concejo Municipal de Santa Fe de Bogotá y en la Alcaldía Mayor (con asistencia de los Alcaldes Menores involucrados en la tutela) para dilucidar algunos aspectos, tanto del conflicto general entre la administración y los vendedores ambulantes, como de la situación individual de éstos. Se comprobó que hay normas locales que permiten manejar una solución conjunta (administración-vendedores) hacia el reconocimiento justo de la confianza legítima; también se apreció en algunos casos que los desalojos ya efectuados se practicaron sin que previamente hubiera una reubicación para quienes podrían estar amparados por dicha confianza legítima. Y se rindió un informe por los funcionarios sobre la situación concreta de su localidad.

El Secretario de Gobierno del Distrito expresó:

“Para el desarrollo de esta política se ha diseñado una fórmula en la que el Distrito asume el 25% del valor comercial del inmueble y la persona paga el resto del valor comercial a través de una línea de crédito por el IFI. Adicionalmente, el Distrito asume parte de los intereses hasta el mínimo legal posible, que para un crédito de 6.5 millones de pesos asciende a la suma de un millón y medio aproximadamente. Así las cosas, por ejemplo en el sector de San Víctorino, la política de reubicación tiene un valor aproximado de mil millones de pesos. Otros componentes de la política de fomento de la actividad de los vendedores ambulantes, consiste en la organización como tal de los vendedores ambulantes con programas de capacitación en empresas, relaciones humanas y otros. En ese orden de ideas, es claro que esta política global, ha sido avalada por el concejo, quien ha aprobado por medio de presupuesto una partida aproximada de 15 mil millones de pesos. Algunos Fondos de Desarrollo Local han dispuesto de recursos para compra de inmuebles, como es el caso de Fontibón. Esta política se convierte en práctica tomando en cuenta la petición de los vendedores ambulantes, entendida su labor como el ejercicio de la actividad del comercio. Se toma inicialmente la iniciativa de los vendedores para escoger el sitio de reubicación, se somete a discusión entre las personas interesadas la identificación del lugar. Una vez identificado el inmueble, el Distrito compra el 25% de unas zonas que comercialmente pueden no tener valor, como por ejemplo las zonas comunes de unos centros comerciales, de tal forma que se facilite la compra, para que ello no se convierta en una

donación a particulares. Se han tenido dificultades en la compra de los inmuebles, por los problemas jurídicos que tienen los mismos inmuebles, como por ejemplo, hipotecas, embargos o demás gravámenes que impiden su compra en forma ágil. De igual forma, se dificulta la negociación del valor del inmueble, hasta tanto se obtenga el avalúo. En la compra del inmueble ubicado en la Cra. 28 con calle 10, hay disposición para unos 400 vendedores, la prioridad como beneficiarios son las personas que se encuentran en San Víctorino, el inmueble se adquirió y en este momento se está adecuando. De manera que las personas no se retirarán hasta tanto exista un plan razonable de reubicación. Por ello, el Distrito ha buscado no solamente el traslado sino además su capacitación. Se insiste en todo caso en que la Corte Constitucional le dé un mayor alcance a la expresión de Plan de simple reubicación, porque para la Alcaldía podría ser interesante fomentar otros mecanismos alternativos como el apoyo a microempresas y actividades de tipo industrial.”

El gerente del Fondo de Ventas Populares del Distrito, dijo:

“José Aristóbulo Cortés Gómez. La administración Distrital, a través del Fondo de Ventas Populares, tiene en proceso de desarrollo proyectos por iniciativa de la propia administración, tal como mencionaba anteriormente el Secretario de Gobierno y estamos apoyando propuestas presentadas directamente por los mismos vendedores ambulantes estacionarios, de tal manera que entre los años 99 y 2000 se podrían dan aproximadamente 6000 soluciones.”

El ALCALDE DE TUNJUELITO anotó:

“En este momento en el Plan Anual de inversiones para 1999 se ha incluido el proyecto N° 236 denominado apoyo a la formalización del comercio informal, que tiene un presupuesto para el año de 30 millones de pesos y para el trienio 1999-2001 un total de 90 millones de pesos, dentro del programa de recuperación, mejoramiento y ampliación del espacio público en la prioridad Ciudad a Escala Humana. El objeto de este proyecto es facilitar y coadyuvar a la formación del comercio informal de los vendedores de la localidad Sexta, como aporte adicional al que maneja directamente el Fondo de Ventas Populares, entidad encargada de dirigir este tema.

El ALCALDE LOCAL DE ENGATIVA dijo:

“En el Plan de Inversión para el año de 1999 es incluido dentro de la prioridad Ciudad a Escala Humana y el programa de recuperación, mejoramiento y ampliación del espacio público el proyecto radicado bajo el N° 526 en donde se proponen la construcción de un centro comercial para formalizar la actividad de los vendedores ambulantes y/o estacionarios de la Zona de Quirigua, para tal efecto, fue destinada la suma de Cien millones de pesos cuyo objetivo central del proyecto es brindar espacios propios para desarrollar su trabajo en mejores condiciones y así canalizar su productividad humana para beneficio de una sociedad.”

El ALCALDE LOCAL DE FONTIBON explicó:

“Los programas de reubicación corresponde a la administración central, no obstante, la Junta Administradora Local de Fontibón mediante Acuerdo 004 de octubre de 1995 adoptó el Plan de Desarrollo Local “renace una esperanza 1996-1998”, consagrado en la prioridad de espacio público, bajo el N° 003345-78, el proyecto cuyo objeto es la adquisición de terrenos y construcción Centro Comercial para vendedores informales, con una asignación presupuestal

de 250 millones de pesos, estableciéndose por Ley la responsabilidad del Fondo de Desarrollo Local, siendo su representante legal el Alcalde Local. En el año 1997, se recibieron propuestas de lotes, se hicieron algunos estudios y en el año de 1998 se realizó el Plan Operativo Anual de Inversión de dicho año consagrado en el Proyecto 2245-78, adquisición de terrenos y construcción Centro Comercial para vendedores ambulantes, con una asignación presupuestal de 200 millones de pesos. La JAL en la adición presupuestal por concepto de excedentes financieros en 1998 asigna 500 millones de pesos para dicho proyecto, quedando en definitiva un total de 700 millones de pesos para la consecución de los terrenos a que alude el proyecto 003345-78. Quiero aclarar que estos dineros son para el lote y la construcción del Centro Comercial, se hará con aportes de las Cooperativas de los Vendedores ambulantes. En este momento, la UEL de Secretaría de Gobierno realizó el trámite pertinente para los estudios del terreno determinándose luego de examinar varios lotes, la adquisición del Lote de 934 metros cuadrados ubicados en la Cra. 99 N° 23-33. Se procede al estudio del terreno y se firma el contrato con Orden de Servicio N°SGDC 9-001-00-98 con la firma Asesores Financieros e Inmobiliarios Ramírez y López Afinral Ltda. Para ese avalúo, se emite disponibilidad presupuestal por \$812.696. Luego de seleccionado el terreno y los estudios pertinente, se firma contrato de promesa de compraventa celebrado entre el Fondo de Desarrollo Local de Fontibón y el matrimonio de la familia Garzón. Con relación al total de vendedores a reubicar con base en listado realizado por administraciones anteriores, puedo afirmar que llega a los 219 vendedores. Enviaré copias de los documentos en mención y listado correspondiente a la Corte Constitucional.

EL ALCALDE LOCAL DE CHAPINERO dijo:

“Conforme a lo expresado por el Señor Secretario de Gobierno, y en concordancia con la política de la Alcaldía Mayor, aquí presentada por el Director del Fondo de Ventas Populares, la Alcaldía Local de Chapinero ha adelantado diversas gestiones con los grupos organizados de vendedores informales de la localidad, tendientes a hacer efectivo el proceso de transición hacia la economía formal allí expresada. Al igual que otras localidades, en nuestro Plan de Desarrollo Local, se asignaron algunos recursos, cuantía que en este momento no tengo presente pero que incluiré en el documento que se nos solicita, como aporte local para la gestión de recursos complementarios, tanto a nivel distrital como de los vendedores mismos. En tal sentido, recursos específicos para “reubicación” en tanto total, no se tienen dispuestos sino aclaro, para apoyar el proceso de transición hacia la formalización económica. Adicionalmente, se están realizando estudios preliminares sobre posibles centros comerciales; cubículos de ventas integrados al amoblamiento urbano, sin ocupación ilegal del espacio público; propuestas de alternativas de economías a escala apropiadas a las condiciones de los trabajadores informales y propuestas de normatividad urbana que en un futuro viabilicen otras posibles soluciones. Dichos estudios se están realizando en coordinación y compañía de representantes de los grupos de vendedores o trabajadores informales organizados de la Localidad.”

EL ALCALDE LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR indicó:

“Dentro del Plan de Inversión 1999, la administración no dejó recursos para programas de vendedores informales, debido a que la localidad tiene dos plazas públicas y una plaza privada y con la vigencia de 1998, se está haciendo la construcción de una galería en el sector Perdomo para los vendedores estacionarios que se encuentran en este sector. De las plazas que tenemos

como públicas, una se encuentra en el barrio Los Luceros, de propiedad del EDIS y dada en comodato a la Alcaldía Local existía un lote en el barrio Millán en el cual se le dio viabilidad en el año 1998, mes de mayo, para la reubicación de unos vendedores que estaban en la Playita, sector de San Francisco, este terreno fue habilitado para estas personas, en el cual se encuentran hoy en día ubicados en ese sitio. También existe una plaza privada en el Sector de San Francisco de manejo exclusivo de la JAL para este sector. La casa que se compró en el Perdomo tiene un costo de 330 millones de pesos para la vigencia de 1998, la cual se ha acordado con el representante legal de los vendedores estacionarios del barrio Perdomo, la cual no se vio la necesidad de dejar recursos por parte del Fondo de Desarrollo Local para esta vigencia, esperando de pronto aportes del Fondo de Ventas Populares para el mantenimiento de estas plazas. Quiero dejar en claro, que ha habido un proceso de comunicación con todos los vendedores de la localidad insistiéndole de que hagan parte y se beneficien de las plazas que acabo de enunciar, ya que en la mayoría de estas plazas se encuentran desocupadas.”

LA ALCALDESA LOCAL DE KENNEDY precisó:

“El programa de promoción de la formalización de vendedores es centralizado, lo maneja el Fondo de Ventas Populares, cualquier inquietud relacionada con el asunto que tengan los vendedores de la localidad, es puesta en conocimiento del citado Fondo. En la Alcaldía Local de Kennedy no existe un programa de promoción de formalización de vendedores local.”

EI ALCALDE LOCAL DE SANTAFE anotó:

“En los desalojos de San Víctorino, en cumplimiento de un fallo que ya está en firme han sido desalojados aproximadamente unos 700 vendedores que vienen usurpando y usufructuando el espacio público en esta localidad.”...

Aproximado unos dicen que 35 años otros que 30, de todas maneras mínimo son 30 años que vienen usufructuando el espacio en el sector de San Víctorino.

EL GERENTE DEL FONDO DE VENTAS POPULARES, agregó.

“Yo quisiera precisar primero el alcance y la capacidad real del programa de Biblos, tenemos previstas 444 soluciones en ese centro comercial, se las ofrecimos por escrito a los Sindicatos del sector de San Víctorino que argumentan tener contrato de arrendamiento, por eso en forma precisa se ofreció a la Asociación de Comerciantes Unidos de Antonio Nariño que se llama Acugán. Allí la población de vendedores se estima de 250, digo se estima porque no ha habido la posibilidad de coordinar con ellos mismos la identificación exacta de esa población. Ese mismo programa, se ofreció a la Asociación Sidecabocundi, ahí sí están totalmente identificadas 47 personas y se ofreció a otros 2 sindicatos conocidos como Asopeco y SINESCO que precisamente es oportuno aclarar o hace énfasis en lo que mencionaba el alcalde de Santa Fe, estas dos organizaciones aceptaron el ofrecimiento con anterioridad a la diligencia de recuperación del espacio público, por esa razón en forma coordinada con ellos especialmente con Asopeco desde el 1° de febrero y con la Administración Distrital se hizo el traslado de las casetas hacia la bodega denominada Creta ubicada en la Cra. 38 con calle 10, ubicado en seguida de Biblos que la administración Distrital tomó en arrendamiento y asume todos los costos durante el tiempo que dure la adecuación física de las 444 soluciones en Biblos”.

Dentro de la documentación que ha llegado a la Corte, merecen citarse:

a. Una carpeta del fondo de ventas populares que contiene fichas técnicas de los inmuebles para la solución de reubicación de los comerciantes informales, por propuestas de éstos a la administración.

b. El análisis de la Alcaldía Mayor sobre el paso de la informalidad a la formalidad, incluido en el Plan de Desarrollo. Allí se indica que según la base de datos que tienen, hay un consolidado de 8.532 “personas entre trabajadores independientes y afiliados a diversas organizaciones como sindicatos, asociaciones, cooperativas, ONG’ y fundaciones”. Y presentan los objetivos del plan y sus estrategias y mecanismos.

“OBJETIVOS

- Promover, con un claro criterio empresarial, la incorporación de los vendedores ambulantes y estacionarios al mercado formal.
- Implementar actividades de capacitación en temas de convivencia, relaciones humanas, trabajo en grupo, administración de negocios, cooperativismo y aspectos específicos según la especialización y necesidades de cada grupo.
- Mejorar la calidad de vida de los comerciantes informales, desde el sector formal de la economía, en aspectos económicos, educativos y de seguridad social.
- Legalizar y mejorar los Centros y Unidades Comerciales construidos en Administraciones anteriores, bajo responsabilidad del Fondo de Ventas Populares.
- Buscar protección para los niños, las personas de la tercera edad y las madres cabeza de familia, que ejercen el comercio informal como vendedores ambulantes y estacionarios.
- Sensibilizar a la ciudadanía en general, sobre los temas inherentes a la preservación y mantenimiento del espacio público.

“ESTRATEGIAS Y MECANISMOS

La Administración Distrital ha implementado las siguientes estrategias y mecanismos: a) Asesoría profesional a los proyectos y propuestas que presenten los vendedores, a través de sus propias organizaciones o en forma independiente, b) Financiación parcial de los proyectos con recursos del IFI – Programa **Finurbano**, apalancados o fondeados por Entidades del Distrito, una vez definida la viabilidad y verificados los requisitos por parte de cada una de las personas, c) Actividades de capacitación en convivencia, relaciones humanas y organización empresarial d) Participación económica en proyectos e) Gestión en Seguridad Social.

El Fondo de Ventas Populares participa en la búsqueda de soluciones a la problemática de la población vinculada con la economía informal, actuando como facilitador en este propósito; el resultado de cada uno de los temas mencionados depende de diversos factores, pero especialmente del interés, participación y compromiso de los mismos vendedores, frente a la necesidad de encontrar solución a sus problemas, utilizando adecuada y oportunamente los mecanismos definidos; por lo tanto se hace necesaria la elaboración y presentación de proyectos viables, desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, en los cuales se indiquen

claramente los recursos económicos disponibles y la capacidad de adquirir compromisos crediticios, en grupo y en forma individual.”

c. Hay abundante documentación sobre el Plan de Desarrollo “Por la Bogotá que queremos”; numerosos proyectos de la administración y propuestas de los comerciantes informales recibidas por los funcionarios Distritales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes, por la escogencia de los casos antes indicados y por la acumulación ordenada por Salas de Selección.

B. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

1. Planteamiento del problema práctico frente a la jurisprudencia constitucional

A partir de 1992, muchas sentencias de tutela han decidido sobre las peticiones de vendedores ambulantes y estacionarios, que reclaman su derecho a trabajar cuando surgen decisiones policivas de desalojo, orientadas a la recuperación del espacio público. Tradicionalmente se da por sentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que existe conflicto entre la recuperación del espacio público y el trabajo informal en esos sitios. Es decir, que el crecimiento natural de las ciudades, bien sea por abandono del campo, por desplazamientos forzados, o por otras razones, lleva a muchas personas, que no pueden ser captadas por las formas corrientes de trabajo subordinado, a la ocupación del espacio público en las ciudades para desarrollar allí un trabajo informal y obviamente contrario al derecho de todas las personas a usar y disfrutar de ese espacio público.

Cuando esta contradicción de alto contenido social es llevada ante el juez constitucional, sobre todo cuando ya hay órdenes policivas de desalojo, el funcionario judicial, en sentencia de tutela, busca hacer respetar el espacio público, pero también protege el derecho al trabajo de esas personas siempre y cuando estén dentro de las circunstancias que la teoría denomina de la “confianza legítima”.

Sin embargo, se plantea como novedad en los casos que se examinan en este fallo, aunque no hay prueba de que ello se haya realizado, que la administración distrital esgrime diferentes planes, propuestas, objetivos y estrategias para el tratamiento del comercio informal, y por eso pide a la Corte Constitucional analizar si puede haber mecanismos alternativos a la reubicación; al mismo tiempo y eso se aprecia en varios de los expedientes acumulados y que dan origen al presente fallo, mientras se tramitaban las tutelas, las autoridades policivas procedieron al desalojo de centenares de personas que figuraban dentro de los solicitantes, sin que previamente hubiera habido medidas que quizás mitigaran una crisis mayor. Por ello, surgen problemas jurídicos adicionales a los comúnmente conocidos en tutelas anteriores.

2. Del concepto de espacio público y su protección constitucional

2.1. La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre los cuales se

estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentra a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

Si bien en la Constitución anterior no existía una norma expresa que tratara el tema del espacio público¹, en la Constitución de 1991 sí existen múltiples artículos que hacen alusión al mencionado tema, y que ponen de presente las responsabilidades estatales en estas materias. Al respecto, tenemos entre otras, las siguientes normas:

“Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

“Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.”

Es importante en primer lugar aclarar que algunos de los bienes mencionados en el artículo 63, aunque son bienes de uso público no son espacio público (p. ej. las tierras comunales, los resguardos); y en segundo lugar agregar que, el artículo 313 de la Constitución pone de presente que los Concejos Municipales son quienes tienen la función de reglamentar los usos del suelo² y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. Lo anterior, implica que cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los Departamentos de Planeación, determinará dicha destinación.³

Igualmente, y de conformidad con el artículo 315 de la Carta, los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de policía en el área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir en el respectivo ámbito territorial, las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con el concepto de espacio público. Por ende, es en los Alcaldes sin duda alguna en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-183 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía

² Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992; T-518 de 1992; T-550 de 1992

³ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público, en su respectiva localidad, atendiéndose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales y las provenientes de los Acuerdos Municipales.

Es decir, el tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previamente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

2.2. Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por espacio público, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”⁴

Esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil⁵ (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva.⁶ En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general⁷ y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes “privados” del Estado)⁸

En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el “fin” que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público⁹ y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado.¹⁰ En el mismo sentido, la

⁴ Ley 9 de 1989. Artículo 5º.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff).

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-508 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 1992.

¹⁰ Marienhoff, Garrido Falla, Sayagués Lazo y García de Enterría. “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público.” En Revista de la Administración Pública No 13. Tomado de Gustavo Penagos, Derecho Administrativo. Parte Especial. Librería El Profesional. 1995.

entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de “áreas de espacio público”¹¹, ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley. En consecuencia, y tal como se ha dicho, “los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste.”¹²

Tomando en consideración las precisiones anteriores, pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, entre otros los siguientes¹³ :

a- Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), –como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos–.

b- Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, –léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo–.

c- Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, –es decir andenes o demás espacios peatonales–.

d- Las fuentes de agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado¹⁴.

e- Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones.

f- Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje.

g- Los elementos naturales del entorno de la ciudad.

h- Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales.

i- En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo¹⁵.

En todo caso, no existiendo bienes de uso público por “naturaleza” y siendo tal destinación un mero concepto jurídico, –modificable según las necesidades–, la noción de espacio público igualmente resulta contingente y dependiente de lo que fije como tal el legislador (Marienhoff).¹⁶

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia. T- 288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Citando a Zamboni. Ver sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de mayo 5 de 1981. M.P. Jorge Vélez García.

¹³ Estos elementos se encuentran descritos en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, complementados con comentarios doctrinales y jurisprudenciales.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-508 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁵ Ley de 1989. Artículo 5º.

¹⁶ Ver Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, –atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos– , a facilitar la adecuación, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.¹⁷

En vista de todo lo anterior, afectación de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas, no podrá ser determinado sino por los Concejos o Juntas Metropolitanas, (o las Juntas Administradoras Locales), de conformidad con el artículo 6° de la citada Ley 9ª de 1989, “de lo cual se desprende que su disponibilidad no puede quedar librada a la voluntad de los particulares ni a la decisión de organismos administrativos a los cuáles no se confía por la Constitución, la responsabilidad atinente a la definición, “planificación y regulación de su uso”.¹⁸ Por supuesto que esto no limita el cumplimiento de las obligaciones de policía, señalados por normas.

2.3. Ante la realidad de una crónica y tácitamente permitida perturbación de los espacios públicos, parecería para algunos ser un mal menor que merezca la atención de las autoridades. Sin embargo, el trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes¹⁹, puede llegar a vulnerar no solo derechos constitucionales individuales de los peatones y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. En efecto, algunos estudios y estadísticas sugieren que los actos de perturbación que ocurren en un sitio público, posiblemente afectan a miles de personas por hora²⁰. Los ciudadanos, entonces, a mayor desorden en las áreas comunes, tienen la tendencia de disminuir su acceso a ellas, generando en consecuencia un detrimento de esas mismas localidades y una disminución en su utilización por parte de la sociedad en general. Esas situaciones como consecuencia, crean la necesidad de cerrar establecimientos de comercio y de trasladar y cambiar los lugares de trabajo de muchas personas, en razón de la complejidad que adquieren tales zonas, el difícil el acceso a ellas, al parqueo, e incluso el favorecimiento de actividades ilícitas.

Adicionalmente, las repercusiones pueden ser no sólo colectivas, sino también privadas, y acarrear la vulneración del derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el artículo 24 de la Carta²¹, en cuanto se impide a las personas transitar en espacios que, por su carácter público, deben ser accesibles para todos los miembros de la comunidad en igualdad de condiciones. También se puede infringir “el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 y T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.”²² *Una situación de perturbación prolongada del espacio público, especialmente cuando es debida a factores estructurales de la sociedad, desborda el control de las autoridades, y también podría calificarse como un signo de erosión en el cumplimiento de los deberes de la Administración y del Estado. Es por ello, tal y como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades:*

“...una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del simple tránsito por ella, pues semejante conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además de que constituye una apropiación contra derecho del espacio público, esto es, un verdadero abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre. No pueden tampoco ocuparse los andenes –que son parte de la vía pública– ni las áreas de circulación peatonal, espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales.”²³

El espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área a la cual todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo; por esta razón la tentación de abusar de él es permanente. Sin embargo, así como algunos son constreñidos a la usurpación del espacio público por problemas económicos y circunstancias sociales y por una ausencia real de oportunidades, y esta circunstancia debe tener connotaciones jurídicas; otras personas, desconociendo su propia responsabilidad social, hacen de esas posibilidades una verdadera oportunidad en los negocios, o un abuso desproporcionado de su derecho, poniendo en peligro la efectividad en la administración de tales espacios públicos.

Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el “atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella”.²⁴

En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la

²² Corte Constitucional. T-778 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

²⁴ Jane Jacobs. *The Death and Life of Great American Cities*. 1961. Citado, Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

*libertad de las personas*²⁵ sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales. Por ende, una “sociedad liberal que aspire a asegurar la igualdad de oportunidades para todos y una política universal de participación, debe presumiblemente darle la posibilidad a cada individuo de hacer uso de todos los espacios necesarios para circular libremente y transportarse, así como de todos los espacios públicos abiertos.”²⁶

La Corte constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. Así las cosas, la función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención.”²⁶

3. Actuaciones de la policía administrativa respecto al espacio público.

*3.1. La autoridad pública, en ejercicio de la facultad de policía, tiene la posibilidad jurídica de limitar las libertades individuales cuando la necesidad de preservar el orden público, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad o la moralidad así lo exijan, lo cual no es óbice, para que se otorguen “permisos o profieran actos administrativos, dentro de las prescripciones legales, para permitir o establecer el cierre de ciertas vías o para limitar o restringir el paso de vehículos o personas, de acuerdo con las circunstancias específicas.”*²⁸

Según puede observarse, los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132). También, tienen competencia para señalar restricciones en lo relativo a su uso por razones de interés común, sin que el razonable ejercicio de esta facultad represente desconocimiento de derechos o garantías constitucionales. En este sentido es claro que el Código Nacional de Policía dispone que es a los funcionarios de la policía, a quien corresponde de manera especial, prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público y garantizar su adecuada protección.

3.2. Sin embargo, las actuaciones de la policía que bajo esas atribuciones se realicen, deben orientarse esencialmente a hacer realidad los mandatos constitucionales de protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en la búsqueda de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo (artículo 2º) y en la prevalencia del interés general (artículo 1º). Por ello, tal y como lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades :

“La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un **margen objetivo de apreciación**, evitando la desviación o el abuso de

²⁵ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

²⁶ Ver el caso Evans vs. Newton, 382 U.S. 296, 301-302. 1966.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-203 de 1993. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad. Toda exigencia desmedida o requisito extraordinario comporta un abuso del poder y una posible invasión en el ámbito de los derechos individuales que debe ser subsanada por la autoridad judicial competente.(...)”²⁹

En efecto,

“Una actuación desordenada e ineficiente de la administración, aunque el objetivo buscado con ella sea la prevalencia del interés general sobre el particular, puede llevar a la generación de daños en virtud del mismo caos generado en la falta de previsión de las autoridades, que al salirse de su propio control, puede además de causar “perjuicio al interés colectivo, una violación de los derechos fundamentales de los asociados involucrados en tal situación.”³⁰

Por ello es “criticable que en más de treinta años Santa Fe de Bogotá haya permitido la ocupación del espacio público y en más de diez años algunos funcionarios hayan postergado la solución de los problemas humanos que surgieron con la desidia de algunos funcionarios. Es pues indispensable que haya soluciones concretas y no ofrecimientos coyunturales que se enredan luego en trámites burocráticos muchas veces inoficiosos y otras veces engañosos.”³¹

Pero las autoridades no pueden apuntar a un solo objetivo de carácter policivo en el momento en que se deciden a cambiar las condiciones que han generado ellas mismas, para el ejercicio de una actividad o para la ocupación de zonas de uso público, porque ellas son, por mandato constitucional, también las responsables de las alternativas que en este sentido se puedan desplegar para darles solución a los problemas sociales de sus propias localidades. En ese sentido no pueden buscar culpables solo en los usurpadores del espacio público sino en su propia desidia en la búsqueda de recursos efectivos en la solución de problemas sociales. Sea cual fuere la responsabilidad, la actuación de las autoridades policivas tiene que ser razonable. La razonabilidad debe impregnar toda la actuación administrativa, precisamente Miguel S. Marienhoff (Tratado de derecho administrativo, T. IV, p. 681) dice:

“Pero qué es ‘razonabilidad’? Esta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos. En tal sentido se expide la jurisprudencia y también la doctrina. Trátase, pues, de una correspondencia entre los ‘medios’ propuestos y los ‘fines’ que a través de ellos desea alcanzarse.”

Vista así la razonabilidad, el juez constitucional debe, mediante sentencia de tutela, en cada caso concreto, analizar si fue razonable el comportamiento de la administración o si por el contrario pudo haber un abuso que obligue a que el juez dé las órdenes dentro de la

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-475 de 1992 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 1995. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

razonabilidad, para la protección del derecho fundamental que resultare violado o para prevenir a fin de que no sea violado en el futuro.

4. Comportamiento de la jurisprudencia constitucional colombiana frente a la ocupación del espacio público por vendedores informales

La Corte Constitucional, para resolver los conflictos que surgen entre la administración y los ocupantes del espacio público, ha optado por buscar una fórmula de conciliación conforme a la cual la administración cumpla su deber de proteger el espacio público, sin que ello signifique desconocimiento del derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas en los procesos de recuperación del espacio público.³² Por consiguiente, “ha ordenado que las autoridades respectivas implementen planes y programas que permitan la coexistencia armónica de los intereses que colisionan, toda vez que tampoco se puede desconocer”, como se verá, “el fenómeno social que conlleva esta economía informal”³³.

Es por ello que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aplicando el principio de confianza legítima como mecanismo para conciliar, de un lado el interés general que se concreta en el deber de la administración de conservar y preservar el espacio público y, de otro lado, los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal.

En los primeros años de la Corte, las sentencias T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 y T-438 de 1996, concedieron la protección del derecho al trabajo de vendedores ambulantes que venían desarrollando esa actividad con anterioridad a la orden de desalojo expedida por la autoridad administrativa. Así mismo, la sentencia T-617 de 1995 (desalojo de recicladores) concedió el amparo a unas personas que cobijadas por la confianza legítima habitaban en calles de esta ciudad y otorgó especial protección a los niños, hijos de recicladores que habitaban a orillas de la carrilera. Por el contrario, la sentencia T-398 de 1997 negó la acción de tutela por ausencia de vulneración de derechos y las providencias T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998 negaron la tutela de los solicitantes, como quiera que se probó que no existían permisos o licencias que autorizaran el uso del espacio público.

Así las cosas, un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional permite deducir las siguientes líneas:

a) Como ya se dijo la defensa del espacio público es un deber constitucionalmente exigible, por lo cual las autoridades administrativas y judiciales deben ordenar su vigilancia y protección.

b) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional. Claro que la actividad de los vendedores informales coloca en conflicto el deber de preservar el espacio público y el derecho al trabajo; y, hay algo muy importante, en algunas oportunidades se agregó que también habría que

³² Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, T-091 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, T-115 de 1995 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Gallindo y T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional. Sentencia N° T-225. Junio 17 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

tener en cuenta la obligación estatal de “propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”, (Sentencias T-225 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein y T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.)

c) Pese a que, el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los “ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho” (Sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que “la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga” (Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Dentro de este contexto, constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, T-550 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia T-617 de 1995), tolerancia y permiso del uso del espacio público por parte de la propia administración (sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-438 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Como corolario de lo anterior se tiene que los actos y hechos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la administración, sin que se cumpla con los procedimientos dispuestos en la ley.

También se dio un caso, por parte de la Alcaldía de Cúcuta, de expedición de normas que prohibían el comercio informal en la denominada zona crítica y de la decisión de no expedir permisos provisionales y de derogar los ya expedidos; y, sin embargo, la tutela prosperó por protección al derecho al trabajo y se ordenó la reubicación, pese al Decreto que derogó permisos anteriores. (Sentencia T-091 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara).

5. Principio de la confianza legítima

El eje sobre el cual ha girado el amparo a los vendedores ambulantes es lo que la doctrina especializada³⁴ considera como la *confianza legítima*. Es éste un principio que debe permear el

³⁴ Al respecto pueden consultarse: González Pérez Jesús. “El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo.” Editorial Civitas. Madrid. 1983; García Macho Ricardo, Artículo “ Contenido y límites del principio de la Confianza legítima publicado en “ Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi” .Editorial Civitas, Madrid. 1989; Dromi José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid.

derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4º de la C.P.), de respeto al acto propio³⁵ y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”³⁶

Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa “ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general”³⁷

Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y

³⁵ Ver sentencia T-295/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁶ Sentencia C-478 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

³⁷ Sentencia T-617 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”³⁸

6. ¿Cuál ha sido la tradicional medida que la jurisprudencia ha acogido para los vendedores ambulantes amparados por la confianza legítima?

Un mecanismo que ha utilizado la jurisdicción constitucional colombiana para solucionar ponderar los intereses en conflicto, es ordenar a la administración que diseñe y ejecute un “adecuado y razonable plan de reubicación” (Sentencias T-225 de 1992, T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, que la administración tome “medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes” (Sentencia T-372 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.)

Ha considerado la jurisprudencia que son presupuestos necesarios para que opere la reubicación de los vendedores ambulantes: “que se trate de trabajadores que con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar un espacio público de uso común, hayan estado instalados allí”; “que dicha ocupación hubiese sido permitida con anterioridad por las respectivas autoridades, a través del respectivo permiso o licencia” (Sentencia T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido las sentencias T-115 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

También se ha dicho que las políticas de reubicación se deben cumplir en igualdad de condiciones para los vendedores informales (Sentencias T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, la intención de la administración “no puede quedar sin definición en el tiempo desconociendo el derecho al trabajo de quienes como realidad social dependen de actividades de ventas ambulantes” (Sentencia T-133 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz). Pero, se repite, hasta ahora, la principal medida es que haya un plan razonable de reubicación.

6.1. Cuál es este alcance de la razonabilidad de que habla la jurisprudencia ?

En una de las últimas sentencias que ha tocado el tema, la T-550/98³⁹, se explicó:

“sin embargo esta Corporación en múltiples pronunciamientos ha señalado la necesidad de buscar soluciones que permitan la coexistencia de los derechos o intereses que se encuentran enfrentados. Así, ha dicho la jurisprudencia cuando la autoridad local se proponga la recuperación del espacio público, debe igualmente ejecutar un plan que permita la reubicación de los vendedores estacionarios que han hecho uso del mencionado espacio, con el permiso de la autoridad competente previo el cumplimiento de los respectivos requisitos”.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Ya antes, en la T-225/92, se había especificado que el plan de reubicación tenía que ser adecuado y razonable. La reubicación no es otra cosa que irse a otro sitio, lo lógico es que haya políticas claras sobre si lo que se busca es saltar de la economía informal a la economía formal, porque como es apenas natural, no se trata solamente de cambio de sitio sino que adicionalmente al respeto al espacio público, otro de los objetivos que no se puede olvidar es evitar que crezca el desempleo. Dentro de este contexto, la reubicación se convierte en un método que no puede ser el único y le asiste razón a la Administración Distrital cuando insinúa la posibilidad de mecanismos alternativos a la reubicación esto es razonable. Es obvio que una política standard no puede ser para todos, puesto que la rigidez impide avanzar y dar mejores respuestas.

7. El derecho al trabajo y el derecho al empleo

Ante la nueva situación que se plantea en los casos materia de la presente revisión, consistente en que por un lado se pide por la Administración una lectura adicional o la “razonabilidad” en la reubicación, y por otro lado, la mayoría de los vendedores ya han sido desalojados, entonces, hay que profundizar sobre dos derechos: el derecho al trabajo y el derecho al empleo.

La verdad es que el vendedor desalojado se halla de repente en el desempleo total, con franco deterioro para su forma de vivir, lo cual implica la propagación de la pobreza, que según la OIT es “moralmente inadmisibles y económicamente irracional”⁴⁰.

Por consiguiente, el tema del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución, que precisamente en uno de sus apartes indica: “El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

El objetivo tendrá que ser una protección tal que las políticas de ajuste estructural no lleguen a la deshumanización, ni menos a aumentar el gravísimo problema del desempleo. Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 en el cual el punto central es el derecho al empleo en sociedades como la nuestra donde el desempleo es crónico⁴¹ y donde hay una marcada inclinación hacia vivir en las ciudades. (En América Latina y el Caribe, la urbanización en 1950 era 41 %, en 1970 era 57%, en 1995 ascendió a 74%). Es obligación del juez constitucional aplicar la ley de leyes, y al hacerlo, en temas como el derecho al trabajo y el derecho al empleo, el juez no puede eludir un aspecto fáctico: que la incapacidad del sector formal para generar empleo lanza a grandes masas urbanas al sector no estructurado, tan es así que según informe de la OIT, en América Latina, entre 1990 y 1993, los nuevos empleos creados en el sector no estructurado ascendieron al 83%⁴², y, concretamente en la

⁴⁰ La OIT sostiene que “es importante ofrecer un mínimo de seguridad económica a los pobres ya que no tienen otro modo de valerse por sí solos”. El empleo en el mundo, Ginebra, 22 de febrero de 1995

⁴¹ En el caso concreto de Bogotá, en marzo de 1998 era del 12.7% y un año después en marzo de 1999, ascendió a 20% (datos del DANE).

⁴² OIT, The Employment Challenge in Latin America and the Caribbean.

capital de la República de Colombia, el sector informal creció en un año en un 10.3%; en otras palabras, se aumentó el ingreso bajo y la pobreza urbana.

Entran pues en juego, como ya se dijo, no solamente los artículos 25 y 334 de la C. P., sino el artículo 54 ibidem en cuanto señala que “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” y, entonces, esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar, y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo. En este esquema es un contrasentido aumentar el desempleo sin presentar alternativas que lo mitiguen y por consiguiente un juez no puede avalar que se emplee la fuerza precisamente para aumentar la crisis.

*Aparece aquí una nueva **cuestión social** que según Emilio Bogado Valenzuela⁴³ “se expresa principalmente en los campos de la educación, la salud, el medio ambiente, la vivienda, la alimentación, la igualdad de oportunidades, el empleo, la capacitación, la seguridad social, la marginación y exclusión, las relaciones de trabajo”. Se aprecia entonces la presencia armónica del derecho al trabajo y el derecho al empleo, por ello Américo Pla Rodríguez⁴⁴ hace caer en la cuenta de que “se ha sostenido por distinguidos laboristas que la desocupación se ha convertido en una compañera inseparable del derecho del trabajo, y que hay que acostumbrarse a la cohabitación con ella”.*

Por lo tanto, el desalojo de trabajadores informales con el cual termina el procedimiento policivo tiene que ir acompañado de algunas medidas en favor de aquellos, si están amparados por la confianza legítima. En principio, la medida es la de la reubicación, no en el sentido de que el erario público se encarga de entregar un inmueble para que allí se formalice un trabajo que antes era informal, (por supuesto que si las autoridades públicas lo hicieren por haber destinación presupuestal precisa y adecuada, esta opción también es válida), sino que las autoridades públicas y concretamente el respectivo municipio determine el sitio donde pueden laborar las personas que van a ser desalojadas, dándoseles las debidas garantías para el ejercicio de su oficio, y, además hay que colaborar eficazmente con determinados beneficios (no indemnizaciones) que faciliten la ubicación en el nuevo sitio para trabajar y también se haga más llevadero el traslado y la reiniciación del trabajo. Pero puede haber otras opciones distintas a la reubicación o colaterales a la reubicación, tan es así que el propio Distrito Capital habla de “estrategias”. Luego, el juzgador constitucional apreciará teniendo en cuenta los ofrecimientos y el análisis de los presupuestos, los planes de desarrollo y las políticas que estén debidamente señaladas y sean reales y es en esta proyección que debe entenderse por la jurisprudencia las opciones alternativas o colaterales a la principal: la reubicación.

Precisamente los pronunciamientos de organismos internacionales sobre política de empleo hacia los trabajadores informales, concretamente plantean la participación de los Entes locales para el tratamiento de esta problemática, y se habla de que para no deprimir aún más el

⁴³ Evolución del pensamiento juslaboralista, en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata, p. 331

⁴⁴ ib., p. 387

sector no estructurado son viables como propuestas: desarrollar la capacitación, acceso al crédito, trato preferencial en materia de inversiones, exenciones, reducción del número y costo de los trámites administrativos y reglamentarios, entre otros ejemplos. Este comportamiento sano de la administración es acorde con la dignidad humana del trabajador y se ubica dentro de los parámetros de la justicia social.

8. La dignidad y la justicia social como herramientas jurídicas que entrelazan el derecho al trabajo y el derecho al empleo

Sobre el derecho al trabajo ha sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ha sido enfática en reconocerle jufundamentalidad, pero ha sido prudente respecto a la forma de protegerlo mediante tutela, de ahí que en buena parte lo ha ubicado bajo los aleros de los derechos a la igualdad, a la libertad y a la dignidad del trabajador. La dignidad es el sostén, objetivo e iluminación de las diversas facetas del derecho del trabajo. En la T-790/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se desarrolló el concepto de que el derecho al trabajo debe ir acompañado de condiciones dignas y justas. Al ubicar la dignidad como parámetro básico del derecho al trabajo, también se está diciendo que el derecho al empleo indudablemente debe tener como base la dignidad humana.

Hay algo que también une indisolublemente al derecho al trabajo y al derecho al empleo y es que el objetivo de ambos es la justicia social, área prioritaria en cada país y sociedad. Es de justicia social la búsqueda de empleo seguro y empleo de buena calidad, y si ello no se consigue aumentan los pobres, quedando atrapados en un círculo vicioso "donde los ingresos reducidos son la causa de una educación, nutrición y atención de salud de mala calidad, lo cual a su vez genera baja productividad e ingresos reducidos".⁴⁵ Por consiguiente es de justicia que exista una política activa para que los parados puedan readaptarse. Claro que la lucha contra el desempleo responde a políticas concertadas con programas públicos de contenido macroeconómico. Cualquier programación y planificación es deber de los gobiernos. El tema de los deberes viene desde la reforma constitucional de 1936, y, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de junio de 1955 (M.P. Jesús Estrada Monsalve) ligó los deberes sociales con la constitución social y los fines sociales del Estado; o sea que el tema no es extraño en la jurisprudencia colombiana. En consecuencia, es objetivo social del Estado que se adopte una política de empleo positiva y preventiva. Debe haber puestos de trabajo decentes y con salarios justos, democratizando desde la base y ayudando a los pobres a organizarse mediante programas creativos, en muchas ocasiones de negociación colectiva. Pero, si en casos concretos la falta de políticas o el mal uso de las mismas afectan derechos fundamentales, el juez constitucional puede señalar que el derecho fundamental no debe violarse y por consiguiente dar las órdenes, dentro de un marco de respeto por las normas legislativas que desarrollan los derechos prestacionales como lo señala la SU-111/97, pero dentro del espíritu del artículo 113 de la C. P. que ordena: "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

⁴⁵ El futuro del empleo urbano, Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, p. 15

9. La normatividad internacional en el tema del desempleo unido al derecho al trabajo

Este propósito ya había sido objeto de regulación normativa internacional. En 1944, en el umbral de la postguerra, al cumplir la OIT 25 años de existencia, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de Filadelfia en la cual se consigna que el trabajo no es una mercancía y se señala la obligación de fomentar en todas las naciones del mundo programas de pleno empleo y de elevación del nivel de vida de las personas. Esto armoniza con el Preámbulo de la Constitución de la OIT, en cuanto se dispone la lucha contra el desempleo y la garantía de un salario vital adecuado.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

En el Convenio 122 de la OIT en su artículo 1º, parte inicial, se establece: “1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.”

La Recomendación N° 1 de la OIT se refirió precisamente al desempleo. El Convenio 2 de 1919 previó el funcionamiento de agencias de empleo. En 1934 y 1935 hubo otras recomendaciones de la OIT sobre desempleo. Lo mismo ocurrió en 1937 y en 1944. El Convenio 88 de 1948 dispone que los Estados habrán de instituir un servicio público y gratuito de empleo. El Convenio 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo habla del fomento del empleo productivo, de las contingencias cubiertas, de las personas protegidas, de los métodos de protección, de las indemnizaciones que deben atribuirse, de las garantías jurídicas, administrativas y financieras. El Convenio 111 también se refiere al empleo y es interesante en cuanto señala que los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional como la orientación y admisión en el empleo y las diversas ocupaciones.

Precisamente, de la información internacional se colige el trato serio que se debe dar al trabajo informal. Es así como la OIT⁴⁶, expresa:

“El potencial del sector urbano no estructurado de generar nuevas y mejores fuentes de trabajo representa para las autoridades locales una poderosa herramienta. Por cierto, el sector urbano no estructurado suele servir de dispositivo amortiguador para la población urbana pobre vulnerable y marginada, pero a menudo se subestima su capacidad productiva. Por una parte, indudablemente se procura llegar a un equilibrio entre la creación de nuevas fuentes de trabajo y la protección de las condiciones laborales de quienes trabajan. Pero, por otra, el mejoramiento de las condiciones laborales del sector no estructurado pueden entrañar un aumento de la productividad y de los ingresos. Las inversiones en el ámbito de la salud, la educación y el mejoramiento de los asentamientos precarios, pueden ser excelentes desde una perspectiva exclusivamente económica. Por consiguiente, las autoridades municipales deberían

⁴⁶ Fundándose en Bowles y Gintis

comparar más a menudo el potencial de generación de fuentes de trabajo de las grandes empresas con el de las de pequeña y microescala....

“En el pasado, la mayoría de los gobiernos de los países en desarrollo consideraban al sector no estructurado sólo como una red de seguridad que proporcionaba un empleo de baja productividad y, por ende, consolidaba su función de mitigación de la pobreza. Se tendía a considerar al sector como a un grupo beneficiario especial, en vez de tratar de integrarlo a la economía convencional. Por lo demás, se desestimaba su potencial de desarrollo. En lugar de considerar que la baja calidad de la producción de ese sector es un problema que se debe resolver, se la suele aducir como razón para condenarlo. Por añadidura, generalmente se le asimila a la economía paralela o clandestina que viola los reglamentos en vigor. Sin duda numerosos países ha cambiado de actitud ante el sector no estructurado. Algunos lo han reconocido legalmente; así como a su contribución positiva, otros han aceptado su existencia a regañadientes, y otros tantos, apenas lo toleran y tratan de “adaptarlo”. También hay los que incluso han creado nuevas instituciones de apoyo a favor del sector”⁴⁷.

La situación es de tal complejidad, en nuestros países en vía de desarrollo, que para integrar a los vendedores ambulantes a una economía convencional, no solo surgen los planes de reubicación, sino que surge la necesidad de otras opciones para cuya escogencia debe existir una indispensable comunicación entre la autoridad que las ofrece y el destinatario. Lo que no tiene justificación es el empleo de la fuerza, rompiendo toda concertación y dejando sin alternativas concretas a quienes de buena fe estaban ocupando durante mucho tiempo el espacio público. Es grave, injusto e inhumano este tratamiento por la fuerza, cuando a trabajadores y a sus familias, que han actuado de buena fe y están protegidas por la confianza legítima, se los envía a una situación de “no trabajo”, sin ofrecérseles concretamente soluciones alternas.

10. Los gobiernos municipales también pueden presentar soluciones al desempleo

Generalmente las cuestiones relativas al sector no estructurado se analizan en el contexto de las economías nacionales. Pero se olvida que la mundialización está incidiendo muchísimo en el futuro de las ciudades y en el empleo urbano. Hoy las autoridades locales se están convirtiendo en un punto fuerte de la política de empleo, porque la realidad ha obligado a la descentralización de responsabilidades, a expedir marcos reglamentarios y a la necesidad de forjar alianzas nuevas y crear asociaciones participativas, dentro de lo cual la gestión del gobierno local y el compromiso cívico son cruciales, siempre y cuando haya transparencia, responsabilidad, consulta, participación, es decir, democracia real. La OIT ha dicho⁴⁸:

“Sin duda, para que las ciudades puedan crear y proteger eficazmente el empleo mediante acción desplegada en tres niveles⁴⁹, han de desarrollar la capacidad técnica necesaria para comprender las complejidades de la economía internacional y desarrollar y aplicar las políticas locales de empleo. Considerando la situación actual, las ciudades se preocupan a menudo por

⁴⁷ El futuro del empleo urbano, OIT, p. 40

⁴⁸ El futuro del empleo urbano, p. 31

⁴⁹ Según la OIT los tres niveles son: Tener influencia a nivel internacional, para lo cual se insinúa una asociación de alcaldes a escala mundial. A escala nacional incidir en las políticas macroeconómicas, insinuándose la unidad con las organizaciones de trabajadores y empleadores. Y un tercer nivel, local, que apunte a una serie de medidas municipales de desarrollo económico y social.

reducir los daños, limitándose a tratar de hacer frente en forma pasiva a todas las consecuencias negativas del desempleo urbano que son la pobreza, la violencia, los estupefacientes, la falta de vivienda, los niños de la calle y las arcas municipales vacías. El tema central de las siguientes secciones, enfocado desde un punto de vista práctico, será el desarrollo de la capacidad institucional de los protagonistas a nivel local. En particular, se insistirá en las esferas prioritarias, donde las autoridades locales, asociadas con otro protagonista clave, pueden ejercer una influencia determinante.”

Tal vez una de las soluciones locales que ha planteado una mayor inquietud es la de si debe legalizarse el sector informal o por el contrario dejarse dentro del principio liberal del *Laissez faire*. Teniendo como fuente el estudio *The informal sector: legalization or laissez-faire*,⁵⁰ la OIT dibuja esta realidad:

“Mediante una serie de estudios realizados en unos veinte países se han evaluado las repercusiones de las reglamentaciones sobre la creación, el funcionamiento y el desarrollo de las actividades del sector informal o no estructurado. Dichos estudios muestran que la mayoría de las empresas de este sector son de hecho “semilegales”. Aunque la mayoría de ellas cumplen ciertas reglas básicas (autorizaciones locales, registro y licencias) son muy pocas las empresas que respetan las disposiciones tributarias y laborales nacionales.”

De allí se colige que los objetivos de la política de empleo a nivel local son indispensables para dar una justa solución. Sirve de ilustración el Convenio 122 de la OIT, numerales 2 y 3, art. 1º, que señala:

“La política indicada debe tender a garantizar :

- a. Que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- b. Que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- c. Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tenga en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.
- d. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales”.

Por consiguiente, los objetivos pueden ir más allá de la simple reubicación, aspecto que no pueden despreciarse en las decisiones judiciales. A manera de ejemplo y continuando con la invocación a la OIT, se tiene que ésta al referirse al sector urbano no estructurado en los países en desarrollo, dice⁵¹ que “ese sector desempeña una función de red de seguridad, consistente en absorber la mano de obra sobrante, la política general al respecto debería

⁵⁰ Ver Revista internacional del trabajo, vol 134, Nº 6

⁵¹ El empleo en el mundo, año de 1995, p. 14

consistir en suprimir los obstáculos administrativos o de otra índole que coarten su crecimiento. Conviene además, promover el segmento modernizador del mismo facilitando su acceso al crédito, a insumos productivos y al conocimiento de técnicas mejores de producción, así como sus vínculos con el sector moderno". Claro que "mas que el acceso al crédito, es su costo el nudo de estrangulamiento de las empresas pequeñas" (R. Meier y M. Pilgrim en *Small Enterprise Development, Londres, junio de 1994, pgs. 32-38*). En otras palabras, una medida muy efectiva para superar el problema del desempleo urbano es la implantación de una política de calado popular; alentando ésta se contribuye a generar empleo, y, según la OIT "En muy diversos países, la aplicación de planes originales de crédito, destinados a los productores modestos, ha dado resultados excelentes" (*Informe de la OIT sobre el empleo en el mundo, año de 1995, página 13*). Esto obliga a: estar abierto a sugerencias, integrar equipos multidisciplinarios. Y hay elementales principios: que la educación y formación del trabajador sea para que compita, que se planifiquen los recursos humanos, que se tomen en cuenta las dimensiones culturales de ajuste y por supuesto que haya voluntad política.

CASOS CONCRETOS

1. De los planteamientos anteriormente relacionados surge que las autoridades policivas están facultadas para recuperar el espacio público, es su obligación hacerlo, respetando claro está el debido proceso. Lógicamente, la recuperación es para que ese espacio sea usado por toda la comunidad y no para reemplazar unos ocupantes por otros. Y, es solamente el Consejo o las Juntas Metropolitanas o las JAL, como se indicó anteriormente, las que indicarán el destino de esos bienes de uso público y el Alcalde, como autoridad policiva, dentro del marco de las normas, debe lograr la restitución de ese espacio público, acudiendo, si es necesario, al desalojo.

Lo prudente es que antes del desalojo se trate de concertar y concretar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar o de principiar a ser realizadas. La propia administración del Distrito ha fijado estrategias al respecto, muy de acuerdo con lo que al respecto ha dicho la OIT. En esta concertación no solamente pueden participar las organizaciones que agrupan a los vendedores ambulantes y estacionarios sino los propios afectados, si lo desean. Por supuesto que el plazo para la concertación tenía y tiene que ser fijo, porque de lo contrario sería muy difícil recuperar el espacio público y así lo ha considerado la Corte Constitucional (ver sentencia de los recicladores). El derecho de quien ya hubiera sido el desalojado, no exime al juez constitucional de ordenar el amparo, porque en primer lugar no es un hecho consumado ya que el problema sigue latente, y en segundo lugar si se pensara que la tutela no cabe, se llegaría al absurdo de que la celeridad en el desalojo dejaría sin piso la protección al derecho al trabajo y al empleo de quienes, en el estudio de cada caso concreto, tuviera derecho a tal protección por estar cobijados por la confianza legítima. Pero, lo que no puede hacer el juez constitucional es en la sentencia ordenar indemnización por ese desalojo de personas amparadas por la confianza legítima porque este tema le corresponde analizar y dilucidar a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Es indispensable analizar si hay en los expedientes elementos probatorios que permitan la calificación de estar los vendedores informales que instauraron la tutela cobijados con la confianza legítima. No se puede aceptar que la sola manifestación del interesado obligue al juez

a ordenar la protección. Es necesario analizar las pruebas. Una de ellas, pero no la única, es el de la carnetización que las mismas autoridades policivas hacen de los trabajadores informales y específicamente de los vendedores ambulantes. Documento que es una prueba concluyente de que el vendedor está de buena fe en su oficio; buena fe que no desaparece si unilateralmente la administración resuelve formalmente “dejar sin efecto” dicho reconocimiento, porque esa derogación unilateral del permiso inicial afecta el respeto al acto propio, no tiene fuerza suficiente para destruir la buena fe que motivó la confianza legítima, y, mas bien se puede ver como mecanismo amañado para proceder al desalojo sin cortapisa. Pero puede haber otros medios de prueba que demuestren la confianza legítima; por ejemplo, acuerdos serios entre las autoridades y los vendedores o sus representantes gremiales sobre estancia en el espacio público o compromisos previos al desalojo, pronunciamientos en los Concejos Municipales o en las Juntas Administradoras Locales sobre protección a tales trabajadores, recepción de entidades municipales de tarifas por servicios públicos correspondientes a las estructuras donde funciona el comercio informal siempre y cuando estén acompañadas de acciones u omisiones ostensibles de las cuales se infiere que ha surgido la confianza legítima. En otras palabras, el medio de prueba no es únicamente el documental.

Adicionalmente, hay factores normativos que si prueba que se dan en los casos concretos, agregan mayor fuerza a la confianza legítima. En el caso de la capital de la República son estos:

Acuerdo 25 de 1972. Mediante el cual se creó el Fondo de Ventas Populares.

Acuerdo 3 del 10 de mayo de 1977. Mediante el cual se señaló quienes se constituían como vendedores ambulantes y estacionarios.

Decreto 1509 del 28 de julio de 1982. Mediante el cual se reglamentó el acuerdo 3 de 1977.

Decreto 2186 del 26 de octubre de 1982. Por medio del cual se reglamentó la refrendación de las licencias y permisos para los vendedores ambulantes.

Acuerdo 23 de 1982. Mediante el cual se regula la edad mínima para el desarrollo de la actividad de vendedor ambulante o estacionario.

Decreto 1048 del 30 de julio de 1986. Disposiciones relativas al mercado informal que reglamentó el acuerdo 3 de 1977.

Decreto 1515 del 15 de octubre de 1986. Mediante el cual la alcaldía Mayor se abroga la facultad de expedir licencias y permisos para las ventas ambulantes.

Acuerdo 18 de 1989. Código de Policía de Bogotá. Capítulo I Título VI. Que trata de “Establecimientos comerciales e industriales y del vendedor ambulante.”

Dice el artículo 361 del acuerdo 18 que:

“Es vendedor ambulante o comerciante informa, el que lleva y ofrece la mercadería para la venta en lugar público o abierto al público o a las puertas de los domicilios”, al paso que el artículo 464 del citado acuerdo prevé : “Facúltese al Alcalde Mayor para:

1. Expedir un reglamento para el comercio formal.

2. Expedir un reglamento para las ventas ambulantes

3. Establecer las obligaciones y prohibiciones para los comerciantes informales y los vendedores informales.

4. (...) Efectuar los traslados presupuestales para promover los programas de rehabilitación de vías e incorporar al comercio formal al vendedor ambulante, destinando o dotando centros o sitios especiales para el ejercicio de su actividad.”

Acuerdo 6 de 1993. En el cual se autoriza el cambio de destinación de algunos bienes de uso público del Distrito Capital e igualmente se autoriza habilitar estos bienes a la necesidad y requerimientos específicos de cada una de las localidades de la Capital. En el artículo 7 de éste Acuerdo se dispuso que : “El uso que se apruebe dar a éstos espacios, se determinará sin desconocer los derechos de los vendedores estacionarios o ambulantes que se encuentren ubicados en los mismos. Estos tendrán prioridad en la asignación de los espacios públicos para su utilización.”

3. Si los trabajadores amparados por la confianza legítima ya fueron desalojados sin previa reubicación o convenio sobre alternativas diferentes, esto no puede tenerse como un hecho que signifique sustracción de materia para la tutela, como se indicó antes. Pero la solución no es volverles a permitir que ocupen el espacio público porque una decisión en este sentido no tendría validez ética. Indudablemente siguen operando la reubicación o las opciones antes dichas. Si ya la administración y el desalojado han convenido directamente o por intermedio de sus representantes gremiales una reubicación, debe mantenerse esta determinación, pero lo ya acordado debe ser efectivo y existir un plazo razonable para su cumplimiento. Si no ha habido acuerdo alguno o si la administración estimó que no estaban bajo el amparo de la confianza legítima, pero el juez constitucional considera que sí la hubo, entonces, será la sentencia la que determine si cada una de las personas se hallaba bajo la situación de confianza legítima en cuyo caso el plazo será no solo para determinar cuál sería la opción o la reubicación, sino para hacerla efectiva.

Lo que no tiene presentación es que las propias autoridades, en ejercicio de sus funciones (p. ej. el lanzamiento), actúen violando la dignidad de las personas y menoscabando la propiedad (productos que los vendedores tienen al igual que los elementos de trabajo), bienes de los cuales ellos son titulares.

En conclusión, prosperan las tutelas, como protección al derecho al trabajo, en la dimensión que se ha indicado en este fallo, en cuanto el solicitante esté amparado por la confianza legítima. Para lo cual pormenorizadamente se analizarán las situaciones consignadas en los expedientes acumulados, haciéndose la discriminación en el sentido de a quienes se les puede dar aquella calificación de estar dentro de una confianza legítima, producto de la buena fe, que conlleva algunas obligaciones por parte de la administración local y a quienes no. Para ello metodológicamente se presentan los casos según las localidades:

1. FONTIBON

4. Los solicitantes y las decisiones de instancia son los siguientes:

a) T-168937. *Ana Mercedes Martínez de García. En primera instancia, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante decisión del 27 de mayo de 1998, denegó la tutela.*

- b) T- 169281. *Carmen Celia Zamudio Rugeles. En primera instancia, el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá, mediante decisión del 22 de mayo de 1998, denegó la solicitud de tutela.*
- c) T- 169839. *Edna Piedad Ortiz. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante decisión del 3 de Junio de 1998, denegó la acción de tutela,*
- d) T-171.450. *John Nelson Munza. En primera instancia el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá, mediante decisión del 3 de junio de 1998, declaró improcedente la acción .*
- e) T- 170701. *Dagoberto Lara. En primera instancia el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en decisión del 27 de mayo de 1998, negó la tutela.*
- f) T-169279. *Luz Marina Uribe B. En primera instancia el Juzgado 8° laboral del Circuito de Bogotá, mediante decisión del 22 de mayo de 1998 declaró improcedente la acción de tutela.*
- g) T- 171.148 *Héctor Linares Quijano. En primera instancia el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, el 26 de mayo de 1998 denegó la acción de tutela.*
- h) T- 171186. *Estela Guerrero Parra. En primera instancia el Juzgado 14 Laboral de Bogotá, el 26 de mayo de 1998, denegó la tutela.*
- i) T-170.628. *Ubalдина Niño de Torres. En primera instancia el Juzgado 1° Laboral de Bogotá, en fallo del 29 de mayo de 1998, denegó la presente acción.*
- j) T- 168743. *Félix Antonio Torres. Conoció el Juzgado 11 Laboral de Bogotá, y mediante sentencia del 27 de mayo de 1998, denegó la tutela .*
- k) T-169165. *Ana Betulia López Pérez. En primera instancia conoció el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, quien, mediante sentencia del 27 de mayo de 1998, denegó la acción de tutela.*
- l) T-169415. *Ernestina Ayala Salcedo. En primera instancia el Juzgado 19 Laboral de Bogotá, mediante sentencia del 26 de mayo de 1998, negó la tutela .*
- ll) T- 169465. *Ana María Villamil. En primera instancia el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, en fallo del 27 de mayo de 1998 negó la acción.*
- m) T-170375. *Aracely Osorio V. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección I., en decisión del 22 de mayo de 1998, denegó la acción.*
- n) T-170374. *Vargas Rodríguez William. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección “B” denegó la acción de tutela el 26 de mayo de 1998 .*
- ñ) T- 170366. *José Prieto Camacho. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, denegó la acción de tutela el 26 de mayo de 1998 .*
- o) T- 170311. *Osorio María Soffy. El Juez 36 Penal Municipal de Bogotá, negó la tutela, el 1 de junio de 1998.*

p) T- 169946. *Morales Ramón Angel. El Juez 27 Penal Municipal de Bogotá, denegó la acción de tutela, el 27 de mayo de 1998.*

q) T- 173440. *María Diva Rodríguez. El Juez 51 Penal del Circuito de Bogotá, negó la tutela el 29 de mayo de 1998.*

r) T-172919. *Ramos Gómez Ana Sofía. El Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, denegó la acción de tutela el 2 de junio de 1998.*

s) T- 171173. *Pava Arteaga Germán. El Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá denegó la tutela el 26 de mayo de 1998.*

t) T-172268. *Fabio Moreno. El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, negó la tutela el 29 de mayo de 1998.*

u) T-174101. *Hilda María Sánchez Martínez. El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, tuteló el derecho invocado, el 27 de mayo de 1998. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, revocó el fallo anterior, el 6 de julio de 1998.*

v) T-175.859 *Paulina Ortiz. El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, concedió la acción de tutela, el 22 de mayo de 1998. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral revocó el fallo el 13 de julio de 1998.*

w) T-176864. *Vicente Alvarez Montañez. El Tribunal Superior, Sala Penal, el 2 de junio de 1998 negó la acción. En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, confirmó el 15 de julio de 1998.*

x) T-176179. *Jaime Ovalle Rodríguez. En primera instancia el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, denegó la tutela el 22 de mayo de 1998. En segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, confirmó el fallo el 23 de julio de 1998.*

y) T-177910. *Manuel Antonio Bello Montaña, ; Jairo Vargas Fontecha; José Ignacio Mora, Roberto Hernández Villarón, Blanca Cecilia Barrera, María Tilia Parra Cely, Blanca Mery Martínez, Gloria Marra Martínez Naranjo, José Flaminio Sánchez, Héctor De Jesús Bustamante, Delia Ayala Urrego, Elvira Rubiano De Contreras, Fabio Soto Ramírez, Rodrigo Del Castillo Gracia, Nefalí Rojas, Enrique Gómez Albino, Luis Gerardo López Barón, Tito E. Martínez Naranjo, Isidro Santos Quiroga, Diela María Sambony Vargas, Zulma Yadira Torres Rentarí, Teolio Matallana, Leónel Flórez Mejía, Alejandra Sánchez, José Aguirre, Gustavo Vega Pérez, Arcesio Duran Bermeo, Lilia María Angulo Gamboa, Librada Chiquiza De Alvarado; Héctor Puentes Mora, Fabricio Pargo Galeano, Luis Avendaño Páez, Elsa Paloma Bustos, Pedro Pablo Castrillón Agudelo, Ana Cecilia Romero, Blanca Cecilia Graznó De Lagos, Serafín Riaño Cifuentes, Javier Acuña Puentes, Carlos Efraín Poveda, Ovidio Muñoz, Armando Ballesteros Sánchez, María Olimpia Andrango Cuscagua, Mercedes Cuscagua Andrango, Donato Cecilia, María Ofelia Salazar; María Nina Alvarez Torres; Flor Angela Rodríguez Soler, Judith Murcia Cano, Belcy Moncada Ortega, Herlinda Cortez De Lozano, Luis Enardo Chara, Ester Cárdenas Coronado, Néstor Fabio Castaño; Manuel R. Hernández, Jhon Jairo Usquíano Chavarro, Ariel Coc oma Gutiérrez, Ernesto Barbosa Santos, Pepe Daniel Godoy Gómez, Félix Izquierdo Hernández, , María Del Carmen Graznó Franco, Carmen Andrago, Adelmo Rodríguez, Segundo Nelson Cifuentes Riaño, María del*

Rosario Cangrejo De Cruz, Gloria Esperanza Muñoz Vásquez, Ricardo Lago Paez, Milena Chaparro Moncada, Enrique Barbosa Santos, Delfín Cárdenas, Ana Beatriz Peñarte Urquijo, José Antonio Gómez, C. María Ofilia Giraldo De Martínez, Luis Ernesto Barahona, Rosa Espinel Palencia, Wilson Escudero, Guillermo Zarate, María Hamanda Harsun Hernández, Hermes Espinosa. En este expediente, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, el 31 de julio de 1998, declaró improcedente la acción.

z) T-176.118. Carlos Milton Sáenz Hernández; Luis Eduardo Linares; Eufemio Botero Zuluaga; Carlos Mario Lopera Mesa; Luis Alberto Jiménez G.; María Delfina Cancelado; Hilda María Barrera De Sandoval; Carmen Rosa Benavidez; Marlén Muñoz B. Víctor Manuel González G. Luis H. Medina; Luis Humberto Orozco; María Flora Torres De Fiquitina; Ana Graciela Boyacen De Muñoz Luis Arturo Gutiérrez H; María Amparo Puertas Gloria Inés De Bohorques; Luis H. Mejía; Alba De Pinillo Rojas José A. Orjuela Federico Guasca María A. Otalora TAlcides Duran; José Nelson Donato; Mary Luz Otalora y Pedro Arturo Gómez H. El fallo de primera instancia en éste caso particular, fue proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral quien concedió la acción de tutela como mecanismo transitorio, el 11 de junio de 1998. En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo del a-quo .el 15 de julio de 1998.

Apreciaciones para todos los solicitantes de Fontibón:

Como se aprecia, en el caso de los vendedores ambulantes de la localidad de Fontibón bien sea en primera o en segunda instancia las tutelas fueron negadas. Este grupo de personas en los diferentes expedientes han demostrado que estaban amparados por la confianza legítima, porque hubo tolerancia manifiesta de la administración a que ellos ocuparan el espacio público, porque para la recuperación de éste se llegó a compromisos, especialmente con la JAL, hasta el punto de que se firmó un convenio, se destinaron doscientos cincuenta millones para adquirir un lugar hacia donde se dirigirían dichos vendedores, y hubo inclusión del tema en el Plan de desarrollo de Fontibón, (acuerdo 04 de 1995); en adición presupuestal se destinaron otros quinientos millones para el mismo objetivo. El mismo Alcalde Local habla de 219 vendedores a quienes la administración aspira reubicar con base en un listado. Es decir, son inclusive más personas de las 130 instauraron la tutela. Por lo tanto, las decisiones que no accedieron a las peticiones se revocarán y en su lugar se otorga la tutela, sin que valga el argumento de que la Administración, en algún momento cambió de opinión porque esta circunstancia no afecta la confianza legítima, máxime cuando en la diligencia de inspección judicial practicada por la Corte Constitucional el Alcalde Local corroboró la información sobre el acuerdo entre la administración y los vendedores ambulantes del sector, grupo este que incluye a los peticionarios de la tutela.

SECTOR DE SAN VICTORINO

a) T- 178809. José Gregorio Martínez, José Belarmino Correa, Carlos Julio Campos Vargas, Luz Marina Hernández Mondragón, José Antonio Cely Martínez, Isidro Sánchez Muñoz, Héctor Javier Torres Torres, María Blanca Beltrán, Claudio Simbasica Contreras, Gladys Sarmiento Varón, Luis Germán Lindarte Ibarra, José Jaime Franco, Concepción Callejas de López, Natividad Bolívar Díaz, Rosa Amelia Sáenz Supelano, María Consuelo Quintero, Luis Saúl Mesa López, Luis Ignacio Herrera Soacha, Ciro Antonio Carmona García, Luis Antonio Correa Martínez, Efraín Hernández Manrique, Ciro Edgar Ortega, Luis Edgar Ortega, Jaime Humberto

Rodríguez Parra, Alfonso Correa Martínez, Elena Arbeláez, Luis Tobías Rodríguez Useche, Javier de Jesús Tamayo Giraldo, Teresa Martínez de Alvarez, Dora Dilia Cruz Rojas, Fidelino Rodríguez Alonso, Olga María Alvarez de Ballén, Carlos Augusto Tamayo Hoyos, Carlos Audilio Arias, Carlos Alberto Hoyos Duque, Herney Zea Orozco, María Inés Céspedes, Fernando Antonio Delgado Ramírez, Ana Sofía Garnica, Amanda Ramírez de García, Juan de Jesús Hernández, Luis Eduardo Cortés Rojas, Efraín Celis González, Cristóbal González, Carlos Antonio Peña Amezquita, Rosa Elena Pardo, Rómulo Cruz Rojas, Carlos Eduardo Cruz Rojas, Libardo Avila Rondon, José Rosendo Rodríguez Alonso, Luz Marina Castellanos Carrillo, Yesid Ricardo Pachon, Jairo Muñoz García, Alba Mery Castaño Serna, Eyucedo Noreña Jiménez, Jose Angel Supelano Hernández, Jorge Enrique Celis González, Efraín Espinel Giraldo, Oscar de Jesús Ríos Ramírez, Flor Marina Cruz, Laura Rosa Jiménez Hernández, Hernando Figueroa Yepes, Cornelio Sánchez Gómez, Mary Lemus Pineda, María Rosmira Gutierrez Blandón, Jovino Pulido Mejía, María Cristina Tobar Salazar, Blanca Leónor Virguez, Manuel Uchamocha Alvarez, María Elcy Galindez, Víctor Germán Zabala Boada, Abel Tibocha Tibocha, María Hermelinda Baracaldo de Gutierrez, Aliria Del Carmen Díaz, Jose Ignacio Briceño Rincón, Carlos Aldana, Silvestre Angulo Florez, Ana Rita Amaya Viuda de Alvarez, Jose Guillermo Beltrán, Ana Diodita Aguilar de Escobar, Ana Silvia Sánchez Castañeda, Julia Mercedes Arevalo Rodríguez, Aura María Patiño de García, Rosa María Ferrer de Misaqui, Jorge Enrique Arevalo Molano, María Del Pilar Moreno Ramos, Nubia María Muñoz García, María Teresa Castro Montaña, Teresa Del Carmen Rodríguez González, Luis Fernando Ospina Osorio, Nestor Ramírez Galvis, Otoniel Zuluaga Montoya, Luz Marina Díaz Medina, María de Jesús Martínez Palacios, Ruben Dario Ossa. Fue decidido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, el 31 de julio de 1998, declarando improcedente la tutela.

b) T-177309. Aura Marina Torres de Arevalo; Alcira Duitama Casas; Angélica María Torres; Alba Janeth Coronado; Ana Rita Robles; Angélica Núñez Carrera; Ana Cely Riaño; Ana Trifonia Castañeda; Ana Elvira Rincon; Blanca Inés Robles; Beatriz Cecilia Londoño; Braidia Piedrahita; Beatriz Amparo Echeverri Toro; Cecilia Serrano Herrera; Carmen Eliza Benitez; Emelide García Ordoñez; Elizabeth García Barreto; Elsa María Londoño; Evelia Ramírez Molina; Flor Janeth Pérez Solano; Flor María Torres Duitama; Gloria Janeth Pérez Solano; Gabriela Pinzón; Guillermo León Méndez Candela; Gloria Isabel González Galeano; Gloria María Coronado de Acevedo; Gloria Amparo Maya Trejos; Gilma María Sánchez Ramírez; Hilda Martínez Rubiano; Henry Robayo Sierra; Henry Barrera Rubiano; Humberto Ortiz; Jorge Wshinton Viracacha; Jhiovana Medina; Luz Marina Campos Vargas; Leyla Patricia Moreno; Dolores (Lola) Arias Gómez; Lubin Antonio Salazar Duque; Ligia Acosta; Lucía Ramos Rodríguez; Luz Marina Pérez Solano; Leónor Valenzuela; María Sther Benitez Tocora; María Edilma Ciprian de Martínez; Marco Tulio Cruz Cuervo; María Stella Luna Guasca; María Edy Pinilla Rojas; María Gloria Copera; María Del Carmen Robayo Pérez; María Ana Belén Benavidez; María Reina Magdalena Martínez González; María Luza García Arias; María Amparo Rubiano; María Chiquinquirá Rojas Guasca; Ofir García Acosta; Rita Acosta García; Leónilde Rubiela Acosta Peña; Rubiela Leal Serrano; Virginia Del Socorro Córdoba Rojas; Yenni Rudith Raigosa Pinzón; Ana Isabel Jiménez Sandoval; Ana Hilda Castro; Alejo Qinchoa Tisoy; Ascencion Tisoy de Quinchoa; Agustín Jajoy Jacamamijoy; Angel Antonio Rubiano Méndez; Alberto Ardila Quintero; Ana Blanca Rincon; Alvaro Eduardo Téllez Cortés; Alfonso Reinal Niño García; Adelina Pérez Martínez; Blanca Yamira Salinas; Carmensa Ajiaco Pineda; Cesar Olmedo Morales Ríos; Carmen Rosa Bernal, Cristóbal Niño; Dilma Salamanca Bonilla; Edith Carmenza Niño; Efraín Carrillo; Floriberto Correa; Gloria Erminda Solano Pereira; José Vicente Beltrán Hernández; José Eurípides

Paez; José Irwin Lopera Molano; José Fidel Gómez Gómez; Jaime Jesús Rojas Ovalle; Juan Bautista Fajardo; José Campoelias Peña Lopez; José Roberto Pabon Baquero; Jaime Florez Diaz; José Alberto Gómez; Jorge Hernan Quimbayo Mejía; José Gregorio Guerrero; Jorge Octavio Tellez; José Wilmar Giraldo; José Villafrades Castiblanco Espitia; Luz Marían Salamanca; Luis Hernesto Castaño; León Ramiro González; Leónidas Osma Romero; Luz Marina Paez; Luz Alba Caicedo Lozano; Libardo Alfonso Pinzón; Lucila Inés Bernal Quiroga; Mirian Quiroz Acero; María Inés Ramírez; Marcela Florez Dias; María Islena Loaiza; María Elysa Diaz; Matilde Garzon Pinson; María Ofelia Gutierrez; María Barcelona Dias Niño; María Concepcion Fajardo Peña; Manuel Jajoy Jacanamejoy; María Cecilia Vargaz; Martha Nubia Castrillon Cuartas; Martha de Jesús Rojas; Milciades Caicedo Rincon; María Yolima Gómez; María Del Carmen Leal; Matilde Pinzón Pinzón; María Del Carmen Jaramillo; Noe Cristóbal Niño Osma; Nestor Javier Caicedo Rodríguez; Omar Fernando Caicedo Rodríguez; Pablo Enrique Mosquera; Pedro Alejandro Martin Moreno; Ramiro Diaz Espejo; Rafael Alfonso Tellez Cortes; Ruben Ramírez Salazar; Yeimi Constanza Rubiano Solano; Ricardo Gómez Garzón; Rosmira Pérez de Nuñez; Rosa Helena Mesa Fajardo; Rosa Aura Guasca de Luna; Vicente Jesús Pineda; Aura Rosa Pico Tovar; Ana Isabel Infante de Gómez; Alfredo Gómez Viacha; Analy Bello; Angel Enrique Hernández; Alvaro Saavedra; Anais Vasquez de Gómez; Alvaro Pinto; Ana María Piraquive Nova; Bertha Camargo Gutierrez; Bertilda Beltrán de Camargo; Carmenza Amézquita Gómez; Carlos Alberto Ocampo; Desiderio Trujillo León; Espiritu Santos Hernández; Flor Marina Gómez Medina; Gustavo Ramírez Giraldo; Germán Augusto Ramírez; Gilberto Saavedra Bejarano; Gustavo Zuluaga Zuluaga; Gonzaga Osa Giraldo Giraldo; Hernan Castaño Arias; José Alirio Morales; José Antonio Cantillo Jaramillo; José Hernando Triviño Correal; Javier Ramírez Hoyos; José Raul Molina Rodríguez; José Norbey Ramírez Hoyos; Jesús Antonio Zuluaga; Jorge Cely Martínez; Jesús Abelardo Hincapié; Jairo Zuluaga Zuluaga; José Antonio Arevalo Rivera; Jesús María Duque Gómez; Jorge Enrique Guerrero Caro; Luis Alberto Zuluaga; Luis Fernando Bolívar; Leonor Cantor Beltrán; Luis Alberto Triviño Correal; María Teresa Pulido; María Del Carmen Patiño Latorre; Margarita Burucu; Marco Antonio Triviño Correal; María Carmenrosa Paez; Manuel García González; Nora Quezada; Pedro Pablo Saldo Parra; Ruben Dario Osa; Severo Sánchez Rincon; Santiago Aguirre García; Teresa Jansoy de Chasoy; Víctor Julio González; Ariela Loaiza de Castillo; Ana Julia Barrera Pérez; Angélica Barrera Pérez; Alberto Henao Vasquez; Amilcar Florez Diaz; Aracely Murcia Peñalosa; Abelardo Lozano; Amparo Prada Romero; Angel Yesid Rodríguez Vargas; Consuelo García; David Castañeda González; Dora Ortiz Acuña; Dagoberto Yunda Torres; Ercy Lucía Rubio Garzon; Evelio Restrepo; Flor Edith Mogollon; Flor María Amézquita; Fernando Rubiano Castillo; Flor Elba Téllez; Flor Janeth Leguizamon Villaraga; Fernando Castro Soto; Germán Soto Chavez; Gloria Stella Contreras; Jaime Castro Barrios; José de La Cruz Lozano; José Guillermo Caicedo Lozano; Heroel Beles Grajales; Hernando Jerez; Hilda María Callejas Ardila; Irenarco Rojas; José Abelardo López; José Abelardo López Giraldo; José Santos Huertas Mejía; José Saul Torres; Jorge Enrique Suarez Jiménez; Juan Bautista Dimas; Jaime Arturo García González; Julio César Gil Caballero; Jairo Aponte Castebianco; John Jenny González Soacha; Luz Mareela Perilla Pinto; Leónardo Velasco Quitian; Leónardo Correa Penagos; Leónidas Caicedo Lozano; Luis Hernando Soacha; María Del Carmen Velandia; Marisel Lozano Muños; Misael Leguisamon; María Adelaida Barrera Rodríguez; María Inez Mirando Rodríguez; Miguel Lozano; María Glays Correa Jaime; María León Beltrán; María Hilda Romero Melgarojo; María Cenovia Chilatra; María Emilia Muñoz Porras, Nelson Florez Diaz; Nidia Matilde Millares Romero; Omar de Jesús Quintero; Onofre Soacha Torres; Rosa Elvira Monroy de Vélez; Rosa Elena Villagaraga;

Saul Rojas Rincon; Sandra Esperanza Lizaraso Osorio; Silvestrel Pineda; Sandra Castro Soto; Teresa Rodríguez González; Susana Beatriz Ascanta Anguaya; Víctor Castillo; Yeid Jurado Lopez; Yesid Piñeres Quintero; Ana Beatriz Merchan; Ana Virginia Rodríguez de Rincon; Abaslon Correa Martínez; Adriana Delgado Olaya; Bertha Hernández de Lancheros, Benjamin Ovalle Ayala; Bella Dilvia María Garzon Valbuena; Blanca Lilia Castañeda Rodríguez; Bernardino Melo Pinzón; Carmen Rosa Olaya de Delgado; Carlos Julio Bautista Martínez; Carmen Muñoz García, Dora Inés Gonzales Espitia; Emma Guevara de Rodríguez; Elcira Hernández Lopez; Elio Favio Serna Aristizabal; Eutimio Mosquera; Frank Israel Prieto Avila; Francisco Humberto Rodríguez Sanabria; Francisco Javier; Flor Marina Quiroga de García; Gonzalo Correa Malpica; Gabriel Mauricio Suarez, Hernando Martínez Padilla; Hector Julio Diaz; Inés de Las Mercedes Zolano; José Manuel Jajoy Jacanamijoy; Julio Alberto Pérez; Jhon Bernabe Contreras Avila; José Crisanto Dimas; Johm Jairo Avila Rodríguez; Jaime Ahumada; Lilia Ortiz Torres; Lilia Sanabria; Lilia María Lopez Parra; Luis Enrique Mosquera Ardila; María Herlinda González Zolano; María Stella Malpica Bravo; María Cecilia Sanabria; María Stella Correa Malpica; María Eugenia Amaya; María Leónilde Romero de Castro; Marlen Pérez Moreno; María Inés Salamanca Sopa; María Ilivia Tacha; Miguel Angel Calderon Paez; María Angélica Martínez Borda; Pedro Simon Gómez Moreno; Pedro Eliecer Rojas Acero; Rosa Enma Rodríguez; Robinson Rodolfo Rueda; Rodolfo Rueda Rueda; Rosa Helena Pérez; Sandra Patricia Delgado Olaya; Sara Elsi Florez Chalarca; Stella Malpica; Ana Bertha Buichia; Aura Hernández Casas; Carlos Julio Espejo Rincon; Graciela López Villalobos; Marco Antonio Jiménez; Mercedes Patarroyo Calderon; Pedro Rodríguez; Teodoro Cuervo; Teodulfo Anzola; Alfredo Numpaque Arias; Blanca Inés Quiroga de Perdomo; Blanca Inés Mora de Cárdenas; Cuantidio Tisoy Jesús; Carmen Rubiela Garzon Soler; Benilda Castro Espitia; Carmen Orozco Ceballos; Bernardo Antonio García; Blanca Guiderman de Barrera; Blanca Lilia Arenas; Blanca Elvia Pinto Soacha; Blanca Cecilia Espinosa Castillo; Blanca Oliva Leguizamon de Ramírez; Berenice Salinas; Cristina Plazas de Claros; Celmira Moreno Gil; Carlos José Cruz Díaz; Crisanto Gómez González; Cristina Isabel Martínez Vargas; Candelaria Amado de Sánchez; Concepción González González; Cecilia Beatriz Gallo Bolívar; Dolores Esperanza Núñez; Diver Daza Soler; Darío Leguizamon Muñoz; Dora Ignacia Casallas Gutiérrez; Diana Reyes Chica; Eliécer Gregorio González Garzón; Eva María Barrera; Eduardo Cano Balbuena; Eliécer Rodríguez Rodríguez; Edgar Dasa Soler; Ever Favio Patiño Contreras; Edit Yate; Fanny Quiroga Hernández; Florinda Calderón Ochoa; Feliz Mora Pinzón; Fanny Cecilia Hernández Sáenz; Gloria Elizabet Rodríguez; Gustavo Caviedes Castro; Gilberto Osorio Restrepo; Gustavo Londoño Arango; Gloria Melba Tique Aguas; Hortencio Materon Arango; Gloria María Gil Carlos; Gloria Melba Tique Aguas, Hortencio Materon Bravo; Hilda Yolanda Morales de Cano; Joaquín Osuna; Ismael Orlando Castro Satoque; José Apolinar Arteaga García; Joaquín Ernesto Vallejo; Jaime Bedoya Tabares; Juan Fernando Patiño Contreras; José Antonio Espinosa; Javier Hernández Rodríguez; Jesús Salvador Castaño Jiménez; Juan B. Mojica Páez; José Leonel Montaña Perdomo; Jerónimo Sánchez Galvis; Juan E Naranjo Patarroyo; Josué Idarraga Serna; Juvenal Espinosa Mur; Jorge Asprilla; José Jaime Velasco; José E. Rodríguez Dueñas; José Agustin Prieto; José Alfonso Romero Bocanegra; José Homer Robayo Patiño; Rosa Julia Duque Zuluaga; Lorenza Varela Cangrejo; Neftaly Polanía Díaz; Olga Liliana Sánchez; Luz Marina Cuéllar Polanía; Lidia Amanda Rojas Castañeda; Luis Francisco Sánchez Rodríguez; Leticia Sarmiento Contreras; Luis Nelson Herrera Giraldo; Luz Marina Loaiza Idarraga; Luz Marina León Barreto; Luis Alberto Mesa Becerra; Luz Miryam Silva Armero; Ludy Muñoz; Luis María Sánchez Tivaquira; Luz Dary Serna de Villada; Luis Antonio Zarate; Ligia Serna de Aguilar; Luis Hernán Cardona; Luis Alberto Sánchez; Luz

Gladys Osorio Camacho; Leonor Sastoque Fúquene; Marco Buitrago Clavijo; María Isilda Poveda Niño; María Del Carmen Valero; María Haide Chica; María Del Transito Fonseca de González; María Consuelo Mercha Ruiz; María Antonia Parra; María Belarmina Forigua de Arévalo; María Nilsa Idarraga de Cuervo; Manuel A. Pedraza Riaño; María Isabel Vargas de Patiño; María Del Carmen Rodríguez; María Stella Pinilla de Díaz; Miguel Antonio Imbeth Ortiz; María Julia; Milton Espinosa Romero; María Emilia Salinas Algarra; María Yenith Callejas Cadena; María Nilsa Callejas Cadenas; María Transito Consuegra de Pérez; Mirian Guerrero; María de Los Angeles Bautista González; María Del Carmen Vargas de Martínez; María Aurora Lara Humanilla; María Carvajal Alvira; María Melba Chamorro; María Ester Darrga de Loaiza; Blanca Rodríguez; Manuel Alfonso Cerrillo Bolívar; María Flores Díaz Espejo; Magdalena Aguirrez; María Fabiola Bustamante de Luna; María Luz Acuña; Mario Ariel Cruz Díaz; Martha Yaneth Lozada; María Fanny Navas Cruz; Natividad Soler de Daza; Norberto Williams; Nelsy Montealgre Quiroz; María Dolores Díaz Espejo; Oscar de Jesús Idarraga Serna, Orlando de Jesús Aristizábal Giraldo, Olga Gloria González Zapata; Patricia Del Pilar Tovar; Parmenio Carvajal Forero; Patricio Quiroz Galo; Pedro José Cruz Cañón; Rosalba Díaz Espejo; Rosalba Sierra Camacho; Rosa Rincón de Rincón; Rosalía Ruiz de Rey; Rosa Lilia Ballares Ramírez; Rubiela Serna de Marín; Reinaldo Camacho Caraballo; Ricardo Antonio Caicedo Hernández; Saelina Contreras; Sara Armero de Silva; Sixto Sánchez; Saulo Moisés Vallejo Carrillo; Sandra Patricia Sánchez Asa; Tito Guillermo Castañeda Bermúdez; Tulia Inés Soasa; Martha Janeth Lozada; Uriel Idarraga Naranjo; Víctor Mateus; Vicente Anzola Pérez; Virginia Castellanos Pachón; Víctor Godoy Vera; Luis Ernesto Gómez Giraldo Y María Antonia Rosas. Por fallo del Tribunal Superior, Sala Laboral, no se concedió la tutela el 23 de julio de 1998.

Hay prueba suficiente para conceder lo pedido en razón de que los vendedores no solamente tuvieron licencias y permisos para laborar en el sector de San Víctorino, sino que hubo contratos de arrendamiento de parte de la Alcaldía o sus dependencias para ocupar localidades que se levantaron especialmente en lo que era el parque de San Víctorino. Los vendedores llevaban en ese sitio mas de veinte años sin que el Distrito les obstaculizara su trabajo, pagaron a la empresa de energía; y sus organizaciones gremiales, entre ellas SINUCOM fueron aceptadas por la administración distrital en las discusiones sobre el tratamiento a los vendedores de dicho sector. Además, se hizo un listado para reubicarlos, hay un plan específico para la mayoría de ellos, hubo propuestas por parte del sindicato que los representa, cobijando a todos los solicitantes de tutela de este sector, respuestas de la administración distrital, especialmente del "Fondo de ventas populares". Y, ha sido un hecho notorio que en ese sector de San Víctorino desde la década del sesenta la ocupación del espacio público por parte de los solicitantes de tutela, llegó a constituir un polo de ventas para compradores de escasos recursos.

SANTAFE

a) T-182420. Ana Dolores Canchón Correa y José Patrocinio Triana. En primera instancia el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, denegó la tutela el 4 de agosto de 1998. En segunda instancia se confirmó el fallo por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 9 de septiembre de 1998.

En lo que tiene que ver con esta tutela, al parecer se trata de compañeros permanentes. Pero, la prueba solo cobija a José Patrocinio Triana en cuanto tenía carné y permiso para trabajar como vendedor ambulante, luego solo prosperará en lo que a él respecta ya que demostró la confianza legítima.

b) T-178807. Fernando Correa Velásquez, Alvin Antonio Salinas, Ana Andrea Bernal., Arturo Mendoza. Q. Benedicto Torres Córdoba, Blanca Rubiela Grizalba Blanca Rubiela Morenas Rogeles , Carmen Rosa Sosa Torres , Carmen Lazo Tapiero; Efraín Gonzales Pardo; Flor Alba Ramírez R.; Flor Marina Salinas; Gladys Navarro Montoya; Gustavo Martínez, Henry Mesa Mejía; Henri Oswaldo Piracoca; Jorge Eliécer Grajales; Jonathan Martínez Padilla; Janeth Torres Galvis; Jaime Galindo Herrera; Juan Carlos Parra; Jorge Arturo Ramírez Botero; Jesús María Ramírez Botero; Jorge Arturo Zambrano ; Juan Albeiro Ramírez; Jorge Germán Gómez Galindo; Jesús Antonio Jiménez; José Domingo Pedraza; Lino Quilindo; Luz Yanira Alvarez Torres; Marisol Junca Garzon; María Antonia Garzon.; Mario Fidel Gamez; María Emilia Córdoba De Torres; María Transito Rojas ; Matias Chacon; Mayerly Ombita Bautista; María Obdulia Melo Cañon; Margarita Urbano Ruiz; María Camacho; Mercedes Torres; Marta Lucía Castiblanco; Margarita Susa ; María Emilia Cordova.; Miguel A. Gómez Galindo; Miryam Herrera Hernández; Nibaldo A. Orluña ; Oscar Santos Olave; Orlando Rojas B.; Omar De Jesús Zuluaga García; Pablo Antonio Villamil; Primitivo Beltra; Patricia Escobar Clavijo; Rito Luis Lopez.; Rossevelt Calderon Bernal; Secundina Amaya, C.; María Teresa Arévalo Moreno.; Teresa Torres Córdoba; Pedro Emilio Onbita ; Rosalbina Bocachica; Silverio Ovalle; Wilson Alvarez Torres; Yolanda Reyes Castellanos. Zoila Garzon C; Jorge Ramírez 407; Gilberto Rojas Diaz.; Flor Alba Rojas Pérez.C.; Carlos Alberto Vega Murcia C.; Elizabeth Castañeda; Arquimides Sánchez; Arturo Mosquera; Miryam Corredor Higuera; Marco Antonio Vargas; María Trinidad Sánchez C; Raquel Soffa Carreño Pérez; Gustavo de Jesús Jaramillo; Luis Alejandro Villamil Mendoza; Luz Stella Martin; Otilia Ramírez Ramírez; William Alberto Rodríguez Gonzales; Wilson E. Martínez; Víctor Obdulio Espinosa Olarte; Tránsito Ramírez.; Jorge Ramírez; Aldemar Lopez; Antonio Fernández Mahecha.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, denegó la tutela el 4 de agosto de 1998.

Para los vendedores JORGE RAMIREZ y MARIA ODULIA MELO no es acertada la decisión de instancia en vista de que para ellos dos está probada la confianza legítima (tenía permiso Ramírez y licencia de vendedora María Obdulia Melo) y su presencia fue tolerada por la Administración, luego la sentencia de instancia debe revocarse en este aspecto. Pero los demás afirmaron pero no probaron debidamente la existencia de la confianza legítima. Unos memoriales con centenares de firmas de ciudadanos no son prueba idónea, como tampoco la simple relación de que los vendedores de la carrera 10 entre calles 10 y 13, los de la Avenida Jiménez entre calles 10 y avenida Caracas, y los de la calle 11 entre carreras 11 y 13, están afiliados al sindicato OSUAB. No hay indicio alguno en autos de que uno o algunos de los solicitantes de la presente tutela, excepto los dos indicados, hubieran sido tenidos por el Distrito como ocupantes con permiso de las calles antes indicadas, es decir, la deficiencia probatoria impide la prosperidad de la tutela para ellos. Probaron que eran vendedores pero no demostraron la confianza legítima.

CHAPINERO

a) T-183045. María del Carmen Vargas y María del Rosario Suárez de Pesca fueron las solicitantes. En primera instancia, el Juzgado 50 Penal Municipal de Bogotá, el 30 de julio de 1998, concede la tutela. En segunda instancia, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá revoca el fallo anterior, el 1 de septiembre de 1998.

María del Rosario Suárez probó que tenía licencia y María del Carmen Vargas estaba censada como vendedora ambulante por la Alcaldía Local de Chapinero. Luego debe revocarse lo decidido en segunda instancia por cuanto las pruebas demuestran que estas dos personas estaban protegidas por la confianza legítima. Tenían permiso para estar en los sitios de los cuales se las desalojó y el hecho de que vencieran los permisos no afecta la confianza legítima.

CIUDAD BOLIVAR

T-182876. Teresa Molina; José Ezequiel Bernal; Juan Carlos Moreno; María Elisa Sáenz Gonzales; Alvaro Díaz; Ana Virginia Méndez ; Ana Lucía Lozano, Y Alfonso Silva. En instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el 9 de septiembre de 1998 denegó la tutela.

Ni siquiera se pudo precisar el sitio exacto donde estaban ubicados los vendedores, por el contrario, hay lugares específicos en la Localidad donde podrían desempeñar sus labores y allí no se hallaban. No hay ninguna prueba que demuestre la confianza legítima que invocan.

TUNJUELITO

a) T-182877. Angela María González; Ana Isabel Alvarez; Aura María Rico De Castro ; Ana Pureza Jiménez; Blanca Nubia Gómez G.; Carmen Rosa Carranza Moreno; Carlos Arturo Rozo; Cupertino Ceron Pera C; Carmen Victoria Quiroga; Diana María Castillo; Emilio Giraldo; Elsa María Naranjo Ducas; Zogar Augusto Palacios; Ester Edit Imbachi Cruz; Flaminio Córdoba; Guillermo Bocanegra ; Gloria Mateus; Hildebrando Barrera; Ingrid Ordoñez Vanegas; Israel Castro Bustos; José Antonio Rincón ; José Del Carmen Sarmiento; José Antonio Rodríguez; José Israel Rey Velásquez C.; Jhonson Alfredo Rodríguez; José Antonio Córdoba Jiménez; Luz María Marín; Leónor Pardo Quiroga ; María Priscila Rocha; Maruja E. García; María Catalina Mateus; María Del Socorro Zapata; Magdalena Vanegas; María Lucrecia Villareal; María Elisa Ramírez ; María Del Carmen Martin M.; María Trinidad Correa Mouna; Matilde Cuevas Mejía; Marisol Ortiz Carranza.; María Eliza Villarreal; María Evelia Leal; Maximino Camacho; Martha Cecilia Sánchez C.; María G. Vanegas Ovalle; Marlén Vumevar; Marta Lilibiana Navarrete; Nora Bertina Cruz; Norman Patricia Rodríguez; Omar Enrique Sepúlveda; Pedro Ramírez ; Pablo César Aruelades; Rubén Giraldo Gallego; Ramiro Rojas Rayo; Rubiela Orozco Villegas; Ricardo Guerrero; Raquel Oyola; Sonia Patricia Perdomo; Virgelina Romero C. CY Yineth Toar Aguirre C.

Según ya se dijo la tutela no se concedió, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el 8 de septiembre de 1998.

En este caso se trata de vendedores circulantes, en realidad piden el derecho a continuar como vendedores circulantes, pero de todas maneras no demostraron que gozan de la confianza legítima, luego se confirmará la decisión de instancia.

ENGATIVA

T-182269. José Reynaldo Arturo Suárez Zambrano, Segundo Cahuasqui.; Rosa Helena Carvajal.; Raquel Burgos Escanilla; Ubaldo Rodríguez Palacios; Rafael Eduardo Jiménez; Porfirio Ramírez Cárdenas; Jorge Guillén; Alfredo Antonio Cárdenas; Blanca López; María Esclavacion Miranda C.; Víctor Eduardo Díaz; Yolanda Hernández; Nury Díaz Medina.; Martha Lucía Ascenso; María Delcy Vargas; María Bautista; María Cecilia Castro Quimbay C; María Floranatis Tamayo; Libardo Alzate; Luz Argenes Bautista; Luis Hernando Triana; Leonidas Otavo Prada;

Luis Reyes; Luz Marina Parrada Santafe C.; Lucila Edila Martínez; Leandro Pérez Ortiz; Javier Robayo; Jesús Alberto Usaquén; Helena De Los Angeles Celmira Chitium Beltrán; Yaneth Del Socorro Burgos Escanilla; Javier Ricardo Díaz; José Alfonso Carrillo Bogoya C; Jairo Humberto Ramírez Díaz; José Guillermo Otálora; Jaime Hernández; Jorge Hector Guerrero; Inés Bosa De Camacho; Humberto Arevalo; Gladys Pinilla Silva; Gelber Rojas; Gloria Inez Muñoz; Ariel Castañeda C; Eulagia De Otalora; Eduardo Casas Abril; Edilberto Guerrero; Danilo Díaz C.; Alvaro De Jesús Alzate C; Alfredo López Barón; Angela Patricia Acuña; Ana Olga Guerrero; María Custodia Calderón C; Edilsa López. C.; Luz Marina Pulido; María Del Carmen Numpaque; Alquier Robayo; Janeth Villamarin C; Luis Alfonso Carrillo; Ruperto Barrios, Rosa Helena Caguasqui; Orfa Girol; Luz Argenis Bautista; Janeth Borjas; Maruja García. En primera instancia, el Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá, el 7 de septiembre de 1998 denegó la tutela de la referencia.

La mayoría de los accionantes, no acreditaron tener licencias para su permanencia en la zona, aunque en la solicitud alegan estar protegidos por la confianza legítima. En el expediente lo único que aparece es que Angela Patricia Acuña y Reynaldo Suárez pagaron en la energía pero esta sola prueba no alcanza a demostrar la confianza legítima. Por el contrario, si es prueba adecuada el pago de impuestos al Distrito por parte de LUZ MARINA PULIDO, el haber quedado en el censo que hizo el Fondo de ventas del Distrito el señor HUMBERTO AREVALO, y el reconocimiento que dentro del trámite en la Corte Constitucional hicieron autoridades distritales de tener autorización MARTHA ESCLAVACION DE JUSTINICO, LEONIDAS OTAVO PRADA Y BLANCA LILIA LOPEZ. Para estas cinco personas prosperará la tutela, para el resto de los solicitantes de Engativá la prueba de la confianza legítima no ha sido suficiente.

KENNEDY.

T-181670. Nelson Ernesto Torres Díaz; Gladys Alvarez Sánchez; Blanca Valencia de Gaviria; Abel Santana Parada; Ofelia Gil Molina Y Gilma Guzmán. En primera instancia, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá denegó el 31 de agosto de 1998 .

No está demostrada la confianza legítima, luego la decisión debe confirmarse. Se hace esta afirmación porque estos vendedores se hallaban bajo el puente de la Avenida de las Américas y la Personería en 1996 comunicó al Alcalde Local que los solicitantes de la tutela habían invadido ese lugar; además los peticionarios ninguna prueba presentaron para justificar la petición de tutela que formularon, luego la decisión de instancia debe confirmarse.

SUBA

T-205371. Luz Marina García; Natividad Ramos; Herminia Ramos; Lucrecia Martínez; Luis E. Cifuentes; Héctor Ramos, Orlando Estupiñán, María Teresa Pedraza Y Adolfo Pineda. Conoció el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, el 17 de febrero de 1999, no concedió la tutela.

Se trata de vendedores de alimentos, durante tres días a la semana, es pues una circunstancia especial. Concretamente Luz Marina García, Luis Enrique Cifuentes y Natividad Ramos tenían licencia; pero, adicionalmente para otros: Orlando Estupiñán, Luis Adolfo Pineda, Herminia Ramos y Teresa Pedraza existe una certificación del Alcalde Menor de Suba, señor Marcos Durán Forero, que los califica como vendedores estacionarios y ambulantes de Suba, "AVEAS", y, a quienes les reconoce que vienen "funcionando en la Autopista Norte, con la

calle 200, costado occidental desde hace más de diez años aproximadamente”. Se advierte que estos son los nombres que el Alcalde, en la máquina de la oficina relacionó y no se tienen en cuenta otros nombres que aparecen relacionados a mano porque esta adición probatoriamente no tiene seriedad. En conclusión, para los siete antes indicados prospera la tutela porque probaron la confianza legítima, pero no para Lucrecia Martínez y Héctor Ramos.

Anotaciones finales:

a) Con el propósito de que las órdenes que se den en este fallo no sean obstaculizadas ni por la administración ni por los solicitantes de tutela, la Corte Constitucional considera que además de la competencia que el funcionario de primera instancia tiene para hacer cumplir esta clase de decisiones, es también necesario que la Personería del Distrito ejerza la vigilancia sobre el cumplimiento de la presente tutela.

b) Otros expedientes que posteriormente llegaron se fallarán por separado.

c) Como las normas sobre acciones populares aún no están vigentes, quiere decir que no existe vía alternativa a la tutela. Cuando entren en vigencia aquellas normas, podría ser un mecanismo adecuado; hoy lo es la tutela; además las acciones de grupo no desplazan a la tutela cuando en esta se invocan los derechos fundamentales de personas individualizadas.

d) Es necesario resaltar que si se opta por la reubicación, esta no puede ser en un bien inmueble afectado al espacio público, aunque sí puede serlo en un bien inmueble que no tenga esa característica, siendo fiscal; porque como ya se explicó los bienes de uso público no pueden ser ocupados por particulares, mientras tengan tal afectación, observando que la afectación ha sido hecha por una norma constitucional, legal o reglamentaria de acuerdo al ordenamiento jurídico.

e) Igualmente se repite que la reubicación es una de las opciones. Las otras ya se han mencionado anteriormente, por las referencias hechas a la O.I.T. y a las propias estrategias que el Distrito Capital a fijado: pero puede haber otras más como por ejemplo sería el arrendamiento de inmuebles acompañado de cánones sociales, accesibles a la capacidad económica del posible usuario, teniendo en cuenta la utilidad que se pueda obtener.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- **CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Fontibón, relacionados en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto se les violó el derecho al trabajo, dentro del contexto señalado en la parte motiva, y en consecuencia se **REVOCAN** las sentencias proferidas por los jueces de instancia en las fechas y expedientes que a continuación se indican:

a) T-168937 de Ana Mercedes Martínez de García, sentencia del Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá del 27 de mayo de 1998.

b) T- 169281 de Carmen Celia Zamudio Rugeles . Sentencia del Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, del 22 de mayo de 1998.

SU-360/99

- c) T- 169839 de Edna Piedad Ortiz. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 3 de Junio de 1998.
- d) T-171.450 de John Nelson Munza. Sentencia del Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá, del 3 de junio de 1998.
- e) T- 170701 de Dagoberto Lara. Sentencia del Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, del 27 de mayo de 1998.
- f) T-169279 de Luz Marina Uribe B. Sentencia del Juzgado 8º laboral del Circuito de Bogotá, del 22 de mayo de 1998.
- g) T- 171.148 de Héctor Linares Quijano. Sentencia del Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, del 26 de mayo de 1998.
- h) T- 171186 de Estela Guerrero Parra. Sentencia del Juzgado 14 Laboral de Bogotá, del 26 de mayo de 1998.
- i) T-170.628 de Ubaldina Niño De Torres. Sentencia del Juzgado 1º Laboral Bogotá, del 29 de mayo de 1998.
- j) T- 168743 de Félix Antonio Torres. Sentencia del Juzgado 11 Laboral de Bogotá, del 27 de mayo de 1998.
- k) T-169165 de Ana Betulia López Pérez. Sentencia del Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, del 27 de mayo de 1998.
- l) T-169415 de Ernestina Ayala Salcedo. Sentencia del Juzgado 19 Laboral de Bogotá, del 26 de mayo de 1998.
- ll) T- 169465 de Ana María Villamil. Sentencia del Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, del 27 de mayo de 1998.
- m) T-170375 de Aracely Osorio V. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección I, del 22 de mayo de 1998.
- n) T-170374 de Vargas Rodríguez William. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Sub-sección "B" del 26 de mayo de 1998.
- ñ) T- 170366 de Prieto Camacho José Ollman. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, del 26 de mayo de 1998.
- o) T- 170311 de Osorio María Soffy. Sentencia del Juez 36 Penal Municipal de Bogotá, de 1 de junio de 1998.
- p) T- 169946 de Morales Ramón Angel . Sentencia del Juez 27 Penal Municipal de Bogotá, del 27 de mayo de 1998.
- q) T- 173440 de María Diva Rodríguez. Sentencia del Juez 51 Penal del Circuito de Bogotá, del 29 de mayo de 1998.

r) T-172919 de Ramos Gómez Ana Sofía . Sentencia del Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, del 2 de junio de 1998.

s) T- 171173 de Pava Arteaga Germán. Sentencia del Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá, del 26 de mayo de 1998.

t) T-172268 de Fabio Moreno. Sentencia del Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, del. 29 de mayo de 1998.

u) T-174101 de Hilda María Sánchez Martínez. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de 6 de julio de 1998.

v) T-175.859 de Paulina Ortiz. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, del 13 de julio de 1998.

w) T-176864 de Vicente Alvarez Montañez. Sentencias del Tribunal Superior Sala Penal, de fecha de 2 de junio de 1998. Y de la sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala Penal, del 15 de julio de 1998.

x) T-176179 de Jaime Ovalle Rodríguez. Sentencia del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de 22 de mayo de 1998. Y de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de 23 de julio de 1998.

y) T-177910 de Manuel Antonio Bello Montaña y Otros, sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá del 31 de julio de 1998.

z) T-176.118 de Carlos Milton Sáenz Hernández y Otros. Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia de fecha del 15 de julio de 1998.

Segundo. **CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Santa Fe, sector San Víctorino, relacionados en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto se les violó el derecho al trabajo, dentro del contexto señalado en la parte motiva, y en consecuencia se **REVOCAN** las sentencias de instancia, contenidas en los expedientes, y proferidas en las fechas que a continuación se indican:

a) T-177309 de Aura Marina Torres de Arévalo y Otros. Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral el 23 de julio de 1998.

b) T- 178809 de José Gregorio Matínez y otros, proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, el 31 de julio de 1998.

Tercero. **CONCEDER** la tutela a los siguientes vendedores ambulantes de la Localidad de Santa Fe (diferentes al sector de San Victorino); José Patrocinio Triana, Jorge Ramírez y María Odulia Melo, por cuanto se les violó el derecho al trabajo, dentro del contexto señalado en la parte motiva, y en consecuencia se revocan parcialmente las sentencias de instancia, contenidas en los expedientes, y en las fechas que a continuación se indican:

a) T-182420 de Ana Dolores Canchón Correa y José Patrocinio Triana. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral el 9 de septiembre de 1998, pero solo en lo referente a José Patrocinio Triana, se **CONFIRMA** respecto a Ana Dolores Canción.

b) T-178807 de Fernando Correa Velásquez y Otros. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala, Laboral de fecha 4 de agosto de 1998, pero solo respecto de Jorge Ramírez y María Odulia Melo, para los otros solicitantes se **CONFIRMA** la decisión de instancia que no concedió la tutela.

Cuarto. **CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Chapinero, y que aparecen en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto se les violó el derecho al trabajo, dentro del contexto señalado en la parte motiva, y en consecuencia se **REVOCA** la sentencia de segunda instancia, contenida en el expediente y en la fecha que a continuación se indica:

T-183045 de María del Carmen Vargas y María del Rosario Suárez de Pesca. Sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, el día 1 de septiembre de 1998.

Quinto. **CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Suba: Luz Marina García, Luis Enrique Cifuentes, Natividad Ramos, Orlando Estupiñán, Luis Adolfo Pineda, Herminia Ramos y Teresa Pedraza por cuanto se les violó el derecho al trabajo, dentro del contexto señalado en la parte motiva, y en consecuencia se **REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia, contenida en el expediente, proferida por el juez de instancia y en la fecha que a continuación se indica:

T-205371 de Luz Marina García y Otros. Sentencia proferida por el Juez 21 Penal del Circuito de Bogotá, el día 17 de febrero de 1999, revocación para las siete personas antes indicadas y se **CONFIRMA** la negativa de la tutela para Lucrecia Martínez y Héctor Ramos.

Sexto. **CONCEDER** la tutela a los siguientes vendedores ambulantes de la Localidad de Engativá, Luz Marina Pulido, Humberto Arévalo, Marta Esclavación de Justinico, Leónidas Otavo Prada y Blanca Lilia López y en consecuencia se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, contenida en el expediente, proferida por el juez de instancia y en la fecha que a continuación se indica:

T-182269 de Segundo Cahuasqui y Otros. Sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el día 7 de septiembre de 1998, para las personas antes indicadas; para los demás **SE CONFIRMA** la decisión de instancia que negó la tutela.

Septimo. Como consecuencia de lo determinado en los numerales anteriores, **ORDENAR** que en el término de ciento veinte (120) días hábiles se proceda a cumplir con los compromisos que ha adquirido anteriormente la Administración, si existieren y hubieren sido aceptados por los interesados, para reubicar a los solicitantes en el lugar acordado; pero si algunos de ellos no aceptan esta opción, bien sea porque ya hayan sido desalojados y no deseen reubicación o porque sin haberse producido el desalojo no opten por la reubicación, entonces debe concretarse con ellos una o varias de las otras opciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia, a saber: formación necesaria para ocupar un puesto de trabajo, colaboración para el acceso a créditos blandos, a insumos productivos, aplicación de planes originales de crédito o

cualquier otra medida similar que la Administración haya fijado en sus “estrategias” y los interesados acordaren en el referido término de los ciento veinte (120) días. Si no hay acuerdo se entenderá que se preferencia la reubicación, para lo cual se da un plazo de ciento veinte días hábiles.

Octavo. Además de los Juzgadores de primera instancia, la Personería del Distrito ejercerá vigilancia para el cumplimiento de la presente sentencia.

Noveno. **NO CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Ciudad Bolívar, y que aparecen en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto **NO PROBAREMOS** que se les violó el derecho al trabajo, y en consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, contenida en el expediente, y en la fecha que a continuación se indica:

T-182876 de Teresa Molina y Otros. Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el día 9 de septiembre de 1998.

Décimo.- **NO CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Tunjuelito, y que aparecen en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto no probaron que se les violó el derecho al trabajo, y en consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, contenida en el expediente y proferida en la fecha que a continuación se indica:

T-182977 de Angela María González y Otros. Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el 8 de septiembre de 1998.

Undécimo. **NO CONCEDER** la tutela a los vendedores ambulantes de la Localidad de Kennedy, y que aparecen en el capítulo “Casos concretos” de este fallo, por cuanto no probaron que se les violó el derecho al trabajo, y en consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia de instancia, contenida en el expediente, proferida por el juez de instancia y en la fecha que a continuación se indica:

T-181670 de Nelson Ernesto Torres Díaz y Otros. Sentencia proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto de 1998.

Duodécimo. **SE HACE UN LLAMADO A PREVENCIÓN** al Alcalde Mayor del Distrito Capital y a los Alcaldes Locales de esta ciudad para que en adelante, antes de procederse al desalojo, se busquen en lo posible soluciones de reubicación u otras opciones, conjuntamente con los ocupantes del espacio público amparados por la confianza legítima, en los términos señalados en esta providencia.

Décimo Tercero. A los mismos funcionarios señalados en el numeral anterior, al comandante de policía metropolitana de Bogotá, a los comandantes de las zonas de Bacatá, Tisquesusa y Tequendama y a los responsables de estación de la policía nacional, al secretario de gobierno del Distrito Capital se les hace un llamado a prevención para que en el cumplimiento de sus funciones (lanzamiento) no atenten ni contra la dignidad de las personas ni contra la propiedad de los bienes de los cuales aquellas son titulares.

Décimo Cuarto. Por la Secretaría procédase a cumplir con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

SU-360/99

Décimo Quinto. Copia de este fallo se le enviará al Personero del Distrito, al Procurador General de la Nación, a los Alcaldes Locales y al Defensor del Pueblo, para los fines pertinentes.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese, Publíquese e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ, Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ, Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el magistrado doctor **EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**, no firma la presente providencia, por cuanto se encontraba en Comisión Oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

Pablo Enrique Leal Ruíz

Secretario General (E)

NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES

MAYO 1999

Pág.

1993

Ley 43 de 1993, artículo 25. Sentencia C-335 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-2236. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. 215

1994

Ley 141 de 1994, artículo 29 inciso tercero salvo las expresiones “y por una sola vez dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley” y “o una vez vencido el término del año a que hace referencia el presente artículo sin que se hubiere presentado decisión distinta por parte de la comisión”, que se declaran INEXEQUIBLES. Sentencia C-299 de 5 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-2224. Actor: Luis Enrique Olivera Petro. 90

1995

Ley 182 de 1995, artículo 5o literal b). Sentencia C-298 de mayo 5 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano. Exp. D-2227. Actor: Jorge Arango Mejía. 78

Ley 182 de 1995, artículo 29 la expresión acusada. Sentencia C-333 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-2217. Actor: Jorge Arango Mejía. 187

1996

Ley 335 de 1996, artículo 16 párrafo 2. Sentencia C-303 de mayo 5 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-2213. Actor: Jorge Arango Mejía. 141

1997

Ley 383 de 1997, artículo 8°. Sentencia C-296 de mayo 5 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Exp. D-2207. Actor: Martín Emilio Rey Castillo. 59

1998

Ley 443 de 1998, artículo 83 apartes demandados. Sentencia C-302 de mayo 5 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-2242. Actor: Ramiro Borja Avila. 126

Ley 443 de 1998, las expresiones “Alcalde local y Corregidor”, contenida en el párrafo único del aparte titulado “En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial”, del literal a) del numeral 2 del artículo 5; artículo 10 primer inciso el texto que reza: “cuando la vacancia sea resultado del ascenso con periodo de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o nombramiento provisional tendrán la duración de dicho periodo más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo”; artículo 23 las frases “La persona seleccionada por concurso abierto será nombrada en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, al cabo del cual le será evaluado su desempeño laboral” y “Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel jerárquico, el nombramiento se hará en periodo de prueba” y artículo 37 literal j). Sentencia C-368 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exps. Acumulados D-2175, D-2179 y D-2195. Actores: Andrés Zubiría Samper y Otros. 262

Ley 443 de 1998, artículos 39, 41, 48-2 y 56 parágrafo 3. Sentencia C-370 de mayo 27 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exps. D-2219 y D-2225. Actores: Carlos Alberto Lozano Velásquez y otros. 323

Ley 443 de 1998, artículo 21 inciso 4 que dice: “La entrevista en el proceso de selección para cargos de carrera podrá tener un valor máximo del quince por ciento 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será plural”; los vocablos “y Contralorías Territoriales”, del artículo 45. Sentencia C-372 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exps. Acumulados D-2246 y D-2252. Actores: Edelmira Villarraga González y Otro. 347

Ley 471 de 1998. Sentencia C-305 de mayo 5 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. LAT. 140. 603

Ley 480 de 1998. Sentencia C-374 de mayo 26 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Exp. LAT 143. 619

1999

Decreto 258 de 1999, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 salvo su inciso primero, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31. Sentencia C-327 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. RE-112. 431

Decreto 350 de 1999, artículos 14, 36, 38 salvo la expresión “Vencido este término se entenderá que la decisión es positiva”, la cual se declara INEXEQUIBLE, y 51 salvo la expresión “autenticada” contenida en los dos literales b) de esta disposición, las cuales se declaran INEXEQUIBLES. Sentencia C-328 de mayo 12 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano. Exp. RE-113 490

Decreto 351 de 1999. Sentencia C-329 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. R.E. 114 584

Decreto 360 de 1999. Sentencia C-330 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. R.E. 115. 596

CODIGOS:

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Decreto-ley 01 de 1984)

Artículos 40 y 41 las siguientes expresiones: “Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales...”. Sentencia C-304 de mayo 5 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-2232. Actor: Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán. 162

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Decreto-ley 01 de 1984)

Artículos 35 la frase “al menos en forma sumaria si afecta a particulares” y 76 la frase “siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”. Sentencia C-371 de agosto 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-2250. Actor: Juan Carlos Hincapie Mejía. 338

NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES

MAYO 1999

1992

Ley 27 de 1992, artículos 12, 13, los literales g) e i) y las expresiones “y el de las comisiones seccionales”, del literal h), así como las palabras “... y de sus Comisiones Seccionales”, del párrafo del artículo 14, el artículo 15, el artículo 16, el encabezamiento del artículo 17, que dice: “Del apoyo a las Comisiones del Servicio Civil”, las expresiones “Tanto...”, “como las Comisiones Seccionales” y “del Departamento Administrativo del Servicio Civil”, que hacen parte del artículo 17, el inciso final del artículo 17 que dice: “Cada Comisión Seccional del Servicio Civil contará con un empleo de Asesor, que dependerá de la planta de personal del Departamento Administrativo del Servicio Civil. El personal adicional y los demás medios de apoyo que se requieran para el cumplimiento de las funciones que les corresponde a las Seccionales será suministrado por los respectivos Departamentos, previa la celebración de convenios con el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Estos empleados actuarán bajo la subordinación y dependencia del funcionario de este Departamento, quien para todos los efectos actuará como superior inmediato”, las frases “... y los integrantes de las Comisiones Seccionales del Servicio Civil...”, del inciso primero, y las palabras “... y Seccionales del Servicio Civil...”, del inciso segundo del artículo 21. Sentencia C-372 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exps. acumulados D-2246 y D-2252. Actores: Edelmira Villarraga González y Jairo Villegas Arbeláez. 347

Ley 31 de 1992, artículo 16 literal f) la expresión “procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”. Sentencia C-383 de mayo 27 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Exp. D-2294. Actor: Andrés Quintero Rubiano. 399

Ley 5ª de 1992 artículo 46 la expresión “además de condiciones profesionales y experiencia en cargos similares no inferior a cinco (5) años, o haber sido Congresista u ocupado el cargo de Secretario General en propiedad en cualquiera de las Cámaras”. Sentencia C-359 de mayo 19 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. 251

1994

Ley 141 de 1994, artículo 29 inciso tercero las expresiones “y por una sola vez dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley” y “o una vez vencido el término del año a que hace referencia el presente artículo sin que se hubiere presentado decisión distinta por parte de la comisión”. Sentencia C-299 de 5 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-2224. Actor: Luis Enrique Olivera Petro. 90

1995

Ley 228 de 1995 artículo 27 la expresión “... siempre y cuando se repare íntegramente el daño”. Sentencia C-301 de 5 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Exp. D-2222. Actora: Marcela Adriana Rodríguez Gómez. 118

Ley 228 de 1995, artículo 32. Sentencia C-357 de mayo 19 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-2239. Actor: Eudoro Echeverry Quintana. 233

1996

Ley 273 de 1996, artículo 6°. Sentencia C-369 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-2130. Actor: Carlos Adolfo Arenas Campo. 310

1998

Ley 443 de 1998, las expresiones “Juez de Instrucción Penal Militar, Auditor de Guerra, Secretario de Tribunal Superior Militar”, contenidas en el párrafo primero del aparte titulado “En la administración Central del Nivel Nacional”, del literal a), del numeral 2, del artículo 5; la expresión “Inspector de Tránsito y Transporte o el que haga sus veces”, contenidas en el párrafo único del aparte titulado “En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial”, del literal a), del numeral 2, del artículo 5; el párrafo segundo del aparte titulado “En la Administración Central del Nivel Nacional”, del literal b), del numeral 2, del artículo 5, el cual reza: “En el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y sus entidades adscritas, todos los empleos, por la necesaria confianza que requiere el Presidente de la República en quienes los ejerzan, por cuanto se toman decisiones relacionadas con su calidad de jefe de Gobierno, jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa.” Sentencia C-368 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exps. acumulados D-2175, D-2179 y D-2195. Actores: Andrés Zubiría Samper y Otros.

Ley 443 de 1998, artículos 10 inciso primero la expresión “respectivas”, la palabra “respectiva”, integrante de los incisos segundo y tercero del artículo 10, artículo 11 la

expresión “respectiva”, 14, 24 la parte que dice: “El Gobierno Nacional reglamentará la materia, teniendo en cuenta la posibilidad de organizar cuadros profesionales y grupos ocupacionales”, las expresiones “que realicen las entidades”, del último inciso del artículo 24, la palabra “respectivas”, del artículo 25, en el artículo 26, los apartes que dicen: “Cada Departamento y el Distrito Capital llevarán en su jurisdicción el registro de la carrera, el cual se entenderá integrado al Registro Nacional” y “... su vigilancia inmediata corresponderá a la Comisión Departamental respectiva, o a la del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en los términos en que lo establezca la Comisión Nacional”, en el inciso primero del artículo 27, su parte final, que dice: “Cada Comisión del Servicio Civil dispondrá lo necesario para que las autoridades departamentales y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá conformen el Registro Público de su jurisdicción, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil”, en el segundo inciso del artículo 27, las frases “... a través del Departamento Administrativo de la Función Pública...” y “... del personal de las entidades del orden nacional”, en el artículo 29, las expresiones “... autoridad nacional, departamental o del Distrito Capital que lleve el Registro Público dentro de los parámetros establecidos por la...” y “... sin perjuicio de las certificaciones que puedan expedir las autoridades mencionadas”, en el literal k) del artículo 37, las palabras “... y los reglamentos”, el párrafo del artículo 41, que dice: “Parágrafo: En el orden territorial, los estudios de justificación de reformas a las plantas de personal serán remitidas para su conocimiento a las Comisiones Departamentales del Servicio Civil y a las Comisiones Seccionales de Contralorías, según el caso”, artículo 43 numeral 4, artículo 44 en su totalidad, el numeral 3 del artículo 45, en la parte que dice: “... del Gobierno, por conducto del Departamento Administrativo de la Función Pública...”, en el numeral 7 del artículo 45, la frase que dice: “... y el de las Comisiones del Servicio Civil Departamentales y Distrital de Santafé de Bogotá”, numeral 9 del artículo 45, en el numeral 10.1 del artículo 45, la frase “en entidades del orden nacional”, en el numeral 10.2 del artículo 45 la frase “referidos a empleados del orden nacional”, en el numeral 10.3 del artículo 45, la frase “en entidades del orden nacional”, en el numeral 10.4 del artículo 45 las expresiones “del orden nacional”, el numeral 11.1 del artículo 45, en el numeral 11.2 del artículo 45, la frase “de las entidades del orden nacional”, el artículo 46, artículo 47, artículo 48, artículo 49, artículo 50, artículo 51, artículo 52, en el artículo 61 numeral 12, las palabras “o los reglamentos”, en el numeral 2.1 del artículo 66, los vocablos “Departamental, del Distrito Capital”, el artículo 73, artículo 74, artículo 75, artículo 76, artículo 77, artículo 79, en el tercer inciso del artículo 83, la frase “y las Comisiones Seccionales del Servicio Civil”. Sentencia C-372 de mayo 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exps. Acumulados D-2246 y D-2252. Actores: Edelmira Villarraga González y Otro. 347

1999

Decreto 258 de 1999, artículo 13 y el inciso primero del artículo 23. Sentencia C-327 de mayo 12 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. RE-112. 431

Decreto 350 de 1999, artículos 38 la expresión “Vencido este término se entenderá que la decisión es positiva”, 46, 51 la expresión “autenticada” contenida en los dos literales b) y 63. Sentencia C-328 de mayo 12 de 1999. Magistrada Ponente (E): Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Exp. RE-113 490

INDICE TEMATICO

MAYO 1999

		Pág.
ABUSO DEL DERECHO-Privación consumo agua de quebrada	(S. T-309/99)	770
ACCION DE REINTEGRO DE TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL-Eficacia para la protección de derechos fundamentales por despido sin previa calificación judicial	(S. T-326/99)	896
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-314/99)	806
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-340/99)	926
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-342/99)	930
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-349/99)	947
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-384/99)	1074
ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto	(S. T-391/99)	1126
ACCION DE TUTELA-Improcedencia general pago de acreencias laborales	(S. T-390/99)	1121
ACCION DE TUTELA-Improcedencia general pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-387/99)	1095
ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para ordenar aplicar régimen excepcional más beneficioso en reliquidación de pensiones	(S. T-325/99)	883
ACCION DE TUTELA-Improcedencia para cobro exclusivo de indexación o intereses de mora por retardo en pago de mesadas pensionales	(S. T-387/99)	1095
ACCION DE TUTELA-No configuración de carencia actual de objeto por permanencia de los hechos	(S. T-366/99)	1046
ACCION DE TUTELA-Procendencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-308/99)	762

		Pág.
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-314/99)	806
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-317/99)	815
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-318/99)	817
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-319/99)	820
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-320/99)	823
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-350/99)	949
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-351/99)	951
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-377/99)	1060
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-381/99)	1069
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-385/99)	1079
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-388/99)	1101
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales	(S. T-397/99)	1178
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-387/99)	1095
ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional revocación de traslado laboral atendiendo entorno del trabajador	(S. T-353/99)	958
ACCION DE TUTELA-Procedencia para el pago oportuno de mesadas pensionales futuras	(S. T-387/99)	1095
ACCION DE TUTELA-Procedencia por permanencia de hechos que dieron lugar a la presentación	(S. T-366/99)	1046
ACTIVIDAD SOCIAL EMPRESARIAL-Autonomía configurativa no excluye adecuada razonabilidad constitucional	(S. T-394/99)	1157
ACTO ADMINISTRATIVO-Firmeza	(S. T-322/99)	842

		Pág.
ACTO ADMINISTRATIVO-Inscripción en el registro sindical	(S. T-322/99)	842
ACTO PROPIO-Condiciones para su aplicación	(S. T-295/99)	715
ACTO PROPIO-Respeto	(S. T-295/99)	715
ADMINISTRACION-Discrecionalidad para trasladar a trabajadores no es absoluta	(S. T-353/99)	958
ALCALDE-Protección y acceso al espacio público	(SU.360/99)	1276
APODERADO JUDICIAL-Falta a la ética por representación de ambas partes	(S. T-294/99)	701
APODERADO JUDICIAL-Falta de diligencia en actuaciones procesales	(S. T-294/99)	701
AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Contenido	(SU.337/99)	1189
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Grado que se debe tener para aceptar o rechazar un tratamiento	(SU.337/99)	1189
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia	(SU.337/99)	1188
AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia no es absoluta	(SU.337/99)	1189
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Definición	(S. T-310/99)	783
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Límites	(S. T-310/99)	783
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Medida destinada a organizar los pagos es razonable y útil	(S. T-310/99)	784
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Posibilidad de regular aspectos administrativos y presupuestales	(S.T. 310/99)	784
AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Vertientes	(S. T-310/99)	783
BIEN DE USO PUBLICO-Inapropiable	(SU.360/99)	1276
BIEN DE USO PUBLICO-No lo constituye	(SU.360/99)	1276
BONOS PENSIONALES-Certificación sobre monto de cotizaciones realizadas por empleador	(S. T-345/99)	936
BONOS PENSIONALES-Procedencia de tutela para reclamar la remisión	(S. T-345/99)	936
CIENCIA MEDICA-No es impermeable a la ética ni al derecho	(SU.337/99)	1187
CONCEJO MUNICIPAL-Reglamentación de los usos del suelo	(SU.360/99)	1276

	Pág.
CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE-Intervenciones hormonales y quirúrgicas	(SU.337/99) 1190
CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Edad	(SU.337/99) 1190
CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Inexistencia de evidente riesgo contra la vida si no se practica operación	(SU.337/99) 1190
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- Características	(SU.337/99) 1189
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- Exigencias cualificadas	(SU.337/99) 1189
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- Intervenciones experimentales	(SU.337/99) 1188
CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- Pluralismo y dignidad	(SU.337/99) 1188
CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Límites	(SU.337/99) 1190
CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Problemas jurídicos	(SU.337/99) 1189
CONSTITUCIONAL NACIONAL-Contradicción con estatuto de empresa	(S. T-394/99) 1158
COOPERATIVA DE TRANSPORTE-Disposición estatutaria que impide conducción de taxi a no asociado mayor de cincuenta años	(S. T-394/99) 1157
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos	(S. T-322/99) 842
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Fundamentos que guarden relación directa con parte resolutive así como los que la Corporación misma indique	(S. T-322/99) 842
DEBIDO PROCESO A LOS SOLDADOS-Convocación de junta médico laboral militar para definición de situación médica	(S. T-393/99) 1137
DEBIDO PROCESO A LOS SOLDADOS-Necesidad de establecer si actividades físicas agravaron lesión muscular	(S. T-393/99) 1137
DEBIDO PROCESO DE LA PERSONA JURIDICA-Titularidad	(S. T-312/99) 801
DEBIDO PROCESO LABORAL-Efectividad de la inscripción sindical	(S. T-322/99) 843
DEBIDO PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS-Paz social	(S. T-292/99) 677

		Pág.
DEBIDO PROCESO-Formas propias de cada juicio	(S. T-323/99)	863
DEBIDO PROCESO-Negación de toda posibilidad de ejercer instrumentos de defensa y contradicción en materia de sanidad militar	(S. T-393/99)	1136
DEBIDO PROCESO-No vulneración por aplicación de la consecuencia legal a una de las partes por incumplimiento de términos procesales	(S. T-323/99)	862
DEBIDO PROCESO-Notificación	(S. T-324/99)	877
DEFENSA TECNICA-Cumplimiento de términos procesales	(S. T-323/99)	862
DEFENSORIA DEL PUEBLO-Conferencias sobre derechos fundamentales a funcionarios del ISS en salud y riesgos profesionales	(S. T-365/99)	1036
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION-Diseño de instructivo para garantizar derechos de personas sobre informaciones que reposen en el Sisben	(S. T-307/99)	743
DERECHO A LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA-Protección por tutela	(S. T-307/99)	743
DERECHO A LA EDUCACION-Carencia de la preparación adecuada por docentes y actitud omisiva del Estado	(S. T-354/99)	972
DERECHO A LA EDUCACION-Incumplimiento de cancelación oportuna del crédito por alumno matriculado	(S. T-310/99)	784
DERECHO A LA EDUCACION-Retención de certificado de estudios por no pago de pensión	(S. T-378/99)	1062
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA		
DE MUJER EMBARAZADA-Protección	(S. T-315/99)	809
DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL-Contenido	(SU.337/99)	1187
DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-Contenido	(SU.337/99)	1187
DERECHO A LA IGUALDAD ANTE EL SISBEN-Actuaciones omisivas y dilatorias que no han permitido el acceso	(S. T-307/99)	743
DERECHO A LA IGUALDAD ANTE EL SISBEN-Distribución de bienes escasos	(S. T-307/99)	743
DERECHO A LA IGUALDAD EN REGIMEN DE		
CESANTIAS PARCIALES-Cambio de legislación	(S. T-348/99)	943

	Pág.
DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación para ejercicio de trabajo por razones de edad (S. T-394/99)	1158
DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Fundamental por conexidad (S. T-325/99)	883
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS CON DISMINUCION FISICA Y PSIQUICA-Suministro de terapias físicas y psicológicas especiales excluidos del manual de actividades, intervenciones, y procedimientos (S. T-338/99)	914
DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Suministro de audífonos (S. T-382/99)	1071
DERECHO A LA SALUD DE LOS SOLDADOS-Protección por autoridades militares (S. T-393/99)	1137
DERECHO A LA SALUD-Culminación de tratamiento médico a beneficiario de pensión aunque hubiere cumplido mayoría de edad (S. T-396/99)	1175
DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico (S. T-366/99)	1046
DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico (S. T-367/99)	1053
DERECHO A LA SALUD-Inexistencia de afectación por la falta de montura de lentes (S. T-343/99)	932
DERECHO A LA SALUD-Práctica inmediata e íntegra de exámenes ordenados (S. T-366/99)	1046
DERECHO A LA SALUD-Práctica inmediata e íntegra de exámenes ordenados (S. T-367/99)	1053
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección del jubilado (S. T-295/99)	715
DERECHO A LA VIDA DE LOS PENSIONADOS-Pago de mesadas atrasadas siempre que exista partida presupuestal o inicio de gestiones para su consecución (S. T-317/99)	815
DERECHO A LA VIDA DE LOS SOLDADOS-Protección por autoridades militares (S. T-393/99)	1136
DERECHO A LA VIDA DIGNA-No práctica de exámenes que determinan el tratamiento a seguir (S. T-313/99)	803
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Pago oportuno de mesadas pensionales (S. T-397/99)	1178
DERECHO A LA VIDA DIGNA-Pago oportuno de salarios (S. T-350/99)	949

		Pág.
DERECHO A LA VIDA-Privación consumo agua de quebrada	(S. T-309/99)	770
DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos sin cumplir período mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida	(S. T-398/99)	1181
DERECHO A LA VIDA-Suministro de tratamiento de hemodiálisis	(S. T-352/99)	954
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-314/99)	806
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-317/99)	815
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-341/99)	928
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-381/99)	1069
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-385/99)	1079
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas	(S. T-397/99)	1178
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas futuras	(S. T-308/99)	762
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas futuras	(S. T-387/99)	1095
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS PENSIONADOS-Pago oportuno de mesadas futuras	(S. T-388/99)	1101
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES Y PENSIONADOS-Ordenes que puede emitir el juez de tutela para el pago de salarios o mesadas	(S. T-308/99)	762
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES Y PENSIONADOS-Pago oportuno de salarios y mesadas	(S. T-318/99)	817
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios	(S. T-319/99)	820
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios	(S. T-320/99)	823
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios	(S. T-350/99)	949

	Pág.
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios (S. T-351/99)	951
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios (S. T-377/99)	1060
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios (S. T-385/99)	1079
DERECHO AL MINIMO VITAL DE LOS TRABAJADORES-Pago oportuno de salarios futuros (S. T-308/99)	762
DERECHO AL MINIMO VITAL-Alcance (S. T-365/99)	1036
DERECHO AL TRABAJO DE MUJER EMBARAZADA-Despido en el transcurso del estado de gravidez (S. T-315/99)	809
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS ANTE PLANES COLECTIVOS DE RETIRO COMPENSADO-Voluntad y libertad de los trabajadores (S. T-321/99)	825
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Asignación de funciones (S. T-321/99)	826
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Pago oportuno de salarios (S. T-351/99)	951
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Protección ante proceso de privatización, reorganización, reestructuración, transformación y cambio de estatutos en entidades públicas (S. T-321/99)	825
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Protección ante sustitución patronal producida en establecimientos públicos o privados (S. T-321/99)	825
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Supresión de dependencias (S. T-321/99)	826
DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO AL EMPLEO-Dignidad y justicia social como herramientas jurídicas que las entrelazan (SU.360/99)	1276
DERECHO AL TRABAJO-Disposición estatutaria de empresa que impide conducción de taxi a no asociado mayor de cincuenta años (S. T-394/99)	1158
DERECHO AL TRABAJO-Ejercicio del comercio informal (S. T-364/99)	1019
DERECHO AL TRABAJO-Ejercicio del comercio informal (SU.360/99)	1277

		Pág.
DERECHO AL TRABAJO-Normatividad internacional en el tema del desempleo	(SU.360/99)	1278
DERECHO AL TRABAJO-Relación con el empleo	(SU.360/99)	1277
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA- Puntos de vista formal y material	(S. T-292/99)	677
DERECHO DE ACCESO A LOS BANCOS DE DATOS- Vertientes positiva y negativa	(S. T-307/99)	743
DERECHO DE DEFENSA-Notificación	(S. T-324/99)	877
DERECHO DE PETICION ANTE EL SISBEN- Modalidad reforzada por condiciones de pobreza y vulnerabilidad social	(S. T-307/99)	743
DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS-Inexistencia del derecho al sigilo patronal respecto de reclamaciones laborales	(S. T-306/99)	738
DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS- Procedencia excepcional	(S. T-311/99)	798
DERECHO DE PETICION ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS- Resolución sobre tiempo de servicio	(S. T-306/99)	738
DERECHO DE PETICION EN CESANTIAS PARCIALES- Respuesta sobre reconocimiento no sujeta a disponibilidad presupuestal	(S. T-348/99)	943
DERECHO DE PETICION Y DEBIDO PROCESO EN VIA GUBERNATIVA-Resolución oportuna de recurso de apelación	(S. T-379/99)	1064
DERECHO DE PETICION Y DEBIDO PROCESO EN VIA GUBERNATIVA-Resolución oportuna de recurso de reposición	(S. T-344/99)	934
DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial	(S. T-342/99)	930
DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial	(S. T-346/99)	938
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Prevalencia	(S. T-382/99)	1071
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS- Suspensión provisional de visitas por padre hasta que se decida proceso penal	(S. T-389/99)	1108
DERECHOS FUNDAMENTALES-Efectividad	(S. T-365/99)	1036
DERECHOS FUNDAMENTALES-Irrenunciabilidad	(S. T-295/99)	715

		Pág.
DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección real	(S. T-389/99)	1108
DESEMPLEO-Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones	(S. T-364/99)	1018
DESEMPLEO-Gobiernos municipales también pueden presentar soluciones	(SU.360/99)	1278
DESEMPLEO-Vendedores ambulantes desalojados	(SU.360/99)	1277
DISCAPACITADOS-Integración laboral	(S. T-364/99)	1019
DISCAPACITADOS-Protección constitucional especial	(S. T-364/99)	1019
DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE VIA DE HECHO-Fuerza vinculante y de obligatorio cumplimiento	(S. T-322/99)	842
EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios o mesadas pensionales	(S. T-308/99)	762
EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios	(S. T-318/99)	817
EMPLEADOR-Crisis económica o presupuestal no exime el pago de salarios o mesadas pensionales	(S. T-385/99)	1079
EMPLEADOR-Discrecionalidad para trasladar a trabajadores no es absoluta	(S. T-353/99)	958
EMPLEO-Trabajadores informales	(SU.360/99)	1278
EMPRESA-Las determinaciones que adopta no todas son constitucionalmente admisibles	(S. T-394/99)	1158
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Afiliación múltiple	(S. T-352/99)	954
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Afiliado beneficiario que debe ser cotizante	(S. T-352/99)	954
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cancelación de inscripción como beneficiarios de aquellas que deben tener calidad de cotizantes	(S. T-352/99)	954
ESPACIO PUBLICO-Acceso de personas con capacidad de orientación disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Actuaciones de la policía administrativa	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Actuaciones de la policía administrativa	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Ampliación del concepto	(S. T-364/99)	1018

		Pág.
ESPACIO PUBLICO-Ampliación del concepto	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Connotación constitucional	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Determinación sitio donde puedan laborar las personas que van a ser desalojadas	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes	(S. T-364/99)	1019
ESPACIO PUBLICO-Diseño y ejecución de un adecuado y razonable plan de reubicación de vendedores ambulantes	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Efectos de los actos de perturbación	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Efectos de los actos de perturbación	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Elementos que integran el concepto	(SU.360/99)	1276
ESPACIO PUBLICO-Fenómeno social que conlleva la economía informal	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Fenómeno social que conlleva la economía informal	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Legitimidad de las conductas tendientes a la protección	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Legitimidad de las conductas tendientes a la protección	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Presupuestos necesarios para reubicación de vendedores ambulantes	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Reglas para la preservación deben ser razonables	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Reglas para la preservación deben ser razonables	(SU.360/99)	1277
ESPACIO PUBLICO-Repercusiones por ocupación	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Solución de problemas sociales por las autoridades debido a la ocupación	(S. T-364/99)	1018
ESPACIO PUBLICO-Solución de problemas sociales por las autoridades debido a la ocupación	(SU.360/99)	1277
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Discrecionalidad para autorizar matrículas extemporáneas no es absoluta	(S. T-310/99)	784

		Pág.
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-No constituye centro de operaciones castrenses que amenace la vida de menores	(S. T-354/99)	972
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Posibilidad de fijar fechas límites para pagos y matrículas de alumnos	(S. T-310/99)	783
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Posibilidad de regular aspectos administrativos y presupuestales	(S. T-310/99)	783
ESTADO DE DERECHO-Resolución extemporánea de controversias por jueces	(S. T-292/99)	677
ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Alcance	(S. T-321/99)	825
ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La realidad como justificación del sistema normativo	(S. T-389/99)	1106
ESTADO-Deber de propiciar ubicación laboral de las personas en edad de trabajar	(SU.360/99)	1277
ESTADO-Protección preventiva del menor	(S. T-389/99)	1106
ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGUEDADES GENITAL EN EL INFANTE (SU.337/99)		
ESTADOS INTERSEXUALES-Clasificación	(SU.337/99)	1187
EXPEDIENTE DE TUTELA-Absoluta reserva para el caso	(SU.337/99)	1187
FAMILIA-Privacidad médica	(SU.337/99)	1190
FISCALIA-Declaración de desierto recurso de apelación	(S. T-323/99)	863
FUERO SINDICAL-Amparados hasta dos meses después de la inscripción en el registro	(S. T-322/99)	842
FUERO SINDICAL-Finalidad	(S. T-326/99)	896
FUERO SINDICAL-Firmeza de la inscripción en el registro	(S. T-322/99)	842
FUERO SINDICAL-Justas causas para que un juez autorice el despido de un trabajador	(S. T-326/99)	896
FUNCION PUBLICA-Debe llenarse de iniciativa y creatividad	(S. T-389/99)	1108
FUNCION PUBLICA-Objetivos deben hacerse realidad	(S. T-389/99)	1106
FUNCION PUBLICA-Sectores marginados de la población	(S. T-307/99)	743
GESTION PUBLICA-Eficacia de la actividad y eficiencia de quienes la tienen a cargo	(S. T-321/99)	825

	Pág.
HABEAS DATA ADITIVO EN PROGRAMA DEL SISBEN- Inclusión de datos e información sobre derecho a ser afiliado	(S. T-307/99) 744
HABEAS DATA ADMINISTRATIVO EN PROGRAMA DEL SISBEN-Protección	(S. T-307/99) 743
HABEAS DATA-Dimensiones	(S. T-307/99) 743
HABEAS DATA-Función primordial	(S. T-307/99) 743
HABEAS DATA-Respeto de la libertad y demás garantías constitucionales	(S. T-307/99) 744
HERMAFRODITAS Y PSEUDOHERMAFRODITAS-Distinciones	(SU.337/99) 1190
HERMAFRODITAS-Intervenciones hormonales y quirúrgicas	(SU.337/99) 1190
HERMAFRODITAS-Intervenciones médicas tienen un impacto decisivo en la identidad sexual del paciente	(SU.337/99) 1190
HERMAFRODITISMO-Complejidad del asunto	(SU.337/99) 1187
HISTORIA CLINICA-Examen de gravidez hace parte de la intimidad	(S. T-362/99) 1000
HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA-Control de legalidad	(S. T-293/99) 692
HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA-Declaración en situación de abandono e inclusión en programa de adopción	(S. T-293/99) 692
HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA-Instrumento procesal eficaz	(S. T-293/99) 692
INAPLICACION DE LEY DE SEGURIDAD SOCIAL-Terminación de tratamiento quirúrgico de beneficiario de pensión aunque hubiere cumplido mayoría de edad	(S. T-396/99) 1175
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Nueva valoración funcional y suministro de educación especial a menor excluido del manual de actividades, intervenciones y procedimientos	(S. T-338/99) 914
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Práctica de exámenes excluidos del manual de actividades, intervenciones y procedimientos	(S. T-313/99) 803
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Procedencia ante amenaza o vulneración de derechos fundamentales	(S. T-343/99) 932

	Pág.
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de audífonos excluidos del manual de actividades, intervenciones y procedimientos (S. T-382/99)	1071
INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización en persona de escasos recursos enferma de sida (S. T-398/99)	1181
INCIDENTE DE DESACATO- Aplicación (S. T-355/99)	981
INDEFENSION-Alcance (S. T-306/99)	738
INDEFENSION-Disminución de pensión (S. T-295/99)	715
INDEFENSION-Falta de medios de defensa para controvertir decisión por no ser asociado de compañía (S. T-394/99)	1157
INDEFENSION-Obras que obstruyen el cauce natural de quebrada (S. T-309/99)	770
INSTITUCION DE SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad por incumplimiento de los dictámenes de sus profesionales (S. T-391/99)	1126
INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el Gobierno nacional y departamental colaboren en la solución a la crisis económica o presupuestal (S. T-385/99)	1079
INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el Gobierno nacional y departamental colaboren en la solución a la crisis presupuestal (S. T-308/99)	762
INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Posibilidad de que el Gobierno nacional y departamental colaboren en la solución a la crisis presupuestal (S. T-318/99)	817
INSTITUCION UNIVERSITARIA PUBLICA-Trámites para obtención de recursos para pago de salarios y mesadas pensionales (S. T-308/99)	762
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Asistencia psicológica a menor por posible abuso sexual por el padre (S. T-389/99)	1108
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Coordinación de equipo interdisciplinario para acompañar a la menor y su madre respecto a cirugía y tratamientos hormonales (SU.337/99)	1191
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-No empleo razonado y proporcionado de recursos para prevenir o impedir violación de garantías constitucionales (S. T-389/99)	1108

	Pág.
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Protección activa del menor (S. T-389/99)	1107
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Prohibición de anteponer a la salud de los afiliados el máximo de rendimiento económico y mínimo de gastos (S. T-391/99)	1126
INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL-Práctica de prueba médico científica para definir si autoridades militares deben brindar atención médica a exsoldado (S. T-393/99)	1137
JUSTICIA SOCIAL-Empleo seguro y de buena calidad (SU.360/99)	1278
JUSTICIA-Debe impartirse oportunamente (S. T-292/99)	677
LEY-Contradicción con estatuto de empresa (S. T-394/99)	1158
LIBERTAD DE ACCION DE EMPRESA-No es absoluta (S. T-356/99)	986
LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO AL TRABAJO-Conflicto (S. T-394/99)	1158
LIBERTAD DE EMPRESA-Estatutos y reglamentos internos sometidos a valores, principios y derechos constitucionales (S. T-394/99)	1157
LIBERTAD DE EMPRESA-Límites impuestos por los derechos fundamentales (S. T-394/99)	1158
LIBERTAD DE LOCOMOCION-Impedimento para transitar en espacios accesibles a miembros de la comunidad (S. T-364/99)	1018
LIBERTAD DE LOCOMOCION-Impedimento para transitar en espacios accesibles a miembros de la comunidad (SU.360/99)	1276
LIBERTAD ECONOMICA-Alcance (S. T-394/99)	1157
LIBERTAD ECONOMICA-Límites impuestos por los derechos fundamentales (S. T-394/99)	1158
LICENCIA DE CONDUCCION-Inexistencia de límite máximo de edad en categoría cuarta (S. T-394/99)	1158
LICENCIA DE CONDUCCION-Renovación requiere acreditar aptitud física y psíquica (S. T-394/99)	1158
LICENCIA DE MATERNIDAD-Aplicación ultraactiva de norma (S. T-339/99)	920
LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto (S. T-316/99)	812
LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto (S. T-339/99)	920
LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto (S. T-347/99)	940
LICENCIA DE MATERNIDAD-Objeto (S. T-380/99)	1066

		Pág.
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago no se pierde por cotizar en plazo adicional	(S. T-365/99)	1036
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno	(S. T-316/99)	812
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno	(S. T-347/99)	940
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno	(S. T-362/99)	1000
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago oportuno	(S. T-380/99)	1066
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo	(S. T-316/99)	812
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo	(S. T-347/99)	940
LICENCIA DE MATERNIDAD-Pago por aplicación de norma existente al iniciarse embarazo	(S. T-380/99)	1066
LICENCIA DE MATERNIDAD-Procedencia excepcional de tutela para el pago	(S. T-365/99)	1036
LICENCIA DE MATERNIDAD-Trámite para reconocimiento y pago de prestaciones económicas	(S. T-339/99)	920
MATERNIDAD-Prórroga automática por tres meses más después de la fecha del parto de nombramiento provisional o en periodo de prueba	(S. T-362/99)	1000
MEDICINA-Tensiones éticas y jurídicas	(SU.337/99)	1187
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cobro de obligaciones económicas debidas a institución educativa	(S. T-310/99)	784
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Contradicción de medios probatorios	(S. T-355/99)	981
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversia sobre omisión de adjudicación de contrato	(S. T-312/99)	801
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Existencia de relación laboral para establecer responsables de la compensación	(S. T-395/99)	1172
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Impugnación actos de Superintendencia	(S. T-356/99)	986
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Incumplimiento de contrato de administración	(S. T-395/99)	1172
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Normatividad legal aplicable para reconocimiento de pensión	(S. T-386/99)	1086

	Pág.
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Normatividad legal aplicable para reconocimiento de pensión	(S. T-363/99) 1009
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-341/99) 928
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de mesadas pensionales atrasadas	(S. T-388/99) 1101
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de pensión por estudios	(S. T-378/99) 1062
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reintegro de servidora pública embarazada nombrada en provisionalidad para cargo de carrera	(S. T-362/99) 1000
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Resarcimiento de perjuicios materiales por entidad bancaria	(S. T-311/99) 798
MEDIO DE JUDICIAL-Cumplimiento de contrato de seguro contra riesgos de enfermedad y accidente	(S. T-392/99) 1131
MINISTERIO DE EDUCACION-Inspección y vigilancia sobre idoneidad en el ejercicio de la docencia	(S. T-354/99) 972
MORA JUDICIAL-Alcance	(S. T-292/99) 677
MORA JUDICIAL-Justificación extraordinaria	(S. T-292/99) 678
MORA JUDICIAL-Orden para proferir sentencias	(S. T-292/99) 678
MORA JUDICIAL-Origen injustificado	(S. T-292/99) 678
MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Presentación del hecho notorio	(S. T-362/99) 1000
MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial	(S. T-365/99) 1036
MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA-Protección constitucional especial	(S. T-380/99) 1066
NACIONALIDAD-Recuperación como derecho de libre disposición (S. C-335/99)	
NIÑEZ-Medios de protección deben aplicarse y tener consecuencias prácticas	(S. T-389/99) 1107
NORMA LEGAL-Interpretación no puede convertirse en régimen disciplinario alterno aplicable a abogados en perjuicio de sus representados	(S.V. T-323/99) 872
ORDEN JUSTO-Paz social	(S. T-292/99) 677

	Pág.
ORGANISMOS DEL ESTADO-Deben informárseles oportuna e inequívocamente de las irregularidades	(S. T-389/99) 1107
ORGANISMOS DEL ESTADO-Ineficacia oficial no sustenta incumplimiento del deber de denunciar	(S. T-389/99) 1107
ORGANIZACION NO GUBERNAMENTAL DE DERECHOS HUMANOS-Presentación de tutela a favor de menores	(S. T-354/99) 972
PENSION DE JUBILACION-Disminución arbitraria en persona de avanzada edad enferma	(S. T-295/99) 716
PENSION DE JUBILACION-Disminución por lo que recibe como jubilado de otra institución	(S. T-295/99) 716
PENSION DE JUBILACION-Es un derecho subjetivo	(S. T-295/99) 715
PENSION DE JUBILACION-Improcedencia de reconocimiento por tutela	(S. T-342/99) 930
PENSION DE JUBILACION-Mora patronal en aportes	(S. T-390/99) 1121
PENSION DE JUBILACION-Revocación por particular sin consentimiento expreso y escrito del titular	(S. T-295/99) 716
PENSION DE SOBREVIVIENTES-Culminación de tratamiento médico a beneficiario aunque hubiere cumplido mayoría de edad	(S. T-396/99) 1175
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos	(S. T-295/99) 716
PLANES COLECTIVOS DE RETIRO COMPENSADO-Protección de derechos del trabajador	(S. T-321/99) 826
PRACTICA MEDICA-Principios esenciales	(SU.337/99) 1187
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-No implica pérdida de imperatividad o ineficacia de términos procesales	(S. T-323/99) 863
PREVENCION A ADMINISTRACION MUNICIPAL-Previsión de partidas presupuestales necesarias para pago oportuno de salarios	(S. T-349/99) 947
PREVENCION AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Omisiones y demoras para la práctica de intervenciones quirúrgicas	(S. T-391/99) 1126
PREVENCION EN TUTELA-Finalidad	(S. T-366/99) 1046
PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Aumento salarial inferior	(S. T-361/99) 992

	Pág.
PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-Renuncia a los derechos no es ilimitada (S. T-295/99)	716
PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO-Procesos de privatización, transformación, reestructuración de entidades públicas y sustituciones patronales (S. T-321/99)	826
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Afirmaciones de los ciudadanos (S. T-307/99)	743
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Cambio de práctica laxa por aplicación estricta de la ley (S.V. T-323/99)	872
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Cambio repentino e inopinado de posición por los Estados (S.V. T-323/99)	872
PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Falsa expectativa de flexibilidad en presentación de memoriales ante Fiscalía (S.V. T-323/99)	872
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Alcance (S. T-364/99)	1019
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Alcance (SU.360/99)	1277
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Conciliación del interés general con los derechos de las personas que ejercen el comercio informal (S. T-364/99)	1018
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Conciliación del interés general con los derechos de las personas que ejercen el comercio informal (SU.360/99)	1277
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Presupuestos (S. T-364/99)	1019
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Presupuestos (SU.360/99)	1277
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Pruebas de la buena fe de vendedores ambulantes (S. T-364/99)	1019
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y su familia (SU.337/99)	1187
PRINCIPIO DE REMUNERACION PROPORCIONAL A LA CANTIDAD Y CALIDAD DE TRABAJO-Discriminación en el campo de aumentos salariales (S. T-361/99)	992
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Reconocimiento de pensión (S. T-363/99)	1009
PRINCIPIO DE SITUACION MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Reconocimiento de pensión (S. T-386/99)	1086

		Pág.
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL-Objeto	(S. T-389/99)	1106
PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA DEL PACIENTE-Ponderación	(SU.337/99)	1190
PRINCIPIOS MINIMOS FUNDAMENTALES A FAVOR DE LOS TRABAJADORES-Protección ante racionalización, tecnificación o cambio de propietarios de las empresas	(S. T-321/99)	825
PRIVACIDAD DEL HOGAR-Interferencias judiciales	(SU.337/99)	1190
PROCESO EDUCATIVO-Carencia de preparación adecuada por docentes	(S. T-354/99)	972
PROCESO PENAL-Cumplimiento de términos procesales por las partes	(S. T-323/99)	862
PROCESO PENAL-Extemporaneidad en presentación del documento de sustentación del recurso	(S. T-323/99)	863
PROCESO PENAL-Prevalencia del derecho sustantivo ante incumplimiento por minutos en entrega del escrito de sustentación del recurso	(S.V. T-323/99)	872
PROCESO POLICIVO DE RESTITUCION DE ESPACIO PUBLICO-Notificación debida a administrador de urbanización	(S. T-324/99)	877
PSEUDOHERMAFRODITISMO MASCULINO-Complejidad del asunto	(SU.337/99)	1187
RECURSOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL EN EL EJE		
REGIMEN DE CESANTIAS-Inadmisibilidad de presiones patronales por libertad de opción del trabajador	(S. T-361/99)	992
REVOCAION DIRECTA DE ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO-Protección de derechos adquiridos frente a particulares	(S. T-295/99)	715
SECRETARIA DE EDUCACION-Verificación si militares que desempeñan función docente cumplen requisitos de idoneidad	(S. T-354/99)	972
SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Publicidad parcial para el caso	(SU.337/99)	1187
SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión de identificación del menor y progenitora	(SU.337/99)	1187
SENTENCIA INHIBITORIA EN TUTELA-Improcedencia	(S. T-366/99)	1046

	Pág.
SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Alcance	(S. T-322/99) 842
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Asistencia médica mientras se encuentre vinculado o el retiro se produzca por enfermedad adquirida en la prestación	(S. T-393/99) 1136
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Atención médica a afectados con patologías existentes antes de su incorporación y agravadas con ocasión de éste	(S. T-393/99) 1137
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Características de los exámenes de aptitud psicofísica	(S. T-393/99) 1138
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Condiciones para atención médica por enfermedades adquiridas antes de su incorporación	(S. T-393/99) 1136
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Dolencia existente antes de la incorporación pero agravada durante la permanencia en filas	(S. T-393/99) 1136
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Importancia de la evaluación médica rigurosa y adecuada para el ingreso	(S. T-393/99) 1138
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Manifestación de dolencia durante la práctica del primer examen de actitud psicofísica	(S. T-393/99) 1137
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Obligación de practicar los exámenes médicos necesarios cuando se alegue la existencia de una lesión o enfermedad	(S. T-393/99) 1137
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Pago diferido de cuota de compensación militar	(S. T-393/99) 1138
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Vinculación de personas moderadamente disminuidas físicas destinadas a tareas que no afecten la salud	(S. T-393/99) 1138
SERVICIO PUBLICO EDUCATIVO-Papel de las Fuerzas Militares	(S. T-354/99) 972
SEXUALIDAD-Dimensiones sociales y psicológicas	(SU.337/99) 1190
SISBEN-Acceso igualitario a los bienes y recursos públicos	(S. T-307/99) 743
SISBEN-Falta de regulación y deficiencias	(S. T-307/99) 743
SISBEN-Importancia constitucional	(S. T-307/99) 743
SISBEN-Objeto	(S. T-307/99) 743

	Pág.
SISBEN-Potencial beneficiario en desigualdad por actuación ilegítima de autoridad	(S. T-307/99) 743
SISBEN-Reforma de dependencia encargada de administración y operación	(S. T-307/99) 744
SISBEN-Tipos de controversias con relevancia constitucional	(S. T-307/99) 743
SISTEMA JURIDICO LABORAL-Reformas no pueden afectar la libertad y espontaneidad del trabajador	(S. T-321/99) 826
SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS-Inmutabilidad o intangibilidad	(S. T-295/99) 715
SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Repetición de EPS por sobrecostos	(S. T-398/99) 1181
SUBORDINACION LABORAL-Aplicación	(S. T-326/99) 896
SUBORDINACION-Disminución de pensión	(S. T-295/99) 715
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Intervención para asegurar que actuación ilegal de sociedad se ajuste a derecho	(S. T-356/99) 986
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Intervención por exclusión de accionista de sociedad anónima con base en causales para sociedad colectiva	(S. T-356/99) 986
TRABAJO-Protección por el Estado	(S. T-394/99) 1157
TRABAJO-Triple naturaleza constitucional	(S. T-394/99) 1157
TRATAMIENTO MEDICO DE LA AMBIGÜEDAD SEXUAL-Fundamentos y características	(SU.337/99) 1190
TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Alcances y límites de las posibilidades de decisión de los padres	(SU.337/99) 1190
TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Decisiones por padres y tutores	(SU.337/99) 1189
TUTELA CONTRA EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Procedencia	(S. T-321/99) 825
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional	(S. T-394/99) 1157
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional	(S. T-294/99) 701
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional	(S. T-323/99) 862

	Pág.
TUTELA CONTRA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Frente a sus trabajadores actúa como particular (S. T-295/99)	715
TUTELA TRANSITORIA A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD- Pago de totalidad de pensión sin descontar lo recibido por otro estamento y concepto (S. T-295/99)	716
TUTELAS CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia ante actuaciones de hecho (S. T-322/99)	842
VIA DE HECHO EN PROCESO LABORAL-Actuación producida con base en una norma derogada (S. T-376/99)	1057
VIA DE HECHO EN PROCESO LABORAL-Efectividad de la inscripción sindical (S. T-322/99)	843
VIA DE HECHO POR APLICACION DE NORMA DEROGADA-Procedencia de tutela (S. T-376/99)	1057
VIA DE HECHO-Clases de defectos en la actuación (S. T-322/99)	842
VIA DE HECHO-Defecto procedimental por surtir actuación al margen del procedimiento legal establecido (S. T-376/99)	1057
VIA DE HECHO-Improcedencia por existencia de mecanismo de defensa judicial (S. T-294/99)	701
VIA DE HECHO-Improcedencia por no ejercicio oportuno de recursos (S. T-294/99)	701

EN LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE REALIZÓ LA IMPRESIÓN DE ESTA
«GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - MAYO 1999 - VOLUMEN II»
EN NOVIEMBRE DE 2000.

IVSTITIA ET LITTERAE