

GACETA JUDICIAL
72

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCION
1997

REPUBLICA DE COLOMBIA

**GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL**

1997

(JULIO)

TOMO 7

**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

1997

MAGISTRADOS

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Presidente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Vicepresidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Relator

SUMARIO

JULIO DE 1997

AUTOS

| | |
|------------------------------------|-----|
| Auto 015 de julio 01 de 1997 | 11 |
| Auto 016 de julio 03 de 1997 | 13 |
| Auto 017 de julio 10 de 1997 | 16 |
| Auto 018 de julio 10 de 1997 | 18 |
| Auto 019 de julio 10 de 1997 | 21 |
| Auto 020 de julio 11 de 1997 | 29 |
| Auto 021 de julio 14 de 1997 | 40 |
| Auto 022 de julio 22 de 1997 | 43 |
| Auto 023 de julio 28 de 1997 | 98 |
| Auto 024 de julio 29 de 1997 | 107 |
| Auto 025 de julio 29 de 1997 | 114 |

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

| | |
|---|-----|
| Sentencia C-320 de julio 03 de 1997 | 121 |
| Sentencia C-326 de julio 10 de 1997 | 160 |
| Sentencia C-327 de julio 10 de 1997 | 180 |
| Sentencia C-338 de julio 17 de 1997 | 200 |
| Sentencia C-347 de julio 23 de 1997 | 206 |
| Sentencia C-350 de julio 29 de 1997..... | 245 |

SENTENCIAS SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES

| | |
|---|-----|
| Sentencia C-324 de julio 10 de 1997 | 411 |
| Sentencia C-325 de julio 10 de 1997 | 431 |
| Sentencia C-337 de julio 17 de 1997 | 442 |
| Sentencia C-346 de julio 22 de 1997 | 474 |

SENTENCIA SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

| | |
|---|-----|
| Sentencia C-323 de julio 10 de 1997 | 508 |
|---|-----|

SENTENCIAS DE TUTELA

| | |
|---|-----|
| Sentencia T-318 de julio 01 de 1997 | 525 |
| Sentencia T-319 de julio 01 de 1997 | 538 |
| Sentencia T-321 de julio 04 de 1997 | 543 |
| Sentencia T-322 de julio 04 de 1997 | 567 |
| Sentencia T-328 de julio 11 de 1997 | 576 |
| Sentencia T-329 de julio 11 de 1997 | 583 |
| Sentencia T-330 de julio 15 de 1997 | 594 |
| Sentencia T-331 de julio 15 de 1997 | 612 |
| Sentencia T-332 de julio 15 de 1997 | 621 |
| Sentencia T-333 de julio 15 de 1997 | 628 |
| Sentencia T-334 de julio 15 de 1997 | 635 |
| Sentencia T-335 de julio 15 de 1997 | 641 |
| Sentencia T-336 de julio 15 de 1997 | 650 |
| Sentencia T-339 de julio 17 de 1997 | 659 |
| Sentencia T-340 de julio 18 de 1997 | 695 |
| Sentencia T-341 de julio 18 de 1997 | 713 |
| Sentencia T-342 de julio 18 de 1997 | 720 |
| Sentencia T-343 de julio 21 de 1997 | 730 |
| Sentencia T-344 de julio 21 de 1997 | 735 |
| Sentencia T-345 de julio 21 de 1997 | 740 |
| Sentencia T-348 de julio 24 de 1997 | 745 |
| Sentencia T-349 de julio 29 de 1997 | 764 |
| Sentencia T-351 de julio 30 de 1997 | 770 |
| Sentencia T-352 de julio 30 de 1997 | 783 |

AUTOS
Julio
1997

AUTO No. 015
Julio 1° de 1997

Ref.: Expedientes acumulados T-107237; T-107454; T-107498; T-107567; T-107582; T-107798; T-108165; T-108358; T-108377; T-108809; T-108893; T-108949 y T-109061.

Santafé de Bogotá D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997),.

CONSIDERANDO,

Que dentro de la sentencia T-098 del tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), se resolvieron varias tutelas, entre otras las de las señoras Carmen Elisa Fernández Pineda (Expediente T-107237), y Ana Crisell Rodríguez de Ruíz (expediente T-109061), y la tutela del señor Uriel Coconubo Nuñez (expediente T-107454).

Que presentándose dudas sobre la exactitud de sus nombres, por medio del auto del 18 de abril del presente año, la Sala Tercera de Revisión solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja los expedientes correspondientes a cada uno de los actores mencionados.

Recibidos los expedientes, se verificó el nombre correcto de los citados demandantes, encontrándose que los correctos son los siguientes: expediente T-107454, señor Uriel Cocunubo Núñez; expediente T-109061, señora Ana Crisell Rodríguez de Ruíz; y expediente T-107237, señora Carmen Felisa Hernández Pineda.

Comprobándose la existencia de errores en la identificación de los actores, se resolverá corregir la sentencia.

Que es necesario corregir el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia en mención, pues en esta se omitió al señor Uriel Cocunubo Núñez, cuya tutela fue resuelta en dicha sentencia, como se desprende de lo expuesto en la parte considerativa de la misma.

En vista de lo anterior se

RESUELVE:

Primero. SEÑALAR que los nombres correctos de los demandantes respecto de los cuales existía duda, son los siguientes: expediente T-107454, señor Uriel Cocunubo Núñez; expediente T-109061, señora Ana Crisell Rodríguez de Ruíz; y expediente T-107237, señora Carmen Felisa Hernández Pineda.

Segundo. CORREGIR el numeral Tercero de la parte resolutive de la sentencia T-098 de marzo tres (3) de 1997, en el cual se había omitido el nombre del señor Uriel Cocunubo Núñez, en los siguientes términos:

“Tercero. REVOCAR las sentencias proferidas en segunda instancia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, las cuales confirmaban los fallos denegatorios que en primera instancia profirió el Tribunal Superior de Tunja respecto de las demandas interpuestas por Francisco de Paula Acosta Moreno y Uriel Cocunubo Núñez”.

Notifíquese y cúmplase.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—En comisión—

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional HACE CONSTAR QUE: el H. Magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Tercera de Revisión el día 1 de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 016
Julio 3 de 1997

Ref.: Expediente LAT-073

Revisión constitucional de la Ley 267 de 1995 "Por medio de la cual se aprueba el 'CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS', hecho en Washington el 18 de marzo de 1965".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

CONSIDERANDO,

1. Que mediante sentencia C-442 de 1996 se revisó la Ley 267 de 1996, "Por medio de la cual se aprueba el 'CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS', hecho en Washington el 18 de marzo de 1965".

2. Que mediante oficio OJ.AT.26876, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores indicó a la Corte que en la mencionada sentencia se citó como año de la Ley 267 el de 1995.

3. Que, como consta en el Diario Oficial N°42704, la Ley 267 fue publicada el día 30 de enero de 1996 y fue sancionada el día 29 de dicho año

4. Que revisada la sentencia C-442 de 1996 se aprecia que, tanto en la parte motiva como en la resolutive, la Corte incurrió en un error al citar como año de la Ley 267, el año de 1995.

5. Que el error en que incurrió la Corte no apareja nulidad alguna, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 5ª de 1992, “las leyes guardarán secuencia numérica indefinida y no por año”, lo que despeja toda duda sobre la identificación de la Ley 267.

RESUELVE:

Primero. Aclarar la Sentencia C-442 de 1996 en el sentido de que la Ley 267, “Por medio de la cual se aprueba el ‘CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS’, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965”, fue sancionada y publicada en el año de 1996 y, en consecuencia, toda referencia a la Ley 267 de 1995 debe entenderse hecha a la Ley 267 de 1996.

Segundo. El presente auto se publicará en la Gaceta de la Corte Constitucional, conjunto a la Sentencia C-442 de 1996.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE: el h. Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día 3 de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 017
Julio 10 de 1997

Ref.: Expediente D-1510.

Aclaración y corrección de la parte resolutive de la sentencia No. C-242 de 1997 por error mecanográfico.

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 19.14 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

Actor: José Ignacio Leiva González.

Magistrado Ponente: Dr. HERNADO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONSIDERANDO,

Que en la parte resolutive de la Sentencia C-242 de Mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997), se indica lo siguiente:

"Declarar inexecutable el numeral 19.4 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

"(...)".

Que por error mecanográfico se declaró inexecutable el numeral 19.4 de la Ley 142 de 1994, cuando la norma demandada y declarada inexecutable es el numeral 19.14 del artículo 19 de la citada Ley.

Que en vista de lo anterior, debe corregirse dicho error y por lo tanto,

RESUELVE:

Corregir la parte resolutive de la Sentencia No. C-242 de Mayo 20 de mil novecientos noventa y siete (1997), la cual queda así:

“Declarar inexecutable el numeral 19.14 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria general de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE: el doctor José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día 25 de junio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 018
Julio 10 de 1997

Ref.: Expediente D-1467.

Demanda de inconstitucionalidad contra los literales D, E, F, H e I del artículo 49 de la Ley 49 de 1993.

Actor: Carlos Enrique Marín Vélez

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

CONSIDERANDO,

1. Que mediante sentencia C-226 de 1997 se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los literales D, E, F, H e I del artículo 49 de la Ley 49 de 1993.

2. Que en la parte resolutive de la sentencia C-226 de 1997 se dispuso:

“Declarar inexecutable el numeral 9 del artículo 13 y el artículo 26 del Decreto 2743 de 1968, la expresión “El Tribunal Nacional del Deporte... En segunda instancia conocerá de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las federaciones” del numeral 4 del Decreto 2845 de 1984, el literal A.E. del artículo 8, los artículos 29, 30, 31, 32, 49, 52 y la expresión “y Tribunal Nacional del Deporte” del parágrafo del artículo 34 de la Ley 49 de 1993”.

3. Que se omitió señalar el artículo del Decreto 2845 de 1984 al cual corresponde el numeral 4° declarado *inexequible*.

4. Que, como puede apreciarse en la parte motiva de la sentencia, el numeral 4° declarado *inexequible* corresponde al numeral 4° del artículo 56 del Decreto 2845 de 1984.

5. Que, en consecuencia, es necesario corregir la sentencia C-226 de 1997.

RESUELVE:

Primero. Aclarar la parte resolutive de la Sentencia C-226 de 1997 en los siguientes términos:

“Declarar *inexequible* el numeral 9 del artículo 13 y el artículo 26 del Decreto 2743 de 1968, la expresión “El Tribunal Nacional del Deporte... En segunda instancia conocerá de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las federaciones” del numeral 4 del artículo 56 Decreto 2845 de 1984, el literal A.E. del artículo 8, los artículos 29, 30, 31, 32, 49, 52 y la expresión “y Tribunal Nacional del Deporte” del parágrafo del artículo 34 de la Ley 49 de 1993.”

Segundo. El presente auto se publicará en la Gaceta de la Corte Constitucional, conjunto a la Sentencia C-226 de 1997.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

A-018/97

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional HACE CONSTAR QUE: el doctor José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día 25 de junio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 019
Julio 10 de 1997

LITISCONSORCIO NECESARIO EN TUTELA - Necesidad de integración

Aunque el proceso de tutela sea preferente y sumario, esto no obsta para que el juez constitucional deje de integrar el litis consorcio necesario.

JUEZ DE TUTELA - Necesidad de integrar el litisconsorcio necesario

No puede existir vacilación o negligencia en aplicar los procedimientos legales para indagar la realidad constitucional que presenta un determinado caso de tutela. De esa manera, el juez de tutela debe llamar a todas las personas o autoridades públicas que puedan resultar implicadas en el juicio, y por ende resulten afectadas o comprometidas con el fallo. Si estas personas involucradas en los hechos, ya que son mencionadas por las partes o su implicación se debe de los elementos probatorios aportados al expediente no son notificadas dentro del trámite, se violaría su derecho de defensa, toda vez que no tendrían conocimiento de la acción de tutela en curso y, por tanto, no podrán presentar las explicaciones o justificaciones del caso. Cuando con la decisión que se va a tomar en el fallo de tutela se pueden ver afectadas personas diferentes al demandado, V.g. cuando a una autoridad, sin haberse hecho parte en el proceso, se le impone a través de una sentencia de tutela una orden para que realice o ejecute determinado acto, ello debe estar precedido de su participación en el proceso y corresponde al juez integrar el litis consorcio necesario y citarla para que comparezca.

**NULIDAD POR FALTA DE INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO
NECESARIO EN TUTELA**

Ref.: Expediente T-131.091.

Peticionarios: Padres de Familia de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón.
Procedencia: Juzgado 7º Civil Municipal de Ibagué.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santa Fe de Bogotá, D.C. diez (10) de julio mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa —Presidente de la Sala—, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, procede a revisar el fallo de tutela proferido por el Juez 7º Civil Municipal de Ibagué, de fecha 7 de abril de 1997, mediante el cual se resolvió negar la acción de tutela presentada por los Padres de Familia de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón, contra el Gobernación del Tolima y el Secretario de Educación Departamental.

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 Cinco (5) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante auto del veintiuno (21) de mayo del presente año, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional entra a revisar la sentencia proferida por el Juzgado 7º Civil Municipal de Ibagué, de fecha 7 de abril de 1997.

1. Solicitud.

Los padres de familia de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón, solicitan la protección de los derechos de sus hijos a la educación, a la enseñanza, al aprendizaje, a la cátedra y a la investigación desconocidos por el Gobernador del Tolima y el Secretario de Educación del Departamento.

2. Hechos.

Manifiestan los padres de familia, actores del caso en estudio, que tienen matriculado a sus hijos en la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón. Este centro educativo, desde febrero de 1997, ha estado devolviendo a los menores a sus casas puesto que la escuela carece de docentes.

La circunstancia anterior está causando un perjuicio a los jóvenes, teniendo en cuenta que no se les está garantizando la educación para su formación integral.

Igualmente señalan que tanto el Gobernador como el Secretario de Educación del departamento del Tolima, no han tomada las medidas pertinentes para conjurar el daño que están sufriendo los estudiantes de la escuela por la falta de personal docente.

3. Pretensión.

Los accionantes, a través de su escrito de tutela, piden que se ordene a las autoridades demandadas, el nombramiento y la posesión de los docentes que requiere la escuela para su funcionamiento.

II. ACTUACION JUDICIAL

En providencia del 7 de abril del año en curso, el Juez 7º Civil Municipal de Ibagué (Tolima) negó lo solicitado por los padres de familia, señalando que las autoridades demandadas no pueden incorporar personal docente de manera automática, pues se requiere la partida presupuestal respectiva y el juez de tutela no está facultado para ordenar crear planta de personal docente por fuera de las apropiaciones correspondientes.

Además de lo anterior, el *A-quo* solicitó mediante auto del 18 de marzo del año en curso, información a la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima sobre el número de profesores con que cuenta la escuela, la cantidad de alumnos, alumnos asignados por curso y profesores asignados para cada curso. El Jefe División Administrativa y Financiera del Departamento a través del oficio del 20 de marzo de 1997, indicó lo solicitado e igualmente manifestó:

“...la educación del Municipio de Ibagué no le compete exclusivamente al Departamento, sino que es una responsabilidad compartida entre Departamento y Municipio; pues este último recibe, por participación de ingresos corrientes de la Nación, una partida para nombrar y mantener el personal docente...”

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 revisar los fallos de tutela de la referencia.

2. Aunque el proceso de tutela sea preferente y sumario, esto no obsta para que el juez constitucional deje de integrar el litis consorcio necesario.

Toda persona cualquiera sea su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 13 C.P.), pueden instaurar la acción de tutela, con el fin de buscar que el juez constitucional le garantice el respeto a los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados.

Por consiguiente, una vez presentada la demanda de tutela, la autoridad judicial debe desplegar toda su atención para conjurar la posible vulneración

de derechos fundamentales que aduce el accionante en el *petitum*, y fallar de acuerdo con todos los elementos de juicio, convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la parte fáctica de una tutela.

Este mecanismo preferente y sumario —la tutela—, es la base primordial para que a toda persona pueda garantizárseles sus derechos fundamentales de manera ágil y expedita. De ahí que no puede existir vacilación o negligencia en aplicar los procedimientos legales para indagar la realidad constitucional que presenta un determinado caso de tutela. De esa manera, el juez de tutela debe llamar a todas las personas o autoridades públicas que puedan resultar implicadas en el juicio, y por ende resulten afectadas o comprometidas con el fallo. Si estas personas involucradas en los hechos, ya que son mencionadas por las partes o su implicación se debe de los elementos probatorios aportados al expediente no son notificadas dentro del trámite, se violaría su derecho de defensa, toda vez que no tendrían conocimiento de la acción de tutela en curso y, por tanto, no podrán presentar las explicaciones o justificaciones del caso.

El último inciso del artículo 13, del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, permite la intervención de “quien tuviera un interés legítimo en el resultado del proceso”, intervención que solamente es posible a través del conocimiento cierto y oportuno que puede tener un sujeto de derecho acerca de la existencia de la acción de tutela.

Esta Corte sobre el particular indicó:

“Como lo tiene definido la Corte Constitucional, y particularmente esta Sala de Revisión, no es posible adelantar válidamente un proceso de tutela cuya finalidad es desconocer actos jurídicos, sentencias o providencias judiciales, ejecutoriadas, o actos administrativos, sin la citación de quienes participaron en tales actos, o se encuentran en una situación jurídica concreta en virtud de ellos. La Nulidad que se observa, es consecuencia de la violación del artículo 29 de la Constitución, porque la falta de notificación implica la violación del derecho de defensa. Esto se entiende fácilmente si se tiene en cuenta que quienes han intervenido en un proceso judicial, o derivan derechos de una providencia, lo mismo que aquellos que los derivan de un acto administrativo, están llamados a intervenir necesariamente en el proceso de tutela encaminado a dejar sin efecto la decisión judicial o administrativa.

“Esta decisión ha sido consultada con la Sala Plena y aprobada por ésta por la cual deberá tenerse como unificación de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Por ello, se ordenará su publicación en la Gaceta de la Corte” (Cfr. Corte Constitucional. Auto No. 027 de 1995. M. P.: Dr. Jorge Arango Mejía).

En conclusión, cuando con la decisión que se va a tomar en el fallo de tutela se pueden ver afectadas personas diferentes al demandado, V.g. cuando a una

autoridad, sin haberse hecho parte en el proceso, se le impone a través de una sentencia de tutela una orden para que realice o ejecute determinado acto, ello debe estar precedido de su participación en el proceso y corresponde al juez integrar el litis consorcio necesario y citarla para que comparezca.

Lo anterior lo enseña el Código de Procedimiento Civil:

*“Artículo 51. **Litisconsortes necesarios.** Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrá eficacia si emanan de todos”*

*“Artículo 83. Modificado. D.E: 2289/89, art. 1º, Num. 35. **Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite ordenará dar traslado de ésta a quien falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia disponible para el demandado”.*

Igualmente, la jurisprudencia de esta Corte indica sobre el asunto:

“Habrá casos en que el pronunciamiento judicial al cual tiende el ejercicio de la correspondiente pretensión procesal, por su naturaleza o por disposición legal, no puede adoptarse sin que concurren al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia. La necesidad de un pronunciamiento uniforme y con efectos concretos sobre la totalidad de dichos sujetos impone su concurrencia al respectivo proceso. En estos eventos el juez no puede proveer sobre la demanda y decidir sobre la pretensión sin que todos los sujetos activos y pasivos de la relación procesal hayan sido citados e intervengan en el proceso. La necesidad de la participación de dichos sujetos se torna en algo que es consustancial con el principio de la integración del contradictorio. La omisión de la integración del litisconsorcio, conllevó una flagrante violación del derecho al debido proceso. La falta de integración de litisconsorcio también significó un desconocimiento de principios esenciales del ordenamiento constitucional, como son: la justicia, la vigencia de un orden justo, y la eficiencia y la eficacia de las decisiones judiciales... ” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de revisión. Sentencia T-056 del 6 de febrero de 1997. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

“...se está ante un litisconsorcio necesario, que debe integrarse: a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciere, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de

ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-289 del 5 de julio de 1995 M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Así las cosas, en el caso *sub-lite*, el Juez 7º Civil Municipal de Ibagué no citó al proceso de tutela a las siguientes personas: al señor Alcalde del Municipio de Ibagué, al Secretario de Educación del Municipio de Ibagué y al Director de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón. Debido a que estas personas podrían ser afectadas con la decisión o comprometidas en el cumplimiento de la sentencia de tutela en cualquiera de las instancias, incluso, en la revisión eventual que de la misma puede adelantar la Corte Constitucional, han debido ser llamadas a integrar el contradictorio y hacer uso del derecho de defensa, tanto para aportar o controvertir pruebas, tal como lo señala el artículo 29 de la C.P.

Sobre la incidencia en esta tutela de las autoridades municipales, el Gobernador del Tolima, a través de apoderado, señaló:

“...que la alcaldía del municipio de Ibagué dentro del personal docente de carácter municipal retiró a dos docentes de ese establecimiento educativo, con esta actuación ha causado un perjuicio a los estudiantes de ese centro educativo [Escuela Urbana Mixta Tulio Varón] (...) la alcaldía del Municipio de Ibagué reubicó a un gran número de familias damnificadas de la tragedia del Río Combeima, con éste hecho se aumentó considerablemente el número de la población escolar, mi poderdante y en aras de garantizar la educación a estas personas aumentó el número de docentes departamentales en dos, a través de la redistribución del personal docente (...) existe obligación del Municipio de Ibagué de tener docentes de la planta municipal en la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón...” (Negrilla fuera de texto).

Esto significa que la presunta carencia de docentes en la escuela no solamente es responsabilidad del Departamento del Tolima, sino también de las autoridades municipales mencionadas, quienes debieron ser llamadas al proceso de la referencia, para integrar la *litis* y poderse emitir un fallo de tutela conforme a los principios constitucionales y legales que regulan el debido proceso.

La anomalía manifiesta en el presente caso, de conformidad con el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, constituye causal de nulidad, originada en la falta de notificación de la iniciación de esta tutela a personas determinadas que de manera imprescindible, debieron integrar el litis consorcio, tal como quedó expuesto.

Al respecto, siguiendo la jurisprudencia reiterada de esta Corporación en el sentido de que en la acción de tutela, amén del breve plazo en que debe decidirse, no es posible desconocer el debido proceso¹, esta Sala de Revisión ordenará poner en conocimiento del señor Alcalde del Municipio de Ibagué, del Secretario de Educación del Municipio de Ibagué y del Director de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón, la nulidad planteada, para que les sea respetada la facultad de intervenir en el proceso, advirtiéndole que si dentro de los tres días siguientes a la notificación del presente auto no alegan la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso (artículo 144-1° y 145 del C.P.C), sin perjuicio de los efectos que pueda derivarse de su fallo.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero. **ORDENAR** al Juzgado 7° Civil Municipal de Ibagué, **PONER EN CONOCIMIENTO LA NULIDAD** de todo lo actuado por ese despacho judicial, a partir de la presentación de la demanda. En consecuencia, el citado Juzgado debe notificar en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, al señor Alcalde Municipal de Ibagué, al Secretario de Educación del Municipio de Ibagué y al Director de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón, la nulidad que contiene el presente proceso, para que integren el litis consorcio necesario, en los términos señalados en este Auto, por no habersele comunicado su iniciación y culminación, con la advertencia de que si no alega la nulidad dentro de los tres días siguientes a su notificación, ésta quedará saneada y el proceso volverá a la Sala Novena de Revisión de Tutela para lo de su competencia, sin perjuicio de los efectos que pueda derivarse de su fallo; en caso contrario, se declarará la nulidad por el juzgado de instancia y se repondrá la actuación con la observancia de los trámites pertinentes.

Segundo. Por Secretaría General, **DEVOLVER** el presente expediente al Juzgado 7° Civil Municipal de Ibagué (Tolima), para el cumplimiento de lo ordenado en el anterior numeral.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

¹ Consultar, entre otros, los autos números: 27 del 1° de junio de 1995, M.P: Dr. Jorge Arango Mejía y 50 del 3 de octubre de 1996, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

A-019/97

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 020
Julio 11 de 1997

**NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION TERCERO CON INTERES
LEGITIMO EN TUTELA - Iniciación y fallo**

Se encuentra demostrado el interés legítimo que asiste a la empresa, a quien el juez con su omisión vulneró el debido proceso, en vista de que le negó la oportunidad de participar en dicha decisión que, a no dudarlo, le interesaba y actualmente le interesa. La omisión del a quo, constituye sin lugar a duda una irregularidad procedimental insaneable que daría lugar, en principio, a la declaratoria de nulidad absoluta de todas y cada una de las diligencias surtidas, por constituir pretermisión íntegra de la instancia. Sin embargo, también observa la Sala una nulidad de carácter saneable dentro del trámite de la acción de tutela en revisión, la cual consiste en que el a quo omitió notificar a la sociedad constructora, la iniciación de la misma. Entonces, en la parte resolutive de la presente providencia, por razones de economía procesal y en vista de que con ello se llega al mismo resultado, antes de declarar la nulidad absoluta de todas las diligencias surtidas por el Juzgado y, en consecuencia, ordenar que las mismas se rehagan en su integridad, de acuerdo con la motivación precedente, la Sala tomará las medidas necesarias para que la nulidad a que se ha hecho referencia, tenga la oportunidad de sanearse.

Ref.: Expediente T-127180.

Accionante: José Adarve Sandoval y Otros.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., julio once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

A través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, los ciudadanos José Adarve Sandoval, María Sandra Hincapié, Esther

Elena Mercado Jarava y Elsa Torres solicitan, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, al trabajo en condiciones dignas y justas, y de petición, que consideran violados por la omisión de la *Alcaldía Menor de Chapinero*, autoridad en contra de la cual dirigen la presente solicitud de amparo.

I. HECHOS Y PRETENSIONES

Al decir de los accionantes, sucede que a mediados del año de 1995 se inició la construcción del edificio denominado 100TH STREET, sobre la carrera novena entre calles 99 y 100 de esta capital, aledaña al edificio JM III que ellos habitan. Agregan que el 5 de diciembre de 1996, iniciaron una querrela policiva ante la Alcaldía demandada y en contra de la continuación de la referida construcción, toda vez que la misma estaba causando graves daños en el edificio de su propiedad, cuya magnitud había sido determinada a través de un dictamen pericial.

Los trabajos llevados a cabo en el edificio 100TH STREET, continúan, han afectado significativamente la estabilidad del terreno sobre el cual se erige el de su propiedad, lo cual conducirá, en su sentir, a que día a día se agraven los daños ya causados, poniendo en peligro sus vidas, su seguridad, su tranquilidad y hasta su patrimonio. Comentan que han mantenido continua comunicación con las personas encargadas de la obra, quienes se han limitado a ordenar la realización de reparaciones menores y labores de pilotaje, pero en manera alguna han dado una respuesta satisfactoria que solucione definitivamente el problema.

Manifiestan que el edificio JM III está en un 70% desocupado ante la imposibilidad de seguir habitándolo y solicitan, finalmente, *“una orden perentoria, en cuya virtud cesen los actos violatorios y se ejecuten aquellos indispensables para la efectividad del derecho conculcado”*, pues de la Alcaldía Menor de Chapinero tampoco han recibido solución alguna, a pesar de la solicitud expresa antes mencionada.

No obstante lo anterior, posteriormente los accionantes corrigieron su demanda en el sentido de que el sujeto pasivo de la misma no era la Alcaldía Menor de Chapinero, sino la empresa constructora *Interplan S.A.*

II. EL FALLO DE INSTANCIA

Después de analizar el material probatorio allegado al proceso y cumplir una inspección judicial en el sitio de los hechos anteriormente narrados, el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., autoridad a quien le correspondió por reparto el asunto, concedió el amparo constitucional solicitado y, en consecuencia, ordenó lo siguiente: primero, tutelar los derechos de petición y a la

vida de los accionantes; segundo, ordenar a la Alcaldía Menor de Chapinero que, en el término de 48 horas, suspenda la construcción del edificio 100TH STREET, hasta que se garanticen los estudios pertinentes para evitar los perjuicios que se han venido causando a los accionantes, orden que estará vigente hasta que la autoridad competente dicte el acto administrativo dirimiendo el presente conflicto, el cual, igualmente, deberá proferirse en el término señalado; y tercero, comunicar el cumplimiento de la orden referida.

Consideró el *a quo* probados los hechos puestos a su consideración por los accionantes, pues encontró, efectivamente, que el inmueble JM III ha sido objeto de múltiples daños con ocasión de la construcción del edificio 100TH STREET, dentro de los cuales se cuentan agrietamientos, dilataciones de pisos y paredes, desprendimientos de tubos, cenefas, papeles de colgadura, etc. Por tal razón, después de copiar el artículo 86 de la Constitución Política y fragmentos de jurisprudencia de esta Corporación, relativos al derecho a la vida, a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio de defensa y al perjuicio irremediable, concluye que la acción objeto de pronunciamiento es procedente como mecanismo transitorio de defensa de los derechos de los accionantes, argumentos jurídicos y probatorios en los cuales fundamenta la decisión reseñada.

Así mismo, asumiendo el análisis de la protección del derecho de petición, considera que también hay lugar a tutelarlos, en vista de que se solicitó información a la Alcaldía Menor de Chapinero sobre su desempeño frente a la querrela policiva puesta a su consideración por los ahora actores, sin haber obtenido respuesta alguna. Entonces, aplicó el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, tuvo por ciertos los hechos que le fueron narrados, tuteló el derecho de petición y ordenó dictar el acto administrativo de marras.

De otro lado, los peticionarios no estuvieron conformes con el segundo punto de la parte resolutive de la sentencia proferida por el *a quo*, argumentando que no era suficiente para contrarrestar la amenaza de su derecho a la vida, la simple realización de unos estudios que ello pretendieran. En consecuencia, solicitaron al juez la aclaración de dicho punto, en el sentido de ordenar la realización de las obras a que hubiera lugar para que la protección fuera efectiva. El *a quo*, por su parte, accedió a dicha petición y por auto del 7 de marzo del año en curso, aclaró su sentencia y ordenó la realización de los trabajos necesarios para evitar la amenaza del derecho a la vida de los accionantes.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de

1991, es competente para revisar el fallo de tutela reseñado, en vista de la selección efectuada por la Sala correspondiente y el reparto hecho al Magistrado Sustanciador por parte del Presidente de la Corporación.

Segunda. La Materia.

1. Los Terceros en la Acción de Tutela y el Debido Proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional sentó en la Sentencia T-247 de 1997, la siguiente jurisprudencia:

“De particular relevancia para apreciar la validez de los procedimientos cumplidos a propósito de la acción de tutela que ocupa la atención de la Sala y, adicionalmente, para fundar la decisión que haya de adoptarse en el presente evento, es dilucidar si los terceros que tienen interés legítimo en lo que se decida en una sentencia de tutela deben ser notificados de la presentación de la solicitud.

“Al respecto es oportuno recordar que ya la Corte en decisión contenida en el auto No. 27 de 1995, que fue consultada con la Sala Plena de la Corporación y aprobada por ésta y que por lo tanto debe tenerse como unificación de la jurisprudencia en la materia, señaló:

‘...no es posible adelantar válidamente un proceso de tutela cuya finalidad es desconocer actos jurídicos, sentencias o providencias judiciales ejecutoriadas, o actos administrativos, sin la citación de quienes participaron en tales actos, o se encuentren en una situación jurídica concreta en virtud de ellos (...). Esto se entiende fácilmente si se tiene en cuenta que quienes han intervenido en un proceso judicial, o derivan derechos de una providencia, lo mismo que aquellos que los derivan de un acto administrativo están llamados a intervenir necesariamente en el proceso de tutela encaminado a dejar sin efecto la decisión judicial o administrativa’.¹

“El fundamento del llamado que debe hacerse a los terceros con un interés legítimo en el resultado del proceso de tutela no es otro que el derecho al debido proceso que, de conformidad con el artículo 29 superior, es aplicable a ‘toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’, predicado del cual se deduce que también el procedimiento propio del mecanismo de defensa previsto en el artículo 86 de la Carta Política se encuentra gobernado por sus reglas, en los términos de las normas constitucionales y de las normas legales que las desarrollan y en particular las del decreto 2591 de 1991.

¹ Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Auto No. 27 de junio 1º de 1995. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

"La intervención de los terceros, entonces, se orienta, primordialmente, a lograr que, en virtud de su legítimo interés, ellos tengan la posibilidad de ejercer todas las garantías del debido proceso y sobre todo el derecho de defensa que es uno de sus principios rectores y merced al cual pueden allegar las pruebas que consideren pertinentes y controvertir las que se presenten en su contra, dentro de los momentos y términos procesales que, de acuerdo con las formas propias de cada juicio, se hayan establecido en el pertinente ordenamiento procesal.

"Lo anterior significa que la intervención de los terceros en el procedimiento de tutela además de ineludible debe ser a tal punto oportuna que el juez, al entrar a resolver, ha de contar con una adecuada evaluación de todos los argumentos y para ello resulta lógico e indispensable que éstos se hayan aducido en la correspondiente oportunidad; de ahí que la notificación de la solicitud de tutela sobre especial importancia como uno de los elementos fundamentales del debido proceso, a falta del cual resulta imposible a las partes o a los terceros con interés legítimo hacer uso de las garantías procesales.

"En armonía con lo expuesto, la Corte ha considerado que el juez, en su calidad de protector de los derechos fundamentales de los asociados, debe garantizar también 'a los terceros determinados o determinables, con interés legítimo en un proceso su derecho a la defensa mediante la comunicación' que, en su caso, persigue la protección procesal de los intereses que puedan verse afectados con la decisión.² Acerca de este tópico la Corporación ha dicho:

'Es claro que en el trámite de la acción de tutela no existe norma que en forma expresa disponga la notificación de sus decisiones a terceros, sobre los cuales recaiga un interés legítimo en el resultado del proceso; sin embargo, no puede ignorarse el principio contenido en el artículo 2º de la Constitución según el cual es fin esencial del Estado 'facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan...', lo cual a su vez se ve complementado con lo señalado en el artículo 13, inciso último del decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, que permite la intervención de 'Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso', intervención que sólo puede llevarse a cabo, mediante el conocimiento cierto y oportuno que pueda tener el tercero acerca de la existencia de la acción de tutela'³.

"Así pues, como de manera reiterada lo ha sostenido la Corte, la notificación no es un acto meramente formal y desprovisto de sentido, ya que su fundamento es el debido proceso y debe surtirse con independencia de que la decisión final sea favorable

² Cf. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Auto de febrero 7 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³ Cf. Corte Constitucional. Sala Novena de revisión. Auto de octubre 3 de 1996. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

o desfavorable a las pretensiones de quien acude a la tutela en búsqueda de protección, sin que la naturaleza informal de este procedimiento, su carácter preferente y sumario o los principios de celeridad, economía y eficacia que lo informan sirvan de pretexto al juez para desarrollar y culminar el trámite a espaldas de alguna de las partes o de los terceros interesados. Además, la necesidad de la notificación viene impuesta por el principio de publicidad y, conforme a lo tantas veces afirmado por la Corte, no es válido argumentar que 'como en la acción de tutela no es indispensable que haya auto avocando el conocimiento, entonces no hay nada que notificar'.

"Es de importancia precisar que además de la iniciación del proceso que tiene su origen en una solicitud de tutela, deben notificarse a las partes y a los terceros todas las providencias que se profieran durante el trámite, pues así surge del artículo 16 del decreto 2591 de 1991 que dispone la notificación de 'las providencias que se dicten' a 'las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz', y del artículo 30 eijusdem, que refiriéndose al fallo indica que 'se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido'.

"La alusión que contienen las normas que se acaban de citar a medios que sean 'expeditos y eficaces' para realizar la notificación, advierte con claridad acerca de la forma como el juez ha de poner en conocimiento de las partes y de los interesados en el trámite de la acción de tutela su iniciación, las providencias dictadas y el fallo, cuidando siempre de que la diligencia, lejos de convertirse en un acto procesal más, cumpla su cometido que no es otro distinto de lograr la comparecencia y la vinculación efectiva de los notificados a las actuaciones y de mantenerlos enterados acerca del curso del proceso, permitiéndoles así asumir su defensa.

"La Corte ha hecho énfasis en que lo ideal es la notificación personal y en que a falta de ella y tratándose de la presentación de una solicitud de tutela se proceda a informar a las partes e interesados 'por edicto publicado en un diario de amplia circulación, por carta, por telegrama, fijando en la casa de habitación del notificado un aviso, etc.', y adicionalmente, valiéndose de una radiodifusora e incluso, como recurso último, mediante la designación de un curador; adecuando en cada caso el desarrollo de la diligencia a la urgencia inherente a la acción de tutela, para lo cual el juez podrá dar cumplimiento al artículo 319 del Código de Procedimiento Civil en la parte que indica que a falta de un término legal para un acto, 'el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias'⁴.

"En cuanto a la notificación del fallo de tutela, conviene precisar que la referencia que a la comunicación telegráfica se halla plasmada en el artículo 30 del decreto

⁴ Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Auto de abril 17 de 1996. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

2591 de 1991 no limita las facultades del juez para acudir a otros medios cuando quiera que los estime más eficaces, pues el simple envío de un telegrama no satisface por sí solo el requisito de enterar a las partes e interesados del contenido de la sentencia, cuya notificación debe surtir correctamente y a pesar de las dificultades que puedan presentarse, para mantener así la plenitud de las garantías sobre la impugnación de la misma.

“Habiéndose resaltado la importancia de la notificación, se plantea un interrogante relativo a las consecuencias que se siguen cuando la diligencia se ha omitido o cuando pese a haberse intentado, por error atribuible al juez se dejaron de surtir los efectos que han debido cumplirse.

“Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que si no se ha procurado el acceso del demandante o de los interesados a la actuación procesal, para los fines de su defensa, se produce una evidente vulneración del debido proceso que genera la nulidad de lo que se haya adelantado sobre la base de ese erróneo proceder; empero, con apoyo en las normas del procedimiento civil, aplicables en lo no regulado al procedimiento de tutela, la Corte ha distinguido entre la falta de notificación de la iniciación del trámite y la falta de notificación de la sentencia, así:

*‘En el presente caso, al tenor del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 8º), se presentan dos causales de nulidad: la del numeral 8º, cuando no se practica en legal forma, o eficaz en este caso, la notificación del auto que admite la acción al ‘demandado’ (...) y la del numeral 3º, por haberse **pretermitido íntegramente una instancia**, al no haber tenido la parte oportunidad de impugnar la sentencia, por no haber sido notificado en forma eficaz de ella.*

‘Si bien es cierto que la nulidad contemplada en el numeral 8º, falta de notificación del auto que avocó el conocimiento de la tutela, habría sido saneable, en la forma prevista por el artículo 145 del mencionado Código, la causal 3, haberse pretermitido íntegramente una instancia, es de las nulidades insaneables’⁵.

“En asuntos llegados a la revisión de la Corte Constitucional y en los que se ha advertido la configuración de la nulidad saneable derivada de la falta de notificación de la iniciación del trámite, la Corporación ha optado por devolver el expediente a los despachos judiciales de origen con la finalidad de que se ponga en conocimiento del afectado la causal de nulidad para que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 145 del C. de P. C., si a bien lo tiene, la alegue dentro de los tres (3) días siguientes, indicándole que si no lo hace, quedará saneada la nulidad y el proceso continuará su curso; por el contrario, en los

⁵ Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Auto de septiembre 7 de 1993. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

eventos en los que se presenta la nulidad insaneable originada en la falta de notificación de la sentencia, la Corte ha declarado la nulidad de lo actuado y enviado las diligencias al despacho del conocimiento para que proceda a impartirle a la solicitud de tutela el trámite adecuado.

"Como quiera que la pretermisión de la instancia se explica por la ausencia de oportunidad para impugnar que, a su turno encuentra su causa en la no notificación de la sentencia, cabe preguntarse si a los terceros que tienen un interés legítimo en el resultado del proceso de tutela les asiste la legitimación para impugnar.

"Es sabido que la impugnación es un derecho de raigambre constitucional que asegura el derecho de defensa y tiene fundamento en el principio de la doble instancia y que, según las voces del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, se reconoce al Defensor del Pueblo, al peticionario, a la autoridad pública y al representante del órgano correspondiente. Sin embargo, la Corte ha puntualizado que aún cuando en apariencia el precepto comentado deja sin posibilidad de recurrir al particular demandado en tutela, una interpretación sistemática de la norma con los artículos 86, 13, 29 y 31 de la Carta, conduce a establecer que el particular, en tanto sujeto pasivo de la acción, está legitimado para impugnar como también lo están los terceros, pues, 'el interés en la decisión judicial viene a ser elemento relevante para configurar la legitimidad de quien impugna, ya que sería injusto y contrario a toda lógica que el tercero afectado con aquella, pese a no haber sido parte, tuviera que sufrir las consecuencias negativas de la misma sin poder acudir al superior jerárquico, en ejercicio de la impugnación, para obtener que en el caso se examinen sus circunstancias y su situación jurídica a la luz del derecho que aplica el juez de tutela'⁶.

"En ciertas ocasiones en las que los jueces han negado el derecho a impugnar a terceros con interés legítimo en el resultado del proceso, la Corte ha decretado la nulidad de las providencias que así lo dispusieron y a la vez ha ordenado que se le dé curso a la impugnación, con base en consideraciones que vale la pena transcribir:

'Observa la Sala que, si bien los impugnantes en este caso concreto aparentemente no forman parte de los sujetos llamados a impugnar las decisiones de tutela — artículo 31 del decreto 2591—, al existir en ellos un interés legítimo en el recurso solicitado, toda vez que los efectos del fallo pueden vulnerar derechos igualmente susceptibles de protección, en este caso concreto y, en general, la Sala concluye que los impugnantes si están legitimados para controvertir la decisión.

⁶ Cf. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia No. T-043 de 1996. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

'A esta conclusión llega la Sala después de un análisis sistemático del decreto 2591 de 1991, por cuanto el inciso segundo de su artículo 13, establece que todo aquel que tenga interés legítimo en el resultado del proceso, podrá intervenir como coadyuvante, bien del solicitante o de la autoridad contra la que se dirige la acción correspondiente.

'De esta manera no ve la Sala cómo, sin menoscabo del derecho de defensa y de la propia idea de justicia que figura en el preámbulo de la Constitución, nociones éstas que deben prevalecer aún en el trámite de tutela, pueda negarse válidamente la impugnación solicitada por quien demuestra que el fallo le puede vulnerar derechos, en algunos casos fundamentales'⁷.

"En otra ocasión afirmó la Corte:

'Esta Corte, sin embargo, estima que los impugnantes sí estaban legitimados para atacar el fallo de primera instancia, pues, además de haber sido expresamente demandados, la sentencia afectó sus derechos, porque dejó sin fuerza una orden de desalojo que los favorecía, dictada, respecto de un inmueble, por una autoridad de policía contra el demandante de esta tutela'⁸.

2. El Caso Concreto.

En aplicación del segundo inciso del artículo 230 de la Constitución Política, es procedente subsumir el caso cuya revisión ocupa a la Sala, en la jurisprudencia reseñada.

En efecto, a pesar de la solicitud expresa de los accionantes, en el sentido de que tenga como parte demandada dentro de la presente acción, no a la Alcaldía Menor de Chapinero, sino a la empresa *Interplan S.A.*, quien llevaba a cabo la construcción del edificio 100TH STREET, el juzgado de instancia no vinculó a dicha sociedad formalmente al proceso, no le dio oportunidad de controvertir las pruebas que en su contra se allegaron, no le permitió participar en la inspección judicial que llevó a cabo en el interior del edificio JM III y, por contera, no le notificó la sentencia a través de la cual tuteló los derechos invocados por los petentes, negándole la oportunidad de impugnar la decisión en ella contenida y pretermitiendo así íntegramente la instancia.

¿Pero por qué el *a quo* debía hacer todo lo anterior, es decir, hacer partícipe del proceso y de la decisión a la sociedad comercial *Interolan S.A.*? No solamente

⁷ Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Auto de marzo 8 de 1993. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

⁸ Cf. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Auto de agosto 16 de 1996. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. En idéntico sentido pueden consultarse los autos de julio 24 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; octubre 4 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y febrero 17 de 1997, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

por la solicitud expresa que le hicieron los demandantes, la cual bien hubiera podido no hacerse para llegar, de todos modos, a la misma conclusión, sino porque era *Interplan S.A.* la que finalmente debía llevar a cabo los estudios y trabajos tendentes a evitar los daños en el edificio JM III, que no la Alcaldía Menor inicialmente accionada, quien hubiera cumplido el fallo, como efectivamente lo hizo, simplemente dictando la orden para que lo anterior se realizara y profiriendo el acto administrativo para resolver la querrela que a su consideración se puso.

Aquí se encuentra demostrado el interés legítimo que asiste a la empresa *Interplan S.A.*, a quien el juez con su omisión vulneró el debido proceso, en vista de que le negó la oportunidad, se repite, de participar en dicha decisión que, a no dudarlo, le interesaba y actualmente le interesa, dejando de aplicar, sin razón alguna que lo justifique, el mandato contenido en el artículo 2 de la Constitución.

La omisión del *a quo*, tal y como lo ha dispuesto en reiterada jurisprudencia esta Corporación, constituye sin lugar a duda una irregularidad procedimental insaneable que daría lugar, en principio, a la declaratoria de nulidad absoluta de todas y cada una de las diligencias surtidas, por constituir pretermisión íntegra de la instancia. Sin embargo, también observa la Sala una nulidad de carácter saneable dentro del trámite de la acción de tutela en revisión, la cual consiste en que el *a quo* omitió notificar a la sociedad constructora *Interplan S.A.*, la iniciación de la misma. Entonces, en la parte resolutive de la presente providencia, por razones de economía procesal y en vista de que con ello se llega al mismo resultado, antes de declarar la nulidad absoluta de todas las diligencias surtidas por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C. y, en consecuencia, ordenar que las mismas se rehagan en su integridad, de acuerdo con la motivación precedente, la Sala tomará las medidas necesarias para que la nulidad a que se ha hecho referencia, tenga la oportunidad de sanearse, en la manera dispuesta por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil.

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. PONER EN CONOCIMIENTO de la sociedad constructora *Interplan S.A.*, por intermedio del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., la nulidad saneable derivada de no habersele notificado la iniciación de la presente acción de tutela, ADVIRTIÉNDOLE que si la alega dentro de los tres días siguientes a la notificación de este auto, se declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio y se tramitará nuevamente la tutela, con plena observancia de las garantías propias del debido proceso.

Segundo. Si la nulidad a que se refiere el numeral anterior no fuere alegada dentro del término indicado, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santafé

de Bogotá D.C. **NOTIFICARA** a *Interplan S.A.* la sentencia de primera instancia, para que tenga la oportunidad de impugnarla, si a bien lo tiene.

Tercero. Cumplidas las actuaciones a que hubiere lugar, de conformidad con los numerales anteriores, **ENVIESE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 021
Julio 14 de 1997

NULIDAD SANEABLE POR FALTA DE NOTIFICACION EN TUTELA -
Iniciación del proceso

A pesar de que el Departamento, como parte en el proceso contencioso administrativo, tenía legítimo interés y derecho de intervenir en esta tutela, lo cierto es que no fue notificado de la existencia de la misma. En consecuencia, la Sala advierte que aquí puede configurarse la nulidad saneable.

Ref.: Expediente T-126251.

Demandantes: Juan Carlos Martínez de León y Dismardel Limitada.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Auto aprobado en Bogotá, en sesión del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

En el presente caso, los actores demandaron al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, considerando que esa Corporación, en la sentencia que definió el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de ellos mismos contra el Departamento del Atlántico, violó sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia, todo por una supuesta vía de hecho en la interpretación de unas pruebas de carácter documental.

Pues bien, a pesar de que el citado Departamento, como parte en el proceso contencioso administrativo, tenía legítimo interés y derecho de intervenir en esta tutela, lo cierto es que no fue notificado de la existencia de la misma. En consecuencia, la Sala advierte que aquí puede configurarse la nulidad saneable prevista en el numeral 9o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o., numeral 80, del decreto 2282 de 1989, norma que a la letra dice:

“El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“(...) 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley”.

Por lo tanto, la Corte ordenará al juzgador de primera instancia —el Tribunal Administrativo del Atlántico—, proceder a la notificación personal de esta providencia al Gobernador del señalado Departamento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 145 y 320, numerales 1o. y 2o., del Código de Procedimiento Civil.

Naturalmente, también se advertirá al Departamento del Atlántico que, si dentro de los tres días siguientes al de notificación, no alega la nulidad, “ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso”.

Para el cumplimiento de las gestiones anotadas, se dará al Tribunal un plazo de quince (15) días.

Por último, con base en el artículo 29 de la Constitución, se suspenderán los términos, de modo que reinicien su cómputo en las mismas condiciones que rigen para la fecha de este auto, a partir del momento en que, transcurrido el término para plantear la nulidad, el expediente regrese del Tribunal al despacho del magistrado sustanciador.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera (1a.) de Revisión,

RESUELVE :

Primero. **ORDENASE** al Tribunal Administrativo del Atlántico, proceder a la notificación personal de esta providencia al Gobernador del Departamento del Atlántico, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 145 y 320, numerales 1° y 2°, del Código de Procedimiento Civil.

Segundo. **ORDENASE** al Tribunal advertir al Departamento del Atlántico que, si éste, dentro de los tres días siguientes al de la notificación del presente auto, no alega la nulidad saneable prevista en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 80, del Decreto 2282 de 1989, aquélla quedará saneada y el proceso continuará su curso.

Tercero. **ORDENASE** al Tribunal devolver el expediente a esta Sala de Revisión, una vez hayan transcurrido los tres días a que se refiere el punto anterior.

Cuarto. **SUSPENDENSE** los términos de modo que reinicien su cómputo en las mismas condiciones que rigen para la fecha de este auto, a partir del momento en que, transcurrido el término para que el Departamento del Atlántico plantee la nulidad saneable, el expediente regrese del Tribunal al despacho del magistrado sustanciador.

Quinto. Para el cumplimiento de las gestiones anotadas, **CONCEDESE** al Tribunal un plazo de quince (15) días.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase,

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado sustanciador

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 022
Julio 22 de 1997

**RECUSACION EN INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA
DE HOMICIDIO POR PIEDAD - Determinación contra
quienes se dirige**

**ACUMULACION DE RECUSACIONES EN INCIDENTE
DE NULIDAD DE SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD -
Procedencia**

**IMPEDIMENTO - Alcance respecto a tener interés en la decisión /
INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO
POR PIEDAD - Resolución por el juez o tribunal
que conoce del proceso**

El interés que causa el impedimento (y en su momento la recusación), tiene que ser real, existir verdaderamente. En tratándose del impedimento basado en esta causal, corresponde a la Sala decidir si lo acepta o no, como ocurre en los demás impedimentos. No basta la afirmación que haga un magistrado, a su arbitrio: si fuera suficiente afirmar que existe un impedimento, sin aportar su prueba, quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado la decisión de apartarse del conocimiento de un negocio. Por lo anterior, no es suficiente que quien recusa suponga que existe un interés. No se puede sostener que el actuar como sustanciador en un proceso, cree un impedimento para decidir una solicitud de nulidad en el mismo proceso. Es principio consagrado en todas las legislaciones procesales, y en particular en todas las que han regido en Colombia, que el incidente de nulidad se decide por el juez o tribunal que conoce del proceso. Es contrario al derecho presumir que por vanidad, o por "la inclinación a no reconocer los errores" el juez magistrado no sea imparcial para resolver una petición de nulidad. Si se aceptara tan insólita pretensión, ¿dónde quedaría la presunción universal de la buena fe? No existe motivo alguno para dudar de su imparcialidad en este asunto, como tampoco hay duda sobre la de los demás magistrados.

**INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE
CONSTITUCIONALIDAD - Rechazo de plano por no ser pertinente**

¿Cuál es la consecuencia de declarar que la recusación no es pertinente? Su rechazo de plano, porque no hay a quien dar traslado de la misma, ni es procedente solicitar informe o adelantar trámite alguno. En consecuencia, se rechazarán de plano las recusaciones acumuladas, con la advertencia de que contra este auto no procede recurso ninguno.

Ref.: Recusaciones propuestas por los ciudadanos Alberto Giraldo Jaramillo, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Pedro Rubiano Saenz, Fabio Betancur Tirado Y Luis Gabriel Romero Franco dentro del incidente de nulidad propuesto por el primero contra la sentencia C-239/97. Recusación propuesta por el ciudadano Carlos Eduardo Cortés Cortés dentro del mismo incidente.

Clase de providencia: auto.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Providencia aprobada en sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional, el día veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997), en Santafé de Bogotá.

Procede la Corte Constitucional a resolver sobre el incidente de recusación propuesto por los ciudadanos Alberto Giraldo Jaramillo, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Pedro Rubiano Sáenz, Fabio Betancur Tirado y Luis Gabriel Romero Franco, dentro del incidente de nulidad promovido por el primero de los nombrados. Se resuelve, además, la recusación propuesta, en el mismo incidente, por el ciudadano Carlos Eduardo Cortés Cortés.

I. HECHOS

Primero. El día veinte (20) de mayo del año en curso, la Sala Plena de la Corte Constitucional dictó la sentencia C-239/97, por medio de la cual decidió sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal.

Segundo. El día doce (12) de junio de este mismo año, el Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, *Alberto Giraldo Jaramillo*, actuando en su condición de ciudadano, pidió a la Corte declarar la nulidad de la referida sentencia, previo el trámite de un incidente.

Posteriormente, el día diez y seis (16) del mismo mes, los ciudadanos *Ilva Myriam Hoyos Castañeda* y *Andres Bernardo Arango Martínez* presentaron un escrito para coadyuvar la mencionada solicitud de nulidad.

Tercero. La Sala Plena de la Corte repartió, por sorteo, el asunto de que se trata, habiéndole correspondido al magistrado *Carlos Gaviria Díaz*, quien avocó su conocimiento por auto de junio diez y nueve (19) de 1997.

Cuarto. El día diez (10) de julio del año en curso, el mencionado Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, en unión de los demás ciudadanos mencionado en el hecho primero, y obrando en cumplimiento de una decisión de la Asamblea Plenaria de la citada entidad, presentó un escrito en el cual manifestó lo siguiente :

“... presentamos ante la Honorable Corte Constitucional... recusación contra el Honorable Magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Magistrado Sustanciador del incidente de la referencia, y contra el Honorable Magistrado ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente de la Corte Constitucional, para que conozcan y tomen parte en la decisión del incidente de nulidad que, dentro del proceso de constitucionalidad No. D-1490, interpuso Monseñor ALBERTO GIRALDO JARAMILLO, Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, el 12 de junio del presente año. Así mismo, presentamos a la alta consideración de los Honorables Magistrados restantes, a fin de que sea estudiado con posterioridad a la decisión que se adopte sobre las recusaciones alegadas, una respetuosa solicitud para que analicen su eventual impedimento para conocer y decidir el mismo incidente de nulidad”.

La recusación se basó en la afirmación de que los magistrados recusados tenían interés directo en la decisión del incidente de nulidad. Se dice en el memorial: “La apreciación del interés directo de los Honorables Magistrados recusados en la decisión del incidente de nulidad, viene dada por la natural tendencia del ser humano a reafirmar las opiniones públicas emitidas previamente, y por la inclinación a no reconocer los errores ni a rectificar su parecer, especialmente, cuando éste versa sobre su actuar”. Y más adelante se explica:

“... el Honorable Magistrado que elaboró la Sentencia C-239/97... tiene un interés directo en el incidente, puesto que su actuación como Magistrado Ponente y sus afirmaciones públicas son, entre otras, las cuestionadas”.

Y en cuanto al Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se afirma:

“... el Señor Presidente de la Honorable Corte Constitucional, que en tal virtud dirigió el debate y puso a votación de los Honorables Magistrados la correspondiente proposición interrogativa en la Sala Plena del 20 de mayo... tiene un interés directo en el incidente, puesto que son su actuación como Presidente y sus afirmaciones públicas son también, entre otras, las que están cuestionadas”.

En relación con los demás magistrados, se sostiene:

“La certeza con que presentamos esta recusación, no la tenemos para valorar si las opiniones que, de manera presencial o por fax, emitieron los Honorables Magistrados restantes en la Sesión Extraordinaria del 12 de junio de 1997, sobre el acaecimiento de irregularidades en el proceso D-1490, afecta su imparcialidad en la decisión del incidente de nulidad y constituye, por tanto, un motivo de impedimento. Es por ello que, muy respetuosamente, solicitamos a los Honorables Magistrados restantes analicen, después de haber separado del conocimiento del asunto a los Honorables Magistrados recusados, si tienen un eventual impedimento”.

Quinto. Posteriormente, el día veintiuno (21) de julio del presente año, el ciudadano *Carlos Eduardo Cortés Cortés* presentó ante la Corte un escrito en el que recusó a todos los Magistrados de la Corte Constitucional, “para conocer y decidir el incidente de nulidad en referencia”.

El argumento de esta segunda recusación, es éste: si todos los Magistrados de la Corte han emitido opiniones sobre la sentencia C-239/97 y sobre la forma en que se adoptó la decisión contenida en ella, la recusación no puede proponerse solamente contra dos de ellos, pues la misma causal, de existir, se daría en relación con todos.

Sexto. Por basarse en la misma causal (el tener interés en la decisión), la Sala Plena de la Corte decidió acumular las dos recusaciones mencionadas, por economía procesal.

Séptimo. En la sesión del día veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997), la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió sobre la pertinencia de las recusaciones, acordando rechazarlas de plano, y designó como ponente de la correspondiente providencia al magistrado *Jorge Arango Mejía*.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Corte a dictar la decisión que corresponde a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

A) Contra quiénes se dirige la recusación presentada por el arzobispo Alberto Giraldo Jaramillo y los demás firmantes del memorial presentado en nombre de la conferencia episcopal de Colombia.

A juicio de la Corte, lo primero que debe decidirse es si la recusación propuesta por el ciudadano *Alberto Giraldo Jaramillo* y sus compañeros, está dirigida únicamente contra los Magistrados *Carlos Gaviria Díaz* y *Antonio Barrera*

Carbonell, o contra todos los integrantes de la Corte. Esto, por una sencilla razón: el procedimiento establecido por el artículo 28 del decreto 2067 de 1991 es diferente, según la recusación sea contra uno o más magistrados o contra todos los que integran la Corte. En el primer caso, son los demás magistrados, no recusados, los llamados a decidir; en el segundo, corresponde a la Sala Plena resolver sobre la pertinencia de la recusación.

Para la Corte es evidente que la recusación comprende a todos sus magistrados, por las siguientes razones:

La recusación contra los magistrados Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz se funda en un hecho: el haber afirmado que la sentencia C-239/97 sí corresponde a lo decidido en la sesión del 20 de mayo de 1997.

Sea lo primero decir que ésta es una acusación carente de sentido, que a nada conduce. ¿Por qué? Sencillamente porque es elemental que un juez a quien se le pregunte si la sentencia que ha dictado es correcta, responda afirmativamente. Sería insólito que él mismo afirmara haber fallado contra el derecho.

Pero si el motivo de la recusación es ese, es claro que él concurre en todos los demás magistrados: en dos de ellos (los magistrados *Eduardo Cifuentes Muñoz* y *Vladimiro Naranjo Mesa*) por afirmar que la sentencia es diferente a la decisión adoptada; en los cinco restantes, por haber conceptuado sobre la misma sentencia, en la sesión del 12 de junio, y en un mensaje enviado desde Ginebra (Suiza), por los magistrados *Fabio Morón Díaz* y *Alejandro Martínez Caballero*.

En últimas, la recusación se propone porque se parte de la base de que los magistrados que han intervenido en el proceso, y particularmente en la sesión en la que se adoptó la decisión, y que firmaron la sentencia correspondiente, tienen interés en la resolución del incidente de nulidad. Recuérdense que al magistrado Carlos Gaviria Díaz se le acusa de tener interés directo en el incidente de nulidad, por su actuación como magistrado ponente; y que el magistrado Antonio Barrera Carbonell es recusado por su actuación como Presidente de la Corte en la sesión del 20 de mayo.

¿Por qué se formuló la recusación contra los magistrados Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, y no contra los demás magistrados, en particular contra los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa? Las afirmaciones de los magistrados Barrera y Gaviria solamente se produjeron como una respuesta a los cargos formulados públicamente por el magistrado Cifuentes, repetidos por el magistrado Naranjo en su salvamento de voto, documento público como la misma sentencia. Por consiguiente, para la Corte no resulta claro el que, so pretexto de velar por la imparcialidad, solamente se recuse a quienes han emitido una opinión sobre un hecho y no a quienes han emitido la contraria, sobre el mismo hecho. Sobre quienes intervienen en un proceso, en cualquier proceso, pesa una obligación de lealtad procesal, de obrar con sujeción a la ética.

De otra parte, hay que tener presentes dos circunstancias: la primera, que a los magistrados Barrera Carbonell y Gaviria Díaz se les recusa “habida cuenta de que ha transcurrido un prudente lapso de tiempo, sin que se tenga conocimiento de que se hayan declarado impedidos.” Afirmación que indica a las claras la intención de recusar a los restantes magistrados si transcurrido otro “prudente lapso de tiempo” no se declaran impedidos. La segunda, que si no se propone expresamente la recusación contra todos los magistrados es porque, al parecer, los recusantes no tienen en su poder la grabación magnetofónica de la sesión del 12 de junio, aunque sí manifiestan conocer lo debatido en tal sesión. Obsérvese que en el incidente de recusación piden como prueba tal grabación, a pesar de no haberse aprobado aún el acta correspondiente a la sesión dicha. Esta petición, sin duda, tiene por fin obtener la prueba de la recusación contra todos los magistrados.

En conclusión: la recusación presentada en nombre de la Conferencia Episcopal de Colombia, se refiere a todos los magistrados de la Corte Constitucional.

B) La recusación presentada por el ciudadano Carlos Eduardo Cortés Cortés.

Como se dijo, el ciudadano *Carlos Eduardo Cortés Cortés* recusó a todos los magistrados de la Corte, recusación que, por versar sobre los mismos hechos, se acumuló a la primeramente presentada.

Esta segunda recusación, como la acumulación ordenada por razones de economía procesal, refuerza la conclusión de la Corte de aplicar el procedimiento previsto por el Decreto 2067, artículo 28, para los casos en que se recuse a todos los magistrados.

C) ¿Son pertinentes las recusaciones propuestas?

De conformidad con el artículo 28 del decreto 2067 de 1991, la recusación contra un magistrado o conjuer debe proponerse “ante el resto de los magistrados con base en alguna de las causales señaladas en el presente decreto.” Por el contrario, “cuando fuere planteada respecto de todos los magistrados, el Pleno de la Corte decidirá sobre su pertinencia.”

En consecuencia, decidido por la Corte que las recusaciones presentadas lo fueron contra todos los magistrados, corresponde resolver sobre su pertinencia.

D) La causal invocada.

Como ya se dijo, la causal invocada es una de las establecidas en el artículo 25 del decreto 2067 de 1991: tener interés en la decisión. Hay que examinar, por consiguiente, qué debe entenderse por “tener interés” en la decisión.

Quienes presentaron la primera recusación, sostienen que el haber actuado el magistrado *Carlos Gaviria Díaz* como sustanciador en el proceso que culminó al

dictarse la sentencia C-239/97, y el haber presidido el magistrado *Antonio Barrera Carbonell* la sesión en la que se aprobó la mencionada sentencia, es la razón para demostrar que en ellos existe interés en la decisión del incidente de nulidad.

Sea lo primero, decir que el interés que causa el impedimento (y en su momento la recusación), tiene que ser real, existir verdaderamente. En tratándose del impedimento basado en esta causal, corresponde a la Sala decidir si lo acepta o no, como ocurre en los demás impedimentos. No basta la afirmación que haga un magistrado, a su arbitrio: si fuera suficiente afirmar que existe un impedimento, sin aportar su prueba, quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado la decisión de apartarse del conocimiento de un negocio.

Por lo anterior, no es suficiente que quien recusa suponga que existe un interés. Y menos aún si su suposición se apoya en reflexiones como la contenida en uno de los memoriales, según la cual el interés directo de los magistrados recusados, se deduce y se demuestra por “la natural tendencia del ser humano a reafirmar las opiniones públicas emitidas previamente, y por la inclinación a no reconocer los errores ni a rectificar su parecer, especialmente, cuando éste versa sobre su actuar”.

De otra parte, no se puede sostener que el actuar como sustanciador en un proceso, cree un impedimento para decidir una solicitud de nulidad en el mismo proceso. Es principio consagrado en todas las legislaciones procesales, y en particular en todas las que han regido en Colombia, que el incidente de nulidad se decide por el juez o tribunal que conoce del proceso. Es contrario al derecho presumir que por vanidad, o por “la inclinación a no reconocer los errores” el juez magistrado no sea imparcial para resolver una petición de nulidad. Si se aceptara tan insólita pretensión, ¿dónde quedaría la presunción universal de la buena fe?

Conviene señalar que en la sesión del día quince (15) de julio, cuando se discutía sobre el incidente de recusación, los magistrados *Eduardo Cifuentes Muñoz*, *Vladimiro Naranjo Mesa* y *Hernando Herrera Vergara*, sucesivamente, pidieron a la Sala aceptar su impedimento para decidir el incidente de nulidad, aduciendo, en esencia, los mismos argumentos contenidos en la recusación. Los dos primeros señalaron como sustento de su petición, las afirmaciones contenidas en la “aclaración especial de voto” y en el salvamento; y ellos mismos y el tercero, lo expresado en la sesión del 12 de junio. La Sala no aceptó el impedimento a ninguno de los tres, por considerarlo infundado.

Finalmente, cabe señalar que la Corte examinó las declaraciones del Magistrado *Carlos Gaviria Díaz*, lo mismo que sus demás actuaciones en el proceso, así como las del Magistrado *Antonio Barrera Carbonell*, y no encontró que en ellas pueda fundarse recusación ninguna. Uno y otro actuaron en cumplimiento de

sus deberes, y de conformidad con las normas procesales. No existe motivo alguno para dudar de su imparcialidad en este asunto, como tampoco hay duda sobre la de los demás magistrados.

E) Rechazo de plano del incidente.

Según el artículo 29 del decreto 2067 de 1991, si la recusación fuere pertinente, se le dará trámite, que se inicia con el informe que debe presentar el magistrado o con juez recusado, al día siguiente.

Pero, ¿cuál es la consecuencia de declarar que la recusación no es pertinente? Su rechazo de plano, porque no hay a quien dar traslado de la misma, ni es procedente solicitar informe o adelantar trámite alguno. Es lo que acontece en el presente caso.

En consecuencia, se rechazarán de plano las recusaciones acumuladas, con la advertencia de que contra este auto no procede recurso ninguno.

F) Publicación de esta providencia.

Esta providencia se publicará en la Gaceta de la Corte Constitucional, lo mismo que la providencia que decida sobre el incidente de nulidad propuesto. Tal publicación se hará junto con la sentencia C-239/97.

G) Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. **RECHAZAR** de plano, por no ser pertinentes, las recusaciones propuestas por el ciudadano *Alberto Giraldo Jaramillo* y por los demás representantes de la Conferencia Episcopal de Colombia, recusaciones coadyuvadas por los ciudadanos *Ilva Myriam Hoyos Castañeda* y *Andrés Bernardo Arango Martínez*.

Segundo. **RECHAZAR**, igualmente de plano, las recusaciones formuladas por el ciudadano *Carlos Eduardo Cortés Cortés*.

Tercero. Contra este auto no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, como se indica en la parte motiva.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

—Con salvamento de voto—

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—Con salvamento de voto—

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

—Con salvamento de voto—

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

—Con salvamento de voto—

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO AL AUTO No. 022
Julio 22 de 1997

NULIDAD DE SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD -
Inexistencia de impedimento por haber tomado parte en decisión (Aclaración de voto)

Los magistrados podemos resolver sobre la nulidad de los procesos y las sentencias en cuyo trámite hemos tomado parte y que ello no constituye causal de impedimento ni de recusación. Según la Corte lo ha entendido, ya que la nulidad de una sentencia -en el evento de prosperar- debe ser decretada por el propio juez que la profirió -en este caso la Corte Constitucional-, no hay impedimento alguno que pueda configurarse en cabeza de un magistrado por la sola circunstancia de haber participado con su voto en la decisión atacada, ni tampoco por haber sido el magistrado ponente. El hecho de ser magistrado, o de haber sido ponente de un fallo, no implica interés particular en sostener la validez del mismo.

Ref.: Auto sobre recusaciones.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Comparto la decisión adoptada por la Corte, por cuanto me parece que consulta las reglas contempladas en el Decreto 2067 de 1991.

El hecho de haber salvado mi voto respecto de la Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, que resolvió sobre demanda instaurada contra el artículo 326 del Código Penal, no me impide contemplar con la suficiente objetividad el problema posterior al mismo fallo, el cual se ha generado en los hechos a los que se refieren los escritos de recusación presentados.

Mi propia óptica sobre el fondo mismo de la sentencia, respecto de la cual reitero mis discrepancias fundamentales, no puede sesgar la apreciación jurídica que me anima ahora a respaldar la decisión mayoritaria, si bien no lo hago acogiendo la totalidad de las razones que en el texto del auto se exponen.

Antecedentes muy claros en la trayectoria de la Corte, como el de la acción de tutela contra sentencias (Fallo C-543 de octubre 1 de 1992, cuya nulidad fue rechazada unánimemente según auto del 26 de agosto de 1993, con ponencia del suscrito), muestran que los magistrados podemos resolver sobre la nulidad de los procesos y las sentencias en cuyo trámite hemos tomado parte y que ello no constituye causal de impedimento ni de recusación.

Según la Corte lo ha entendido, ya que la nulidad de una sentencia —en el evento de prosperar— debe ser decretada por el propio juez que la profirió —en este caso la Corte Constitucional—, no hay impedimento alguno que pueda configurarse en cabeza de un magistrado por la sola circunstancia de haber participado con su voto en la decisión atacada, ni tampoco por haber sido el magistrado ponente.

En efecto, dispone el inciso 2° del artículo 28 del Decreto 2067 de 1991:

“Artículo 28.

“(…)

“Cuando la recusación fuere planteada respecto de todos los magistrados, el Pleno de la Corte decidirá sobre su pertinencia”.

No es cierto que esta norma, aplicable al caso en estudio por cuanto la segunda de las recusaciones presentadas se dirigió contra todos los magistrados, haya sido derogada o modificada por el inciso 4 del artículo 54 de la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de la Administración de Justicia—, cuyo texto me parece necesario transcribir:

“Artículo 54. Quorum deliberatorio y decisorio.

“(…)

“Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo, disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso, para completar ésta se acudirá a la designación de conjuces”.

Obsérvese que esta disposición supone que la recusación o el impedimento han prosperado, es decir, han sido acogidos por la autoridad judicial competente para hacerlo —en este caso el Pleno de la Corte Constitucional—, y que la disminución del número de magistrados que allí se contempla se produce justamente por haberse apartado ya, uno o varios, de la decisión correspondiente, lo cual implica que procede la elección de conjuces para la adopción de aquélla.

Tal disposición no es aplicable a la hipótesis prevista en el artículo transcrito del Decreto 2067 de 1991 (recusación de todos los magistrados). Ni es una norma contraria a la anterior. Ni se trata, como algunos de mis colegas lo sostuvieron en Sala, de que esta disposición impida a los magistrados titulares de la Corte resolver sobre recusaciones contra todos ellos, según lo dispone el citado artículo 28 del Decreto 2067 de 1991, ni de que los magistrados recusados se deban apartar de la decisión antes de haberse resuelto acerca de si la recusación tiene fundamento, para entregar a conjuces la resolución sobre el asunto.

De haberse abierto esta posibilidad, todas las sentencias de la Corte habrían quedado expuestas a que quienes no las comparten o se ven afectados por ellas obtuvieran, pese a su carácter definitivo e inapelable, una vía para su nuevo examen por una corporación de conjuces, por el sólo mecanismo de pedir su nulidad y recusar a todos los integrantes titulares.

Además, la norma del Decreto 2067 de 1991 es especial y no está enfrentada a la de la Ley Estatutaria, por lo cual no ha sido derogada tácitamente. Menos todavía en forma expresa.

No podemos olvidar lo que la propia Corte dijo en el Fallo C-37 del 5 de febrero de 1996 (M. P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) sobre la especialidad del Decreto 2067 de 1991, precisamente frente a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia:

“... La Corte advierte expresamente que la fórmula «en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución», contenida en el artículo 20 del Decreto 2067 de 1991, que determina el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional (Artículo Transitorio 23 de la Constitución), no puede ser modificada por lo dispuesto en el artículo 55 del proyecto de ley que se examina, por ser una norma procesal especial para la Corte Constitucional”.

En esta ocasión, si bien juzgo que la Conferencia Episcopal gozaba de personería para proponer la nulidad y también para recusar, como lo hizo, a dos de los magistrados, no le asistía la razón, como tampoco al otro recusante, en sostener que había interés de miembros de la Corte en la providencia que sobre la nulidad solicitada ella haya de proferir. El hecho de ser magistrado, o de haber sido ponente de un fallo, no implica interés particular en sostener la validez del mismo.

En esto fundo mi voto afirmativo respecto del presente auto, sin necesidad de acoger las otras consideraciones en él plasmadas.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO AL AUTO No. 022

Julio 22 de 1997

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO POR PIEDAD - Recusados no pueden decidir sobre su recusación (Salvamento de voto)

Viola todo canon de justicia y de imparcialidad el hecho de que las mismas personas recusadas decidan sobre su propia recusación. En estas condiciones realmente se desvirtúa el sentido y la utilidad de la figura. Si la recusación y su trámite se endereza a imprimirle a la administración de justicia la transparencia necesaria para que sus decisiones merezcan acatamiento y ella sea en verdad el más formidable instrumento de la paz social, carece de toda sindéresis atribuir a los mismos recusados - sea algún magistrado o todos -, la decisión final sobre la suerte de su propia recusación. En este orden de ideas, se dejó de observar el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que por su doble carácter de estatutaria y de norma posterior, debió aplicarse en lugar del inciso final del artículo 28 del D.L. 2067 de 1992. Si en gracia de discusión se aceptare que la recusación se refería a todos los magistrados —lo que no puede sostenerse en relación con el escrito de los dignatarios de la Iglesia—, todos han debido separarse de la decisión atinente a la recusación y, en su lugar, ser remplazados por conjuces. La nueva norma estatutaria, a este respecto, elimina la situación absurda derivada de la disposición derogada: si la recusación cubre a uno o a varios, los restantes magistrados deciden sobre la misma, pues los primeros “no pueden ser a la vez juez y parte”; pero si la recusación abarca a todos los magistrados, éstos deciden, como quiera que en este caso deja de importar el conflicto de interés.

Ref.: Recusaciones propuestas por los ciudadanos Alberto Giraldo Jaramillo, Juan Francisco Sarasti Jaramillo, Pedro Rubiano Saenz, Fabio Betancur Tirado Y Luis Gabriel Romero Franco dentro del incidente de nulidad propuesto por el primero contra la sentencia C-239/97. Recusación propuesta por el ciudadano Carlos Eduardo Cortés Cortés dentro del mismo incidente.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

Con todo respeto discrepamos de la decisión de la mayoría. Las razones de nuestro disenso se sintetizan a continuación. A nuestro juicio se ha violado el debido proceso constitucional, exceso que una Corte Constitucional no puede cometer.

1. En relación con el proceso de constitucionalidad que culminó con la expedición de la sentencia C-239 de 1997, se elevó por parte de un ciudadano una petición de nulidad. Posteriormente, el mismo ciudadano y otros dignatarios de la Iglesia Católica, a propósito del mencionado incidente, recusaron a los honorables magistrados Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Es claro que se trata de dos peticiones que deben resolverse de manera separada y en momentos distintos: la definición acerca de la recusación o eventuales impedimentos es previa a la decisión sobre la nulidad. De ahí que hasta el presente los argumentos se hayan referido exclusivamente al asunto de las recusaciones.

2. No obstante que en caso de recusación, ésta se propone “ante el resto de los magistrados” (D.L. 2067 de 1992), y que el memorial presentado sólo concretaba la solicitud de recusación en cabeza de los magistrados Barrera y Gaviria, con argumentos que no compartimos se pretendió interpretar el escrito en el sentido de que la petición de recusación abarcaba a todos los magistrados y que, por tanto, la decisión sobre su pertinencia, en los términos del artículo 28 del citado estatuto, correspondía al Pleno de la Corte, vale decir, en esta decisión sobre su propia recusación debían intervenir incluso los magistrados individualmente recusados.

En la sesión de la Sala Plena del día 16 de julio de los corrientes, en la que se examinó el memorial de la recusación, se dirimió mediante votación la disputa existente sobre la correcta interpretación del escrito de la recusación. Naturalmente, los magistrados Barrera y Gaviria, sobre cuya recusación no había la menor duda, no tomaron parte en la decisión y temporalmente se retiraron de la Sala Plena. Por una votación de cuatro magistrados —Cifuentes, Hernández, Herrera y Naranjo—, contra tres —Arango, Martínez y Morón—, se impuso la tesis de que los únicos magistrados en relación con los cuales se había planteado la recusación y que debían, por lo tanto, someterse a dicho trámite eran los doctores Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

No obstante que el magistrado Jorge Arango Mejía, quien presidió dicha sesión, estimó inválida la decisión con el argumento de no haber contado con la mayoría de cinco miembros, creemos que esta consideración carece de sustento jurídico, puesto que los asuntos relacionados con la recusación de un magistrado se deciden por los restantes magistrados como lo ordena la Ley. Justamente por dicho motivo no participaron en la decisión los dos magistrados recusados que no podían al mismo tiempo obrar como jueces y partes interesadas. En efecto, con el pretexto de decidir la interpretación que habría de dársele al escrito en el que

claramente los dos magistrados eran objeto de una inequívoca recusación, éstos en el fondo habrían intervenido en la definición de su propio caso y de la pertinencia de la solicitud. Por ello existían motivos potísimos para que los dos magistrados se marginaran, como en efecto lo hicieron, con respecto a esta decisión de naturaleza interpretativa que indudablemente tenía repercusiones sobre la ulterior definición relativa a la pertinencia de la solicitud de recusación.

3. Con no poca sorpresa presenciamos, contra nuestra voluntad y convicciones jurídicas y éticas, los hechos ocurridos en la sesión del día 22 de julio, en la que con la intervención de los magistrados Barrera y Gaviria, volvió a someterse a votación el alcance del escrito de recusación y su pertinencia, al que previamente se acumuló otro en el que refiriéndose al primero se planteaba una recusación general, lo cual en el sentir del Presidente y de otros presentes tenía la virtud de superar todas las dudas sobre el alcance universal de las recusaciones. Como quiera que a nuestro juicio el punto sobre el alcance de las recusaciones ya se había definido en la sesión anterior, sin la participación de los magistrados Barrera y Gaviria —como era lo propio y lo que conviene a la rectitud e imparcialidad en la administración de justicia—, nos opusimos al procedimiento que pretendía seguirse. A este respecto, es ilustrativa la constancia en la que fijamos nuestra posición y que solicitamos se incorporara en el acta de la sesión:

“CONSTANCIA

“Los suscritos magistrados dejamos constancia de que nos abstenemos de participar en la votación que se pretende realizar en la Sala Plena de la fecha, sobre si la recusación presentada por Monseñor Alberto Giraldo Jaramillo, Presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, en asocio de otros prelados, va dirigida exclusivamente a los honorables magistrados Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, o si, como han interpretado algunos, se entiende contra la totalidad de los miembros de esta Corporación, por cuanto dicha votación ya se verificó en la sesión del día miércoles 16 de los corrientes, habiendo sido decidido, por una votación mayoritaria de cuatro (4) contra tres (3), que la recusación va dirigida exclusivamente contra los magistrados Barrera y Gaviria. Por lo demás, habiendo sido, a nuestro turno, recusados por el ciudadano Carlos Eduardo Cortés Cortés, mediante memorial presentado en el día de ayer, consideramos nuestro deber legal abstenernos de pronunciarnos sobre nuestra propia recusación.

“(Fdo.) Eduardo Cifuentes Muñoz

“(Fdo.) Hernando Herrera Vergara

“(Fdo.) Vladimiro Naranjo Mesa”.

4. La decisión de la Corte, en nuestro concepto, se caracterizó por el notorio afán de declarar la impertinencia de las recusaciones. De ahí que se simplifique el significado de los hechos que las sustentan. Si el objeto del incidente de nulidad propuesto gira, como es evidente, en torno a la conformidad o inconvencimiento del texto de la sentencia, con lo que decidió efectivamente la Corte en la sesión de la Sala Plena del día 20 de mayo de 1997, es claro que los pronunciamientos públicos efectuados por fuera de dicho trámite en el sentido de que su conformidad es total inciden de manera manifiesta sobre la suerte de la recusación o impedimento y su eventual aceptación. La mayoría extrañamente olvida que sobre esos dos extremos se edifica la nulidad que próximamente tiene que fallar. Para restarle toda plausibilidad al escrito de recusación, con ligereza se advierte que allí se recusa al Presidente de la Corte porque presidió la sesión y al magistrado doctor Gaviria porque fue ponente de la sentencia, dejando de lado toda mención sobre el objeto de la nulidad y las manifestaciones públicas hechas por los dos magistrados que anticipan su criterio sobre la conformidad de la sentencia C-239 de 1997.

Dado que la mayoría interpretó el memorial presentado por los obispos de la Iglesia de una manera errada, rayana en la trivialidad, con miras a declarar su impertinencia, creemos necesario transcribir la petición de nulidad y la solicitud de recusación, textos íntimamente vinculados entre sí: la primera delimita el objeto de la litis; la segunda, pone de presente pronunciamientos públicos de algunos magistrados que pueden incidir en la decisión de la controversia planteada.

A.

*" Honorables Magistrados
Antonio Barrera Carbonell
Presidente
Jorge Arango Mejia
Carlos Gaviria Díaz
Eduardo Cifuentes Muñoz
Fabio Moron Diaz
Jose Gregorio Hernandez Galindo
Hernando Herrera Vergara
Alejandro Martinez Caballero
Vladimiro Naranjo Mesa
Corte Constitucional
E. S. D.*

"Ref: Incidente de nulidad dentro del proceso adelantado por la acción de inexecutable presentada contra el artículo 326 del Código Penal, que tipifica el delito de homicidio por piedad.

"Honorables Magistrados:

*"El suscrito **Alberto Giraldo Jaramillo** ciudadano colombiano, identificado con la cédula No. 1.328.452 de Palestina (Caldas), Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, muy respetuosamente, presento ante la Honorable Corte Constitucional, el siguiente memorial solicitando se dé trámite al correspondiente incidente de nulidad, dentro del proceso adelantado por la acción de inexequibilidad presentada contra el artículo 326 del Código Penal, que tipifica el delito de homicidio por piedad. Actúo en ejercicio del derecho fundamental que me asiste de **"interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley"** (Constitución Política de Colombia, artículo 40, numeral 6°).*

"I. HECHOS

"1°. El martes 20 de mayo —según informaciones divulgadas por diversos medios de comunicación que tomaban como fuente las declaraciones dadas por el Señor Presidente de la Corte Constitucional al término de la correspondiente sala plena—, la Corte adoptó una decisión sobre la demanda de inexequibilidad presentada contra el artículo 326 del Código Penal.

*"2° En una entrevista publicada por el diario **El Tiempo** en su edición del jueves 22 de mayo, el Señor Presidente de la Corte Constitucional, Doctor Antonio Barrera Carbonell —quien actúa como su vocero para informar sobre las decisiones adoptadas por la Sala Plena— manifestó cuanto sigue:*

*"a. Que **"la Corte respaldó el artículo 326 ... pero hace una advertencia: cuando en el hecho concorra el consentimiento del paciente terminal, no podrá derivarse responsabilidad por el autor porque su conducta está justificada"**.*

*"b. Que el fallo se aplica **"únicamente cuando se trate de enfermos terminales, es decir, cuando ya no existan posibilidades de curación de la enfermedad y medie el consentimiento"**.*

*"c. Que **"en el fondo —es una manera de legalizar la eutanasia para los enfermos terminales—, pero sólo prácticamente cuando no hay vida"**. No es una licencia para matar, **"lo que pasa es que cuando una persona ya prácticamente no tiene vida, entonces para qué prolongar de manera artificial una vida que no es vida"**.*

*"d. Que el alcance del fallo **"es el reconocer el principio de la dignidad humana, pues así como hay un derecho a vivir dignamente, también lo hay a morir dignamente"**.*

"(N. B.: lo escrito en cursiva corresponde a las palabras literales transcritas por el mencionado diario).

*"3° El Señor Magistrado Ponente del presente fallo, Doctor Carlos Gaviria Díaz, en un artículo de su autoría titulado **El Fallo**, que publicado por el diario **El Tiempo** en su edición del Domingo 25 de mayo en la página 8", presentó, entre otras, las siguientes consideraciones:*

"a. Que "... la obligación de un Estado pluralista ... no consiste —en asuntos estrictamente morales como poner término a los padecimientos insoportables de un enfermo incurable—".

"b. Que "la decisión de la Corte no implica ... que el estado se desentiende, en ese caso, de proteger el derecho a la vida (como es su deber irrenunciable) sino que entiende en su verdadero alcance lo que es un derecho: una opción legítima, no una obligación inescapable. Y si se arguye que hay que protegerla como un bien inapreciable, es necesario advertir que un bien deja de ser tal, cuando el sujeto moral no lo considera ya deseable ni compatible con su dignidad".

"c. Que "no parece, pues, éticamente correcto condenar a alguien a que soporte abrumadores sufrimientos en nombre de un credo que no comparte".

*"4°. El **Tiempo** es su edición del 4 de junio, al informar acerca de los motivos que llevaron al Señor Vicepresidente de la Corte Constitucional, Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, a presentar renuncia a tal dignidad, presentó la siguiente información:*

"a. Que la parte correspondiente de la sesión del 20 de mayo sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, se inició con una intervención del Magistrado Ponente quien recordó el criterio que había expuesto en la sesión del 15 de mayo, contenido en el proyecto de fallo: "sin ir a la cárcel, un médico podía colaborar en la muerte de un paciente con intensos sufrimientos".

*"b. Que el Magistrado Eduardo Cifuentes en su exposición "indicó que la ponencia debería ser modificada para consignar tres puntos: el fallo sólo podría aplicarse en casos de enfermos terminales y cuando los pacientes estuviesen plenamente informados sobre su condición de salud y posibilidades mínimas de vida". Agregó, además, que "la Corte en su fallo sólo podría llegar a sostener que si bien el Estado tiene el deber de proteger la vida, no puede llegar al punto de enviar a la cárcel al médico que acude a la medicina paliativa para aliviar el dolor de un enfermo terminal. Lo que ocurre, explicó, es que es posible que el suministro de medicamentos paliativos a los pacientes terminales, por su debilidad, pueda terminar por minar sus defensas y abreviar su existencia. Eso es diferente a autorizar la muerte, aclaró". Esta información no fue rectificadas, sino reafirmada por **El Tiempo** en su edición del 5 de junio.*

"c. Que "ninguno de los magistrados controversió a Cifuentes".

"d. Que "después intervinieron, en su orden, los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Antonio Barrera. Barrera indicó que las posiciones de Gaviria y Cifuentes eran conciliables".

"e. Que "el jueves pasado - 29 de mayo - sin embargo, los seis magistrados que apoyaron el fallo (Barrera, Arango, Martínez, Cifuentes, Gaviria y Morón) realizaron una reunión informal a fin de certificar los términos de la sentencia. En el despacho de Barrera, en la oficina de Presidencia, los seis juristas analizaron el texto final, allí Cifuentes advirtió que el fallo no recogía la integridad de su pensamiento".

"5º. El diario El Tiempo en su edición del jueves 5 de junio, en la página 13A, informó que "basados en una certificación de la Secretaría General de la Corte que advierte que el texto del fallo no recoge fielmente lo aprobado en el debate, cuatro magistrados pidieron citar a una sesión extraordinaria".

"En ese mismo artículo, el Redactor de El Tiempo informó que "en esencia, el punto de debate radica en el modo como quedó redactada la parte final (resolutiva) de la providencia, aprobada el pasado 20 de mayo por seis votos a tres y que aún no ha sido notificada. Hay dos versiones. Una la consignada en el texto: un paciente terminal con intensos sufrimientos puede dar su autorización para que un médico, en la práctica ponga fin a su vida. La otra, es la de Cifuentes: un paciente terminal podrá dar su consentimiento para acudir a la medicina paliativa a fin de poner a sus intensos sufrimientos. No obstante en su concepto, es posible que el suministro de medicamentos paliativos a un enfermo terminal pueda, de modo indirecto, abreviar su existencia por minar sus defensas. Eso es diferente a dar un consentimiento para la muerte, estima".

"6º De igual manera, El Espectador en su edición del 6 de junio de 1997, página 6A, informó que el Magistrado Eduardo "Cifuentes sostuvo que durante el desarrollo de la Sala Plena él presentó una sustitutiva frente a la ponencia de Carlos Gaviria, la cual no fue cuestionada por sus compañeros, que después procedieron a votar un texto que para él no es él adecuado".

"De los hechos informados por los medios de comunicación, es posible llegar por lo menos a las siguientes conclusiones:

"1ª. Es evidente que existen profundas discrepancias acerca de lo realmente aprobado por la Honorable Corte Constitucional en su sala plena del 20 de mayo del presente año, cuando abocó el estudio sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal.

"2ª Es evidente que los magistrados que se han referido a lo decidido en la sesión del 20 de mayo, han presentado informaciones contradictorias entre sí: el señor Presidente de la Corte Constitucional se ha referido a la despenalización de la distanasia: el Señor Ponente a la despenalización de la eutanasia y el Señor Vicepresidente de la Corte a la despenalización de la ortotanasia.

"3ª Es evidente que las notorias diferencias acerca del sentido general de la Sentencia corresponden a una real irregularidad de trámite, certificada por la Secretaría General de la Corte Constitucional, a quien le corresponde dar fe del contenido de las decisiones que adopta el alto tribunal.

"4ª Es evidente que si se llegó a esta confusa situación en servidores públicos que obran de buena fe, se debe a que no existió claridad sobre lo que estaba siendo sometido a votación de los Señores Magistrados, en la Sala Plena del 20 de mayo.

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Es necesario abocar dos aspectos relativos a los fundamentos de derecho, el primero se refiere a la competencia de la Honorable Corte Constitucional para conocer de los incidentes de nulidad propuestos contra actuaciones de la misma, el segundo se refiere al debido proceso en los juicios de constitucionalidad.

"A. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN INCIDENTES DE NULIDAD

"Según dispone el artículo 243 de la Constitución Política, "los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional"; por ello, dispone el Decreto 2067 de 1991 que "contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno" (artículo 49, inciso primero).

"Para garantizar el debido proceso, sin embargo, el mismo Decreto establece que "la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo".

"Ahora bien, es dable preguntarse si el fallo sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal ya ha sido proferido. Al respecto no existe en el ordenamiento jurídico una norma que expresamente determine cuando se encuentra proferido el fallo y, por ello, caben por lo menos, las siguientes posibilidades:

"1ª El fallo se entiende proferido cuando la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada; por ello, lo que hace tránsito a cosa juzgada es la sentencia notificada, y no lo meramente votado. Tal interpretación se funda en el hecho de que proferir un fallo es una acto complejo, integrado por varios momentos que abarcan el debate, la votación, la redacción y suscripción de la sentencia, con sus

correspondientes aclaraciones y salvamentos de voto, lo mismo que su notificación. Este es el sentido del artículo 16 del Decreto 2067 de 1991, que a la letra dice:

«La parte resolutive de la Sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes debidamente suscritos por los magistrados y el secretario de la Corte.

»La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes debidamente suscritos por los magistrados y el secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión...».

“Una interpretación distinta atentaría contra la unidad de la Sentencia, puesto que no es posible entender una sentencia de constitucionalidad integrada por la mera parte resolutive, a pesar del valor prevalente de ésta.

“2º El fallo se entiende proferido cuando la Sala Plena adopta una decisión, las actuaciones procesales posteriores serían meros actos de cumplimiento.

“Si se adopta la primera interpretación, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, la nulidad de un proceso de constitucionalidad podría ser alegada hasta tanto no quede notificada la sentencia, evento con el cual concluye el acto de proferir un fallo. Para el caso concreto, si existió una violación al debido proceso en la votación de la sesión del 20 de mayo, ella es alegable porque no ha sido proferido el fallo en su integridad.

“Si se adopta la segunda interpretación, la nulidad del proceso no sería alegable, pero ello no descarta la posibilidad de alegar la nulidad de la sentencia y declararla como tal. En efecto, la Corte Constitucional expresamente se ha referido a este supuesto: «Pero se pregunta: ante el texto expreso del artículo 40 del Decreto 2067 de 1991... ¿es admisible alegar la nulidad de la sentencia después de dictada ésta basándose en hecho o motivos ocurridos en la misma sentencia? La respuesta no requiere complicadas lucubraciones. El mismo inciso del artículo 49 citado continúa diciendo: «Sólo las irregularidades que impliquen violación al debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte anule el proceso» (Sala Plena, Auto 008 del 26 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía).

“De lo anterior, la Corte Constitucional llegó, entre otras, a la siguiente conclusión:

«b) Como la violación del procedimiento, es decir, del debido proceso, sólo se presentó en la sentencia, al dictar ésta, la nulidad comprende solamente la misma sentencia. Y, por lo mismo, únicamente podía ser

alegada con posterioridad a ésta... Nadie podría sostener lógicamente que la nulidad de la sentencia por hechos ocurridos en ésta, pudiera alegarse antes de dictarla».

“La misma conclusión puede ser defendida respecto del caso concreto. En efecto, si la violación del procedimiento, es decir, del debido proceso, sólo se presentó en el acto de decidir, en la votación, la nulidad comprende solamente el mismo acto decisorio. Y por lo mismo, únicamente podía ser alegada con posterioridad a éste. Nadie podría sostener lógicamente que la nulidad del acto de decisión por hechos ocurridos en éste, pudiera alegarse antes de realizarlo.

“B. DEBIDO PROCESO EN LOS JUICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD

“El artículo 241 de la Carta Política le encomienda a la Corte Constitucional la valiosa función de velar por «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución». La integridad de la Constitución le imprime un carácter específico al control de constitucionalidad: debe ser integral.

“La guarda de la integridad de la Constitución tiene, según lo desarrollado en el artículo 241, múltiples facetas. Guarda es custodiar, tener cuidado, preservar del daño, prevenir, tutelar, amparar, guiar. Es una labor de prudencia jurídica, un juicio en el que se determina el ius, el derecho. El resultado de esta actividad es jurisprudencia y sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (artículo 243).

“Guardar es también observar, cumplir y acatar. Es por ello que la autoridad a la que se le confía esta valiosa misión debe ser la más observante y acatante de todas las autoridades. Esto lo expresó el Constituyente: si bien los servidores públicos ejercen sus funciones en las formas previstas por la Constitución (artículo 123), la Corte Constitucional lo debe hacer “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241.

“Este principio es predicable, expresamente, de la garantía constitucional del debido proceso. Aunque “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, la Corte Constitucional, por ser la guardiana de la Constitución, está obligada a ser la autoridad que más lo observe y acate.

“Según dispone el artículo 14 del Decreto 2067 de 1991, “las decisiones sobre la parte resolutoria de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional...”. Sin embargo, para el caso presente, cabe preguntarse ¿cómo podría adoptarse una determinada decisión si no existe claridad sobre lo que está siendo sometido a votación? ¿No constituiría una gravísima violación al debido proceso, la disconformidad entre lo consignado en una sentencia y lo aprobado en la sesión de fallo? ¿No existiría un desconocimiento del debido proceso, y por tanto una violación de la integridad de la Constitución, cuando los magistrados que han votado afirmativamente un proyecto de fallo, no tienen claridad sobre lo decidido y, por tanto, lo que respaldaron?

"III. PETICIONES

"En mérito de lo expuesto, comedidamente le solicito a la Honorable Corte Constitucional se digne:

"Primero: si se acoge la interpretación de que el fallo se entiende proferido cuando la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada, declarar la nulidad procesal de lo actuado desde la sesión de fallo del 20 de mayo de 1997, en lo relativo a la demanda de exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, incluida la votación.

"Segundo: si se admite que el fallo se entiende proferido cuando la Sala Plena adopta una decisión, declarar la nulidad de la sentencia proferida en el proceso de exequibilidad sobre el artículo 326 del Código Penal.

"Tercero: adoptar, en consecuencia, las decisiones que procedan sobre la integración de la Sala Plena que deberá proferir un fallo carente de vicio alguno, en el proceso de exequibilidad sobre el artículo 326 del Código Penal.

"De los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional se suscribe,

"Atentamente,

"(Fdo.) +Alberto Giraldo Jaramillo

"Arzobispo de Medellín

"Presidente de la Conferencia Episcopal

"C.C. No. 1.328.452 de Palestina (Caldas)"

"Honorables Magistrados

Antonio Barrera Carbonell

Presidente

Carlos Gaviria Díaz

Magistrado Sustanciador

Jorge Arango Mejía

Eduardo Cifuentes Muñoz

Jose Gregorio Hernandez Galindo

Hernando Herrera Vergara

Alejandro Martínez Caballero

Fabio Moron Díaz

Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional

E. S. D.

"Ref : Incidente de nulidad dentro del proceso D-1490.

"Honorable Magistrados:

"Los suscritos Iva Myriam Hoyos Castañeda y Andrés Bernardo Arango Martínez —quienes hemos solicitado, en memorial presentado el pasado dieciséis de junio, se nos reconozca la calidad de coadyuvantes en el incidente de la referencia— muy respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional, el siguiente escrito relativo a la fundamentación de la nulidad alegada dentro del proceso D-1490 y a los elementos probatorios pertinentes.

"I. VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD N° D-1490

"Como tuvimos ocasión de expresarlo detenidamente en escrito precedente, la única causal de nulidad tipificada legalmente para los procesos ante la Corte Constitucional, consiste en "las irregularidades que impliquen violación del debido proceso" (artículo 49, inciso segundo, Decreto 2067 de 1991). La norma procesal que rige las actuaciones ante la Corte, no establece todos los supuestos fácticos de irregularidad, pero —como se dijo en una sentencia de exequibilidad, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, frente a una causal parecida, aunque más estricta— este tipo de causal de nulidad "se dirige contra el rígido formalismo imperante dentro del sistema —procesal penal— anteriormente vigente, y es obvio que no se refiera a irregularidades intrascendentales que no comprometen la estructura y las bases fundamentales del proceso. En efecto, es función del juez determinar en cada caso qué actos afectan la estructura fundamental del debido proceso, porque, como lo ha señalado la doctrina, resultaba verdaderamente imposible y además antitécnico, desde el punto de vista legislativo, que el Código hubiese enunciado exhaustivamente cada uno de los vicios trascendentales en la relación jurídica procesal. El juez para ello deberá aplicar los principios generales de las nulidades, con lo que se elude caer en advertidos y superados formalismos. De modo, pues, que si se interpreta razonablemente, el juez puede aplicar con precisión y certeza necesarias la causal, para preservar garantías de fundada consagración constitucional"¹.

"Por nuestra parte, hemos puesto en consideración de la Honorable Corte Constitucional actos —o mejor dicho irregularidades— que comprometieron la estructura y las bases del proceso de constitucionalidad en el presente caso. En

¹ Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 2 de junio de 1988. Consideraciones sobre el numeral 2° del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal que establece como causal de nulidad procesal: "La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso", norma parecida, aunque más estricta, a la causal tipificada en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, la cual literalmente establece: "Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el proceso".

las páginas siguientes, con todo, se ponen en evidencia tres capítulos —los dos últimos parcialmente excluyentes entre sí— integrantes del derecho y garantía constitucional del **debido proceso** para los juicios de exequibilidad, en los cuales se enmarcan las graves irregularidades acaecidas en el proceso D-1490.

"A. VULNERACION DE LAS NORMAS PROPIAS DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

"Si bien no toda pretermisión de las normas procesales comporta la sanción de la nulidad sobre la actuación, es procedente recordar que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "el debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en leyes preexistentes y con la observancia de las formas propias de cada litigio judicial"²; este debido proceso "(...) es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los límites establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista"³. Procede, por ende, poner en evidencia —tanto en este acápite como en los siguientes—, cuáles normas vinculantes de la actuación de los Magistrados de la Honorable Corte Constitucional fueron contrariadas (contra legem) y qué actuaciones se cumplieron por fuera del marco jurídico (praeter legem); unas y otras no son irregularidades irrelevantes, sino vicios que desquician un juicio de constitucionalidad, alterando su estructura y fundamento, violándose no sólo una norma expresa o implícita, sino el mismo debido proceso.

"Dispone el artículo 1º, inciso 1º, del Reglamento vigente de la Honorable Corte Constitucional - recodificado por el Acuerdo N° 05 de 1992 y modificado por el Acuerdo N° 1 de 1994 - que "la reunión de todos los magistrados forma la Sala Plena de la Corte" y, a su turno, el artículo 5º establece que "compete a la Sala Plena de la Corte Constitucional: a) decidir sobre los asuntos de constitucionalidad de que trata el artículo 241 de la Constitución excepto lo dispuesto en su Numeral 9º que se regirá por lo que establezca la ley (...)".

"Es evidente, pues, que no toda reunión de Magistrados de la Honorable Corte Constitucional —inclusive en el número establecido por el artículo 2º del

² Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-140 del 29 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Gaceta de la Corte Constitucional, 1995, t 3, marzo, p. 289.

³ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-140 del 29 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Gaceta de la Corte Constitucional, 1995, t. 3, marzo, p. 287.

Reglamento para que exista quórum deliberatorio y decisorio— configura Sala Plena para proferir un juicio de constitucionalidad. Sólo es Sala Plena aquella a la cual son convocados debida y previamente todos los Magistrados de la Corte, que se realiza - en principio - en el recinto dispuesto para ella en su Sede, en fin, que tiene por Secretario al que lo es de la Corte Constitucional, quien redacta la debida acta de la sesión. Al respecto, procede recordar el artículo 24, inciso tercero, del Reglamento de la Corte, según el cual, “no serán válidas las decisiones que se adopten en sesión para la que no hayan sido debidamente convocados los magistrados, salvo que, hallándose todos presentes acuerden sesionar”.

“Es un hecho notorio que el jueves 29 de mayo, “los seis magistrados que apoyaron el fallo (Barrera, Arango, Martínez, Cifuentes, Gaviria y Morón) realizaron una reunión informal a fin de verificar los términos de la sentencia. En el despacho de Barrera, en la oficina de la Presidencia, los seis juristas analizaron el texto final”⁴ de la sentencia C-239/97.

“La actuación de un grupo de magistrados de verificar los términos de un fallo con posterioridad a la sesión de la Sala Plena correspondiente, no sólo está por fuera del marco jurídico (praeter legem), sino que es contraria a él (contra legem). Es una irregularidad que viola el debido proceso.

“Las correcciones a la sentencia C-239/97 que se acordaron en la reunión del 29 de mayo, no fueron sólo de estilo, sino la adopción de una sentencia parcialmente distinta a la decidida en la sesión del 20 de mayo de 1997; por ello, uno de los magistrados que concurrió a una y a otra reunión pudo escribir “en ningún otro lugar, momento o instancia —distinto de la Sala Plena— puede adoptarse una sentencia que sea la sentencia de la Corte Constitucional”⁵. Esta irregularidad es una manifiesta violación al debido proceso de constitucionalidad.

“B. DISCONFORMIDAD ENTRE LA SENTENCIA C-239/97 Y LO DECIDIDO EN LA SALA PLENA

“El debido proceso —cuya violación por irregularidades acaecidas en los procesos de constitucionalidad, los vicia de nulidad— “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”⁶; por ello, el debido proceso es un

⁴ Diario *El Tiempo*, edición del 4 de junio de 1997.

⁵ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997. Aclaración Especial de Voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 53

⁶ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Gaceta de la Corte Constitucional, 1994, t. 4, abril, p. 244.

“conjunto de garantías que (...) aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia”⁷.

“En los procesos de constitucionalidad, hace parte de la recta y cumplida administración de justicia, la observancia del artículo 54 de la Ley 270 de 1996 que preceptúa: “Todas las decisiones que las corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la corporación, sala o sección (...)”; igualmente, el cumplimiento del artículo 14 del Decreto 2067 de 1991 que dispone: “las decisiones sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por mayoría de los asistentes. Cuando no fueren aprobados, podrán adherir a ellos los magistrados que compartan su contenido”; en igual sentido, se expresa el inciso segundo del numeral sexto del artículo 34 del Reglamento de la Honorable Corte Constitucional.

“Sin embargo, la sentencia C-239/97 —en el numeral primero y segundo de la parte resolutive y en sus consideraciones— no corresponde a lo que fue adoptado por la mayoría de la Corte Constitucional en una decisión de seis votos a favor y tres en contra. De esta manera se ha desconocido el valor constitucional de la justicia, por quien está llamada administrar la más recta y cumplida administración de justicia al ser la guardiana de la Carta, y se ha violado el debido proceso, en desconocimiento de la Constitución Política.

“1. Disconformidad entre el numeral primero de la parte resolutive de la Sentencia C-239/97 y la decisión de la Sala Plena

“El texto literal del numeral primero de la parte resolutive, tal y como fue aprobado en la Sala Plena, fue modificado⁸ en la versión que se incluyó en la sentencia C-239/97.

⁷ Honorable Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia T-001 del 12 de enero de 1993. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, t. I, enero, p. 346

⁸ *“(...) la parte resolutive de la sentencia no corresponde al texto de la moción sustitutiva que presenté, la cual fue aprobada por seis votos a favor y tres en contra” y “no encuentro personalmente que la sentencia exprese el genuino sentido de la decisión”, Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239/97, Aclaración Especial de Voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, pp. 51 y 53. “No puedo (...) aceptar que se hubiere modificado el texto literal de la parte resolutive, tal y como fue aprobada por la Sala Plena, y que en ella se disponga lo contrario (...)” Carta del 30 de mayo de 1997, enviada por H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz al H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, Presidente de la Corte. “El texto final de la parte resolutive de la Sentencia, no corresponde al que, a mi juicio fue aprobado por seis votos en de la Sala Plena (...)”, Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997. Salvamento de Voto del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, p. 45. Concordancia entre las cartas del 3 de junio de 1997, cruzadas entre el H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y la doctora Martha V. Sáchica Méndez, Secretaria General de la Corte Constitucional.*

“Es un hecho notorio —por lo menos para los Magistrados de la Honorable Corte Constitucional— que el numeral primero de la parte resolutive del proyecto de fallo presentado por el Ponente, disponía:

“Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que cuando en el hecho concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el autor, pues la conducta está justificada. De igual modo, está justificada la conducta descrita en el artículo 327 del Código Penal cuando la ayuda se preste en las circunstancias fácticas que deben acompañar al homicidio piadoso”.

“De igual modo, es un hecho notorio —al menos para los Magistrados de la Honorable Corte Constitucional— que respecto de esta propuesta, fue presentada una moción sustitutiva, en los siguientes términos:

“Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), salvo en el caso del enfermo terminal cuando manifieste su consentimiento en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia”.

*“Las partes motivas hacían referencia a la eutanasia indirecta y a la eutanasia pasiva, nunca a la eutanasia activa y directa⁹. Esta sustitutiva fue aprobada por seis votos contra tres. Para desvirtuar este hecho, se podría afirmar que si, en sustitución del proyecto de fallo preparado por el Magistrado Ponente, la Sala Plena hubiere acogido el criterio de un Magistrado disidente, el Presidente de la Corte le habría encargado a éste la elaboración del nuevo fallo. Al respecto, es necesario aclarar que ésta no es una obligación del Presidente de la Corte Constitucional, sino una mera potestad legal (artículo 17, Decreto 2067 de 1991), a la cual recurriría quien, en vez de considerar que “**las posiciones de Gaviria y Cifuentes eran conciliables**”¹⁰, hubiese advertido la evidente oposición entre ellas.*

“A pesar de haber sido aprobada una sustitutiva, el numeral primero de la sentencia C-239/97 expresa:

⁹ “Justamente, la parte resolutive que introduje como sustitutiva de la originalmente planteada en la ponencia, tenía vinculación directa con las premisas de mi discurso y a ello se refiere la expresión ‘en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia’, vale decir, sin llegar en ningún caso a conferir al consentimiento del enfermo terminal el alcance de permiso esculpatorio de la muerte directamente producida por el médico” Carta enviada el 30 de mayo por el H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz al H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, Presidente de la H. Corte Constitucional.

¹⁰ Diario *El Tiempo*, edición del 4 de junio de 1997.

“Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

“Es evidente, por tanto, que hay una abierta disconformidad entre lo aprobado en la sesión del 20 de mayo de 1997 y lo expresado en la sentencia C-239/97. Además de las declaraciones —transcritas en la cita N° 8— que lo atestiguan, sería absurdo negar la existencia de la proposición sustitutiva y de su aprobación, o sino ¿cómo explicar la incorporación del “enfermo terminal” en la parte resolutive de la sentencia? Iguales consideraciones pueden formularse acerca del condicionamiento que se hace en relación con el sujeto activo de la conducta tipificada en el artículo 326 del Código Penal, que en la ponencia original hacia referencia a “el autor”, y no a “el médico autor” como quedo consignado en la parte resolutive de la sentencia.

“El proceder descrito en este acápite, no sólo está por fuera del marco jurídico (praeter legem), sino que es abiertamente contrario a él (contra legem), es una gravísima irregularidad que viola evidentemente el debido proceso.

“2. Disconformidad entre el numeral segundo de la parte resolutive y la decisión de la Sala Plena

“Existen por lo menos dos elementos de disconformidad entre el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia C-239/97 y lo decidido en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997, como se pondrá de manifiesto en las líneas subsiguientes:

“a) Exhortación al Congreso para que regule la inducción o ayuda al suicidio

“En esta parte, el texto consignado en el numeral segundo de la parte resolutive no es conforme con lo decidido en la Sala, según es atestiguado, por quienes se mencionan en la cita N° 8, así como por el mismo Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, según se probará seguidamente:

“El numeral segundo de la parte resolutive de la Sentencia C-239/97 dispone:

“Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”.

“¿Qué es la muerte digna? Expresamente lo afirma la sentencia, y no de manera general, sino para el caso concreto:

"La muerte digna, desde la perspectiva adoptada en el caso Sub-examine, puede relacionarse con varios comportamientos, a saber: la asistencia al suicidio, en la cual el paciente se da muerte a sí mismo y la intervención del tercero se limita a suministrarle los medios para hacerlo; la eutanasia activa, en la cual el tercero es el causante de la muerte, y que puede ser voluntaria o involuntaria, según se cuente o no con el consentimiento del paciente, y la eutanasia pasiva, conocida en Colombia específicamente como muerte digna, que implica la abstención o interrupción de tratamientos artificiales o extremos cuando no hay esperanza de recuperación".

"Por tanto, el numeral segundo de la parte resolutive queda integrado de la siguiente forma:

"Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule la asistencia al suicidio, la eutanasia activa voluntaria o involuntaria y la eutanasia pasiva, comportamientos que en el caso sub-examine se relacionan con la muerte digna.

"Alguien, empero, podría argumentar que la muerte digna a la que se refiere el numeral segundo de la parte resolutive es la eutanasia pasiva, puesto que al decir de la sentencia, ella es "conocida en Colombia específicamente como muerte digna". Tal interpretación haría inocua la sentencia C-239/97 porque mientras el primer numeral justifica la eutanasia activa voluntaria y directa, el segundo exhortaría a regular la eutanasia pasiva. Esta lectura, por otra parte, es claramente opuesta a lo que se consigna en el acápite de los considerandos: "D. Regulación de la Muerte Digna".

"También podría decirse que la regulación que debe adoptar el Congreso debe reducirse solamente a los cinco puntos que se mencionan en el aparte "D" de la sentencia C-239/97, pero esta interpretación tampoco es aceptada porque allí expresamente se afirma que "puntos esenciales de esa regulación serían sin duda"¹¹, lo que significa que la exhortación que hace la Corte Constitucional al Congreso de la República no se restringe a la regulación de estos cinco puntos; sino que es mucho más amplia, con ella lo que se pretende es que "conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna"¹², es decir, la inducción al suicidio y toda clase de eutanasia.

"Volviendo, por tanto, a la primera integración antes planteada (según la cual, los temas que se comprenden en la exhortación al Congreso para que los regule, son la ayuda al suicidio, lo mismo que la eutanasia activa y pasiva, voluntaria e

¹¹ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 20

¹² Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 20

involuntaria), se tiene que el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia no corresponde a lo que fue aprobado en la Sala Plena.

*“En efecto, mientras que la parte resolutive exhorta al Congreso a regular permisivamente la ayuda al suicidio, expresamente el Magistrado Ponente aclara su voto porque **“ha debido extenderse la interpretación permisiva, a la ‘ayuda al suicidio’ contemplada en el artículo 327 del Código Penal, como se proponía en el proyecto de fallo”** y, en esto, lo acompaña el Magistrado Jorge Arango Mejía.*

“Es un hecho notorio, como se ha dicho, que el proyecto de fallo presentado por el Magistrado Ponente proponía que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Código Penal, señalase que éste conformaba unidad normativa con el artículo 327, cuya exequibilidad también se condicionaría¹³. La Sala Plena, aprobó entre otras determinaciones, la supresión de la referencia al mencionado artículo 327¹⁴. Sin embargo, el numeral segundo de la parte resolutive se extiende a este artículo, puesto que en la exhortación al Congreso se incluye evidentemente la inducción o ayuda al suicidio.

“Por tanto, es evidente para todos —incluidos el Magistrado Ponente, el Magistrado que le acompañó en su aclaración de voto y el Magistrado que aclaró su voto de manera especial— que el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia C-239/97 no corresponde, de manera parcial, con lo que fue aprobado en la sesión del 20 de mayo de 1997. Con esta grave irregularidad se han pretermitido disposiciones básicas y estructurales del juicio de constitucionalidad e, igualmente, se ha violado el debido proceso.

“b) Exhortación al Congreso para que regule la participación de terceros distintos al médico en la “muerte digna”

“Igual conclusión a la consignada en el acápite anterior, se obtiene al cotejar el numeral segundo de la parte resolutive con lo decidido en la Sala Plena sobre el sujeto activo de la conducta tipificada en el artículo 326 del Código Penal. Veamos el por qué:

¹³ La parte resolutive correspondiente del proyecto de fallo, era la siguiente: *“Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que cuando en el hecho concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el autor, pues la conducta está justificada. De igual modo, está justificada la conducta descrita en el artículo 327 del Código Penal cuando la ayuda se preste en las circunstancias fácticas que deben acompañar al homicidio piadoso”.*

¹⁴ Así lo expresan los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz, Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz en sus correspondientes aclaraciones de voto, lo mismo que la Doctora Martha V. Sáchica Méndez en la comunicación dirigida a este último, el 3 de junio del presente año.

"El numeral segundo de la parte resolutive exhorta al Congreso a regular el tema de la muerte digna. Con todo, el contenido de esa regulación no se deja a la prudencia del Legislador, sino que se le fija un contenido mínimo en el aparte denominado "D. La regulación de la Muerte Digna". Dentro de ese contenido, se establece la regulación de temas como los siguientes: "1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente (...). 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso (...). 3. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico (sic)"¹⁵.

"En conclusión, la sentencia C-239/97 exhorta al Congreso a regular, entratándose de la muerte digna, qué personas —denominadas sujetos calificados o personas competentes— pueden tomar parte en este proceso. Se permite, de esta manera, que la regulación se extienda a terceros distintos del médico, en contravía de lo dispuesto por la Sala Plena que decidió restringir el sujeto activo de cualquier persona —como se proponía en el Proyecto de Fallo— al médico, como efectivamente se observó, por lo que hace al primer considerando.

"Por tanto, es evidente que en relación con el sujeto activo cuya conducta está justificada en la "muerte digna", el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia C-239/97 —integrado como es lógico con los considerandos de la providencia— no corresponde, de manera parcial, con lo que fue aprobado en sesión del 20 de mayo de 1997. Esta irregularidad desconoce normas del juicio de constitucionalidad que llevan a la parte resolutive a ser incongruente, por ello, se ha violado el debido proceso.

"Antes de pasar al acápite siguiente, es procedente examinar una objeción que se podría presentar a la existencia de disconformidad entre la parte resolutive y lo decidido en la Sala Plena; ella consiste en afirmar que si realmente tal irregularidad se presentó, los Magistrados que salvaron el voto, no lo hubiesen hecho. A ésto es oportuno responder, poniendo de presente que la disconformidad no consiste, precisamente, en no haber sido incorporado el pensamiento de los Magistrados que salvaron el voto; sino, en no haber sido incluido fielmente la propuesta sustitutiva acogida por los integrantes de la mayoría, propuesta que —según se lee en la Aclaración Especial de Voto de la sentencia C-239/97— incluiría la aceptación de la eutanasia pasiva, posibilidad que tampoco contaba con la aceptación de los Magistrados que salvaron su voto, según se aprecia en sus respectivos salvamentos.

¹⁵ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 20

"4. Otras irregularidades de la Sentencia C-239/97 en relación con lo decidido por la Sala Plena.

*"Como ha expresado la Honorable Corte Constitucional, el debido proceso asegura a lo largo de éste **"la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho"***¹⁶; por ello, la jurisprudencia en diversas áreas del saber jurídico, al abordar el tema de la motivación de los fallos judiciales, distingue entre la ausencia de ésta —que daría lugar a la inexistencia de la sentencia— y la grave incongruencia entre ella y lo resuelto, que ocasionaría la nulidad.

*"Es claro que no toda incongruencia entre las partes resolutive y motiva de la Sentencia implica una irregularidad que afecte el debido proceso, por ello dispone el artículo 14, inciso tercero del Decreto 2067 de 1991 que **"en todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive"**. Sin embargo, también es claro que una grave contradicción entre estas dos partes integrantes de la sentencia, constituye un desconocimiento del Estado Social de Derecho, puesto que no sería lo jurídico sino el arbitrio del juez - al cual no se encuentran sometidos los habitantes del territorio nacional -, lo que se tornaría en obligatorio. Por ello, hace parte del debido proceso **"el de obtener la necesaria motivación de los fallos judiciales que garantizan al ciudadano la existencia de fallos justos y lo protegen contra la arbitrariedad de los jueces, puesto que la ausencia de motivación —o la evidente y grave contradicción entre ésta y lo resuelto— fue en el pasado y lo es en la actualidad, el boquete abierto para que el juez pueda decidir conforme a su capricho o a sus intereses, conculcando los derechos de las partes procesales y ocasionando grave ofensa a la administración pública y desconfianza en la ciudadanía en la función de amparo y tutela que el Estado cumple o debe cumplir en relación con sus súbditos"***¹⁷.

"Un caso típico —que viola el debido proceso y atenta contra el Estado Social de Derecho— de incongruencia entre la parte motiva y resolutive de una sentencia, es aquél en que las consideraciones justifican un fallo de constitucionalidad distinto del adoptado en su parte resolutive; o, en otras palabras, aquél en que lo resuelto no se justifica en la parte motiva, a pesar de existir ella.

*"Lo anterior, acaece de manera parcial en la Sentencia C-239/97 cuando se examina lo relativo al **"médico"**. En efecto, los considerandos vienen tratando de un alguien (**"quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno"***¹⁸,

¹⁶ Honorable Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia T-001 del 12 de enero de 1993. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, t. 1, enero, p. 346.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de abril de 1988, Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.

¹⁸ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 14

una persona al que un individuo “solicita lo ayuden a morir”, “un tercero” que ayuda a un enfermo terminal a hacer uso de su opción, un “sujeto activo” cuya actuación carece de antijuridicidad¹⁹), cuya conducta justifican. Sin embargo, en un evidente salto conceptuado ese alguien se restringe al médico, por una razón que no sólo es aplicable a él (brindar las condiciones para morir dignamente²⁰). Posteriormente, sin expresar el por qué, el alguien se vuelve a tornar general (“personas competentes”, “personas (sujetos calificados)”, “sujeto calificado”²¹), cuando se trata de regular la muerte digna. Seguidamente, también de manera infundada, el alguien vuelve a restringirse al médico, cuando se da una indicación al juez penal para actuar mientras el Legislador regula la muerte digna²². Finalmente, en la parte resolutive se menciona, en el numeral primero, al “médico actor”²³.

“Ahora bien, estos virajes conceptuales serían irrelevantes, si se tratase de algo accesorio, pero en el caso sub-judice, precisamente, la conducta que se examina en la Sentencia C-239/97 es la de ese alguien o la del médico. Sin embargo, mientras la parte resolutive declara justificada la conducta del médico en las condiciones que se establecen en el numeral primero, las razones que se dan para justificarla en la parte motiva corresponden a cualquier tercero. Es decir, que la Sentencia funda un fallo respecto de cualquier persona e, inexplicablemente al resolver, lo restringe a un tipo de personas. Por ello, con razón se ha dicho que “la referencia al médico, como exclusivo beneficiario de la causal de justificación, es arbitraria”²⁴, con lo cual la Sentencia se torna en algo injusto, algo arbitrario.

“De igual forma, esta irregularidad de que la parte motiva fundamente una decisión distinta de la acogida en la parte resolutive, acaece en el conjunto de la Sentencia C-239/97, puesto que de manera recurrente y obsesiva los considerandos avalan la decisión de un enfermo terminal de quitarse la vida —el suicidio en determinadas circunstancias—, mas no la conducta antijurídica de un tercero —a veces el médico— de acceder a la petición de aquél; es decir, los considerandos de la Sentencia C-239/97 que pretenden justificar la

¹⁹ Cfr., Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 18

²⁰ Cfr., Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 19

²¹ Cfr., Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 20; numerales, 1., 2. y 4.

²² Cfr., Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, p. 20.

²³ Un argumento más para sostener la incongruencia relativa al médico, de la que adolece la Sentencia C-239 de 1997 en referencia con lo aprobado de la Sala Plena, se encuentra en la crítica del fallo por “que se provoque por un médico o cualquier persona, la muerte de otro”. Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, Salvamento de Voto del Magistrado Hernando Herrera Vergara, p. 48.

²⁴ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997. Salvamento de Voto del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, p.25.

condicionalidad impuesta a la declaratoria de exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, serían pertinentes para una decisión sobre el suicidio, mas no para el caso sub-examine.

“Estas dos incongruencias de la Sentencia —una parcial y otra de todo el conjunto— obedecen a “que el eje conceptual de la sentencia sigue siendo el mismo que traía la ponencia original, pese a que la Corte mayoritariamente se opuso a conformar unidad normativa entre el texto acusado y el artículo del Código Penal que tipifica el delito de ayuda o inducción al suicidio, como se proponía”²⁵ en el Proyecto de Fallo. Estos hechos ponen de presente la grave irregularidad de que adolece la Sentencia C-239/97 en violación al debido proceso, esto es, no ser conforme con lo decidido en la Sala Plena.

“Al respecto, es pertinente recordar que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, dispone que “las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (artículo 55, inciso primero). Lo anterior, es predicable por antonomasia de los planteamientos relativos a la argumentación aceptada por la mayoría, formulados por los magistrados de corporaciones judiciales, al proferir sentencia sobre asuntos puestos a su consideración.

*“En este sentido, es pertinente expresar que si el Magistrado Ponente original, cuando su proyecto no ha sido acogido íntegramente, acepta redactar “el nuevo proyecto en el que se exponga la tesis de la mayoría” (artículo 34, numeral 9, Reglamento de la Honorable Corte Constitucional), esto implica elaborar una Sentencia cuyo eje temático haya sido aceptado por la Corte y no el incorporar simplemente una serie de palabras (v.gr., médico, enfermo terminal) o de frases, que vienen a resultar inconexas o contradictorias con el resto del fallo. Cuando esto último sucede, la Sentencia termina no sólo siendo disconforme con la integridad de lo decidido en la Sala de un juez plural, sino que se vuelve internamente incongruente, de forma tal, que una parte de lo decidido queda sin justificación y motivaciones —incluso principales— terminan no fundando ninguna decisión. Estas graves irregularidades al tornar el fallo, de justo en arbitrario, atentan contra el Estado Social de Derecho, en el cual, las decisiones de los jueces se encuentran debidamente motivadas; tales irregularidades, al cumplirse no sólo por fuera del orden jurídico (*praeter legem*), sino en contra de él (*contra legem*) violan de manera patente el debido proceso.*

C- ERROR DEL JUEZ EN LA DECISION SOBRE UNA CUALIDAD ESENCIAL

²⁵ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997. Salvamento Especial de Voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, p.59.

Como se ha expresado anteriormente, el debido proceso al decir de la—Honorable Corte Constitucional— defiende y preserva el valor constitucional de la justicia y, en este sentido, asegura una recta y cumplida administración de justicia dentro del proceso. Ahora bien, “el proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia (...). El juicio es propiamente el acto del juez en cuanto juez; por eso se le llama así pues juez significa ‘el que decide conforme al ius’ (...) y así el juicio (...) se refiere a la determinación recta de lo justo”²⁶.

“Ahora bien, es pertinente analizar cómo se sucede el acto de juzgar o juicio — la determinación recta del derecho— en el caso del juez colegial que conoce de los procesos de constitucionalidad. Para éllo, primeramente, es oportuno recordar algunas disposiciones básicas sobre el procedimiento aplicable:

“El magistrado sustanciador presentará por escrito el proyecto de fallo a la Secretaría de la Corte para que ésta envíe copia del mismo y del correspondiente expediente a los demás magistrados” (Decreto 2067 de 1991, artículo 9°).

“Reglas para las deliberaciones. El estudio en Salas de las Ponencias de Fallo se sujetará a las siguientes reglas: 1. El autor del proyecto por discutirse lo leerá y, si lo desea, hará además explicación oral de su contenido (...). 3. Los comentadores expondrán oralmente o leerán las razones de su opinión. 4. El Presidente concederá la palabra por turno riguroso a quienes deseen presentar sus observaciones (...). Se entenderá agotado el debate cuando, oídos los que quisieron intervenir y, anunciado por el Presidente que va a cerrarse la discusión, ningún magistrado pida la palabra para continuarla. Entonces el Presidente la declarará cerrada. 6) Terminado el debate, se hará la votación, primero sobre la parte resolutive y después sobre la parte motiva (...)” (Reglamento de la Honorable Corte Constitucional, artículo 34, reglas 1ª, 3ª, 4ª, 5ª inciso segundo, 6ª inciso primero).

“Las decisiones sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes. Cuando no fueren aprobados, podrán adherir a ellos los magistrados que compartan su contenido. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo” (Decreto 2067 de 1991, artículo 14, inciso primero).

²⁶ Honorable Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de Tutelas, Sentencia T-158 del 26 de abril de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Gaceta de la Corte Constitucional 1993, t. 4, p. 461.

“Si el proyecto principal no obtiene en la Sala ese mínimo de votos, el negocio pasará al magistrado que corresponda entre el grupo de magistrados mayoritario, para que redacte el nuevo proyecto en el que se exponga las tesis de la mayoría, si el magistrado ponente original no acepta hacerlo” (Reglamento de la Honorable Corte Constitucional, artículo 34, inciso segundo, regla 9ª, modificada por el Acuerdo No. 1 de 1994).

“De las disposiciones anteriores, puede concluirse que el juicio de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, se compone de dos elementos: uno cognoscitivo —integrado, tanto por la advertencia o conocimiento del acto (estudio del proyecto de fallo), como por la deliberación o consideración sobre el pro y el contra de los motivos de la decisión, sobre su procedencia (deliberación en sala)—; otro volitivo que consiste en la decisión querida por los magistrados (votación en sala).

*“Para el caso sub-examine es procedente analizar cómo se produce la decisión que, en un juicio de constitucionalidad, adopta la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional. De los textos legales y reglamentarios citados, es evidente que la decisión se produce mediante el consentimiento —asintiendo o negando—, expresado por los magistrados sobre un proyecto de fallo puesto a su consideración. Al respecto afirma el Reglamento que **“las votaciones ordinarias se efectúan con cualquier manifestación externa inequívoca que indique asentimiento o negación por parte de los magistrados, a la proposición interrogativa presentada por el Presidente”** (artículo 35, inciso segundo).*

*“En principio, el consentimiento de los magistrados sobre un proyecto de fallo sometido a su consideración, al igual que cualquier otro acto o declaración de voluntad, puede adolecer de vicios, tales como el error, la fuerza o el dolo. Sin embargo, la fuerza y el dolo —por la independencia de los jueces y la probidad de los sujetos procesales— es de muy difícil ocurrencia: no así el error, **“pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse”**²⁷. En este sentido, los ordenamientos procesales se refieren, entre otros, al error inexcusable, al error jurisdiccional, al error matemático; también, el Reglamento de la Honorable Corte Constitucional tiene presente la posibilidad del error del Magistrado al votar, cuando precisa que la **“manifestación externa”** debe ser **“inequívoca”**, esto es, carente de equivocación.*

“Corresponde, ahora, analizar la incidencia de un vicio del consentimiento de un magistrado sobre la decisión de la corporación de justicia. El juicio proferido

²⁷ Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de octubre de 1972, Gaceta judicial, t. CXLIII, p. 235.

por un juez colegiado está integrado por el conjunto de lo conocido y decidido por los magistrados, aquéllo en lo que consintieron como decisión del órgano de justicia, aquéllo en lo cual concurrió el conocimiento y la voluntad —para asentir o negar— de todos los magistrados. Conjunto éste que, en la generalidad de los casos, se integra de manera democrática según mayorías y minorías; pero que es uno sólo, porque uno sólo es el acto de determinación del derecho, y una sola la sentencia, integrada incluso por las aclaraciones y las salvedades²⁸. De esto se sigue, que el vicio del consentimiento de un magistrado al momento de decidir (con independencia del sentido en que haya votado), vicia el juicio proferido por la corporación de justicia.

“De lo dicho hasta acá, puede concluirse, por tanto, que hace parte del debido proceso de exequibilidad ante la Corte Constitucional, la existencia de un juicio, carente de vicio alguno, proferido por la Sala Plena. A contrario sensu, si el juicio de constitucionalidad está afectado por un vicio del consentimiento en la Sala Plena, por adolecer de él un Magistrado, se viola el debido proceso y, en consecuencia, debe declararse la nulidad y subsanarse el acto.

“Con la aclaración de que cuanto sigue es, parcialmente, excluyente de lo consignado en el acápite anterior, procede precisar la clase de error que acaeció en la Sala Plena al decidir el condicionamiento impuesto a la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal. Lo primero que es necesario advertir, es que no se trata de un error de derecho (un error in iudicando definido en memorial anterior), sino que consiste en un error de hecho sobre la calidad esencial del objeto votado. En paráfrasis, podría decirse que el error de hecho vicia el consentimiento de un Magistrado —y, por ende, de la Corte o Tribunal— cuando la calidad esencial de la proposición sometida a votación, es diversa de lo que se cree; como si uno de los magistrados supone que está sometida a votación la propuesta sustitutiva, y realmente lo sometido a votación es la propuesta original.

“Por nuestra parte, se considera que esta clase de error de hecho es la única explicación adecuada para comprender la divergencia que acusa la sentencia C-239 de 1997 y, de la cual, han dado noticia los medios de comunicación. En efecto, debió haber existido un error en la votación puesto que dos Magistrados de la Honorable Corte Constitucional —que adoptaron posturas evidentemente distintas frente al tema de fondo— coinciden en impugnar la fidelidad de lo

²⁸ Esta afirmación, se encuentra avalada por lo dispuesto en el Decreto 2067, así: “La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte. La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el secretario de la Corte (...)” (artículo 16, incisos primero y segundo).

consignado en la sentencia. Así, pues, un magistrado sostiene que “el texto final de la parte resolutive de la sentencia, no corresponde al que, a mi juicio, fue aprobado por seis votos en de la Sala Plena (...) cuando se acogieron, por parte de cuatro de los seis magistrados de la mayoría, los planteamientos hechos por H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz”²⁹. Otro Magistrado, en igual sentido, afirma que “la parte resolutive de la sentencia no corresponde al texto de la moción sustitutiva que presenté, la cual fue aprobada por seis votos a favor y tres en contra. En otras palabras, la propuesta contenida en la ponencia original fue desechada y, en su lugar, se votó y aprobó la proposición que yo me permití someter a consideración de la Sala Plena”³⁰. Estas afirmaciones son avaladas por el testigo cualificado de lo que sucede en la Sala, al decir: “el presidente sometió a votación la propuesta sustitutiva presentada por usted —H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz— que modificaba la parte resolutive original de la ponencia (...) y que fue aprobado —el nuevo condicionamiento que incluía— con seis (6) votos”³¹.

“De lo anterior surgen, por lo menos, dos posibilidades, dado que es manifiesta la disconformidad entre lo resuelto en la sentencia C-239/97 y la proposición sustitutiva del H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Tales posibilidades son: la primera consiste en que los H. Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, junto con la Secretaria General de la Corte Constitucional, en el acto de la votación incurrieron en el error de hecho de considerar que lo puesto a votación era la proposición sustitutiva, cuando realmente era la propuesta original elaborada por el Honorable Magistrado Ponente. La segunda posibilidad consiste en que otros Honorables Magistrados, algunos de los cuales han negado a través de medios de comunicación la afirmación hecha por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en el acto de la votación incurrieron en el error de hecho de considerar que lo puesto a votación era la proposición original del Magistrado Ponente, cuando realmente lo sometido a votación era la moción sustitutiva presentada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Sin embargo, ambas posibilidades se vuelven improcedentes cuando se constata que lo resuelto en la sentencia C-239/97 es disconforme, tanto con la proposición original del Magistrado Ponente, como con la moción sustitutiva del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Aparece, por tanto, la hipótesis de que existió otra moción, seguramente no consignada por escrito, proveniente del Señor Presidente

²⁹ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, Salvamento de Voto del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, p. 45.

³⁰ Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-239 de 1997, Aclaración Especial de Voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 51.

³¹ Carta de la Doctora Martha V. SÁCHICA MÉNDEZ, Secretaria General de la Corte Constitucional, al H. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la Corte que —como se ha dicho— consideró que eran conciliables posiciones claramente divergentes. De esta manera, surgen otras dos nuevas posibilidades. La tercera consiste en que los Honorables Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, así como la Secretaria General de la Corte Constitucional, en el acto de la votación incurrieron en el error de hecho de considerar que lo puesto a votación era la proposición sustitutiva elaborada por el primero, cuando realmente lo era la fórmula de intento de conciliación sugerida por el Señor Presidente de la Corte Constitucional. La cuarta posibilidad consiste en que otros Honorables Magistrados, en el acto de la votación incurrieron en el error de hecho de considerar que lo puesto a votación era la fórmula de conciliación del Señor Presidente; cuando realmente lo sometido a votación era la moción sustitutiva presentada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Cualquiera que sea la equivocación que haya sucedido, es manifiesto que el juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, al adoptar una decisión sobre las circunstancias a las cuales se condicionaba la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, adoleció de un grave vicio de error sobre la identidad y singularidad de lo sometido a votación.

“No se ha planteado en este acápite si la decisión consignada en la Sentencia C-239 de 1997 es correcta o errónea en derecho, sino si la Sala Plena obró con claridad o se equivocó sobre un esencial asunto de hecho —la moción sometida a votación— al momento de fallar. Ahora bien, es claro que “cuando se pierde orientación y claridad en el manejo del asunto judicial, indudablemente que la decisión tiene que resultar comprometida en su estructura y fines”³². Por ello, se insiste en la petición de nulidad coadyuvada, porque el debido proceso constitucional en la etapa de fallo del expediente No. D-1490, se ha visto alterado en su estructura y fundamento ; o, en pocas palabras, se ha violado y, con éllo, se ha desconocido el ordenamiento constitucional.

“II. ELEMENTOS PROBATORIOS ADUCIDOS

“Por la singularidad del presente incidente, se tiene que la mayor parte de los hechos afirmados son hechos notorios, por lo menos así debe entender una Corporación de Justicia lo que acontece en su Sala Plena, lo que se contiene en las Actas de aquélla, lo que declaran públicamente sus miembros a los medios de comunicación, lo que se manifiesta en sus sentencias —incluidos las aclaraciones, los salvamentos de votos y los documentos transcritos en unas y otros—. Por tanto, en el incidente sub-judice, la inmensa mayoría de hechos mencionados, no requiere prueba.

³² Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de abril de 1993, Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez.

"Pero la singularidad del presente caso no se limita a los hechos notorios, sino que se extiende a la circunstancia de ser los propios magistrados - aquellos que decidirán el incidente en que tienen evidente interés - quienes son los testigos principales de lo realmente acontecido en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997 y lo acaecido posteriormente sobre esta cuestión; consideración que, en alguna medida, es predicable de la Secretaria General de la Corte Constitucional y de los Magistrados Auxiliares. Se tiene plena confianza en que el Magistrado Sustanciador, para administrar recta y cumplida justicia, decretará las pruebas de oficio conducentes en relación con esta circunstancia, puesto que en su calidad de Magistrado Ponente de la Sentencia C-239/97 ha de ser el más interesado en despejar la sombra de duda que actualmente existe sobre esa providencia.

"III. SOLICITUDES

"En mérito de lo expresado en el presente memorial, muy respetuosamente solicitamos a la Honorable Corte Constitucional se digne formular las siguientes declaraciones:

"Primero: Admitir el presente escrito, por su pertinencia para una decisión justa en el incidente de nulidad presentado en el proceso No. D-1490.

"Segundo: Declarar nulo el proceso No. D-1490 en la etapa de decisión, suscripción y elaboración de la Sentencia, la cual ha sido radicada bajo el No. 239/97, en consideración a las irregularidades cometidas, de las cuales se dio cuenta en el presente memorial, que implican violación al debido proceso.

"En la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C., a los veinticuatro (24) días del mes de junio de 1997, nos suscribimos de los señores Magistrados.

"Muy atentamente,

*"(Fdo.) Iloa Myriam Hoyos Castañeda
C.C. No. 35.463.221 de Usaquén*

*"(Fdo). Andrés Bernardo Arango Martínez
C.C. No. 10.276.198 de Manizales*

B.

*" Honorables Magistrados
Jorge Arango Mejía
Eduardo Cifuentes Muñoz
José Gregorio Hernández Galindo
Hernando Herrera Vergara*

Alejandro Martínez Caballero
Fabio Morón Díaz
Vladimiro Naranjo Mesa
Corte Constitucional
E. S. D.

"Ref : Recusación a dos Honorables Magistrados de la Corte Constitucional y solicitud a los Honorables Magistrados restantes para que consideren su eventual impedimento en el incidente de nulidad propuesto dentro del proceso D-1490.

"Honorables Magistrados:

*"Los suscritos, Monseñor **Alberto Giraldo Jaramillo**, Arzobispo de Medellín, portador de la cédula de ciudadanía No. 1.328.452 de Palestina (Caldas), en su condición de Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, a quien le corresponde —de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 6. de sus Estatutos— llevar la representación de legal de la misma, junto con Monseñor **Juan Francisco Sarasti Jaramillo**, Arzobispo de Ibagué y Vicepresidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.322.993 de Medellín, Monseñor **Pedro Rubiano Saez**, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia, portador de la cédula de ciudadanía No. 2.421.679 de Cali, Monseñor **Fabio Betancur Tirado**, Arzobispo de Manizales, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.326.534 de Medellín, y Monseñor **Luis Gabriel Romero Franco**, Obispo de Facatativá y Secretario General del Episcopado colombiano, con cédula de ciudadanía No. 436.060 de Usaqué, quienes conforman el Consejo de Presidencia —organismo al que compete, según el Artículo 8. De los Estatutos de la Conferencia Episcopal— asesorar a su Presidente en el ejercicio de su servicio, en cumplimiento de la decisión adoptada unánimemente el 10 de julio de 1997, por la Sexagésima Cuarta Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Colombia y en ejercicio de los derechos de acceder a una administración de justicia recta e imparcial (Constitución Política, artículo 229) y de "**presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general**" (Constitución Política, artículo 23) con, todo respeto, presentamos ante la Honorable Corte Constitucional - integrada para conocer y fallar sobre esta solicitud por los Honorables Magistrados no cuestionados —recusación contra el Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz, Magistrado Sustanciador del incidente de la referencia, y contra el Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell, Presidente de la Corte Constitucional, para que conozcan y tomen parte en la decisión del incidente de nulidad que, dentro del proceso de constitucionalidad No. D-1490, interpuso monseñor **Alberto Giraldo Jaramillo**, Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, el 12 de junio del presente año. Así mismo, presentamos a la alta consideración de los Honorables Magistrados restantes, a fin de que sea estudiado con posterioridad a la decisión que se adopte sobre las recusaciones alegadas, una respetuosa solicitud para que analicen su eventual impedimento para conocer y decidir el mismo incidente de nulidad.*

"HECHOS

Las recusaciones que se alegan y la solicitud de consideración de impedimento que se presenta tienen como presupuestos los siguientes hechos:

"A. HECHOS COMUNES

"1°. El 12 de junio pasado, el Señor Presidente de la Conferencia Episcopal presentó ante la Honorable Corte Constitucional, la pertinente solicitud para que se diere trámite a un incidente de nulidad dentro del proceso D-1490 y declarara, bien la nulidad procesal de lo actuado desde la sesión de fallo del 20 de mayo de 1997, incluida la votación, bien la nulidad de la sentencia proferida en el proceso de exequibilidad sobre el artículo 326 del Código Penal.

"La petición de nulidad se solicitó por la violación al debido proceso, consistente en irregularidades, tales como la discrepancia sobre lo aprobado —en el proceso D-1490— por la Sala Plena del 20 de mayo del presente año, la disconformidad subsiguiente entre lo consignado en la sentencia y lo aprobado en la referida sesión de fallo, y finalmente la no claridad en los magistrados sobre lo que les fue sometido a votación y a lo que le dieron su asentimiento.

"Esta petición de nulidad se presentó con base en hechos notorios, consignados en informaciones de prensa.

"2°. La ocurrencia de los hechos que sustentan la petición de nulidad, ha sido reafirmada en diversos apartes de la Sentencia C-239/97, como dos coadyuvantes pusieron en evidencia mediante memorial presentado a la Honorable Corte Constitucional el pasado 16 de junio.

"Con base en la sentencia C-239/97, las irregularidades que implican violación al debido proceso han podido ser ordenadas lógicamente —según criterio expresado por los mencionados coadyuvantes en escrito del 24 de junio, el que se asume— en tres capítulos, a saber: a) vulneración de las normas propias del juicio de constitucionalidad; b) disconformidad entre la Sentencia C-239/97 y lo decidido en la Sala Plena, en cuanto hace referencia a los numerales primero y segundo de la parte resolutive y a la contradicción interna de ésta con la parte motiva; y c) error del juez en la decisión sobre una cualidad esencial de la propuesta sometida a consideración de los Señores Magistrados de la Honorable Corte Constitucional.

"3°. Como es notorio, el 12 de junio del presente año, la Honorable Corte Constitucional se reunió en sesión extraordinaria para "encontrar una solución tras los problemas que se presentaron con un aparente cambio en la redacción del fallo sobre" (El Espectador, jueves 12 de junio de 1997, p. 7A) la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal.

*"También es notorio que, en dicha sesión, los Honorables Magistrados presentes, tuvieron conocimiento acerca de la solicitud de nulidad de la providencia, puesto que al término de la Sala Extraordinaria su Presidente anunció que **"la Corte Constitucional aceptó ayer tramitar un incidente de nulidad presentado por la Conferencia Episcopal Colombiana contra la Sentencia"** (cfr., *El Tiempo*, viernes 13 de junio de 1997, p. 9A).*

"B. HECHOS REFERENTES AL HONORABLE MAGISTRADO CARLOS GAVIRIA DIAZ

*"1° Es un hecho notorio que, con anterioridad a la Sesión Extraordinaria del 12 de junio del presente año, el Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz se pronunció sobre la existencia o no de las irregularidades por las cuales se solicita la nulidad y anunció cuál sería su posición en esa sesión, es decir, prejugó. En efecto, en declaraciones dadas al diario *El Tiempo* afirmó que **"«es completamente falso decir que el texto de la sentencia no refleja lo aprobado por la Sala Plena de la Corte sobre la eutanasia»"** Por ello, la nota de prensa refirió más adelante **"Según—el Honorable Magistrado Carlos—Gaviria, el texto es lo aprobado por los magistrados durante el debate, realizado el pasado 20 de mayo"** y, posteriormente, agregó: **"—el Honorable Magistrado Carlos— Gaviria precisó que en la sesión extraordinaria, convocada para el próximo jueves —12 de junio— a fin de analizar el caso de la eutanasia, hará total claridad porque, insistió, el texto refleja lo aprobado por la Sala"** (6 de junio de 1997, p. 9A).*

*"2°. Tan conocida era y es la posición del honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz sobre la existencia de irregularidades en el proceso D-1490 que, con posterioridad a la presentación del incidente de nulidad, se informó **"en su momento, —el Magistrado Carlos— Gaviria (...) calificó de falsas las denuncias según las cuales el texto no consigna puntos acogidos en la plenaria"** (*El Tiempo*, lunes 23 de junio de 1997, p. 15A).*

*"3°. Igualmente, es un hecho notorio que en declaraciones públicas, el Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz aceptó que un pronunciamiento sobre las irregularidades del proceso D-1490 —el cual públicamente ya había realizado, como se evidencia en los hechos anteriores— constituiría un prejuzgamiento. En efecto, preguntando en una entrevista radial sobre **¿qué fue lo que pasó con el polémico fallo?**, respondió: **"infortunadamente yo no puedo hablar de lo que exactamente ocurrió en la sesión o en las sesiones durante las cuales se discutió el asunto del homicidio piadoso (...), porque ustedes saben que se ha presentado un incidente de nulidad sobre la sentencia y, naturalmente, el incidente tiene bastante que ver con lo que ocurrió en las sesiones y, por tanto, yo correría el riesgo de estar prejuzgando"** ("*La Encerrona*", Cadena Radial Radio@net, emitido el domingo 15 de junio, entre las 9:00 y las 10:00 a. m.).*

"C. HECHOS EN RELACION CON EL HONORABLE MAGISTRADO ANTONIO BARRERA CARBONELL

1°. Es un hecho notorio que el día 12 de junio, en declaraciones públicas a diversos medios de comunicación, el Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell se pronunció acerca de la existencia de las irregularidades en que se funda el incidente de nulidad. Así, por ejemplo, un diario informó que él había manifestado "(...) que la sentencia sí correspondía a lo que se aprobó en la sala del 20 de mayo" (El Espectador, 13 de junio de 1997, p. 7A).

"D. HECHOS REFERENTES A LOS HONORABLES MAGISTRADOS RESTANTES

1°. Parece que en la Sesión Extraordinaria del 12 de junio de 1997, se consideró la existencia de irregularidades, por las cuales se ha solicitado la nulidad, y los siete Honorables Magistrados presentes en la Sala adoptaron una decisión al respecto.

2°. Por su parte, también con anterioridad a la sesión del 12 de junio del presente año y en relación con lo que iba a ser tratado en ella - la existencia o no de irregularidades en el proceso de exequibilidad No. D-1490 - los Honorables Magistrados Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero "**enviaron un fax a la Corte en el cual consignan su posición**" y este último dio declaraciones a los medios de comunicación, en virtud de las cuales se afirmó: "**según —el Honorable Magistrado Alejandro— Martínez —el Honorable Magistrado Carlos— Gaviria está autorizado para asumir plenamente su vocería, así como la de —el Honorable Magistrado Fabio— Morón**" (El Tiempo, jueves 12 de junio de 1997, p. 11A).

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

"A. RECUSACION, IMPEDIMENTO, DEBIDO PROCESO E IMPARCIALIDAD

"La institución jurídica de la recusación, así como la del impedimento, se ha establecido en orden a tutelar la garantía constitucional, según la cual "**el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales**", como expresamente lo ha señalado la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional:

"**El debido proceso entendido como el conjunto de trámites y formas que rigen la instrucción y resolución de una causa, en cualesquiera de las jurisdicciones, es garantía para la debida protección y el reconocimiento de los derechos de las personas. Dentro de este entendido se ha previsto una serie de garantías de independencia y ecuanimidad para quienes tienen como misión la administración de justicia.**

"Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y con el fin de que los jueces sean imparciales ha establecido una gama de causales que, de existir, pueden restarle objetividad a la intervención del fallador. Para garantizar a los litigantes el adelantamiento imparcial de los procesos y permitirles a los jueces eximirse de intervenir en los juicios en donde no puedan tener absoluta imparcialidad, la ley faculta a aquéllos para que recusen a los jueces y a éstos para que se declaren impedidos.

"Recusación e impedimentos son, pues, nociones que guardan íntima conexión y que buscan el mismo fin de asegurar la idoneidad de los juzgadores. Entratándose de la recusación, las partes manifiestan al Juez que, en virtud de las causales taxativamente determinadas por la ley, debe separarse del conocimiento del proceso (...)" (Honorable Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, Sentencia T-445 del 6 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez, Gaceta de la Corte Constitucional, t. 3, julio - 1992, pp. 340-341).

"Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material. El derecho al debido proceso comprende los siguientes derechos:

"(...)

"f. El derecho a la imparcialidad del juez, funcionario que siempre deberá decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

"Dentro de los principios fundamentales del debido proceso recogidos expresamente en la nueva Constitución se encuentra el que toda persona tiene derecho a promover la actividad judicial para solicitar la protección de sus derechos e intereses legítimos. El artículo 229 de la Constitución, dispone 'que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia'". (Honorable Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, Sentencia T-001 del 12 de enero de 1993, Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein. Gaceta de la Corte Constitucional, t. 1, enero - 1993, p. 347).

"Como se ha advertido en los apartes anteriores, la institución jurídica de la recusación, junto con la del impedimento, hace relación al principio constitucional según el cual 'las decisiones de la administración de justicia son independientes' (artículo 228), esto es, imparciales e, igualmente, al principio superior que dispone: "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la

Ley” (artículo 230) y, por tanto, no deben estar atados a vínculos personales como el afecto, el desafecto, el interés personal de reafirmar sus pareceres anteriores sobre el asunto en litigio. En este sentido, ha expresado la doctrina que el impedimento, cuyo anverso es la recusación, consiste en **“una especie de inhabilidad subjetiva del funcionario para administrar justicia en el caso concreto y su separación es una garantía de la imparcialidad indispensable para que la sociedad y las partes tengan confianza en sus jueces”** (Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, t. 1, p. 110).

“Ahora bien, puesto que toda actuación procesal, sin excepción, está sometida a la garantía del debido proceso (una de cuyas manifestaciones es la existencia de eventos fácticos en los cuales, el juzgador debe declararse impedido y separarse del conocimiento del asunto para garantizar la imparcialidad de la decisión y otra de las cuales consiste en la posibilidad de recusar cuando el juzgador no se ha declarado impedido), también el trámite de un incidente de nulidad, al estar sometido al debido proceso, debe incorporar la posibilidad de recusaciones e impedimentos para quienes conozcan de él y tengan la obligación legal de decidirlo.

*“Por otra parte, el principio constitucional de la justicia exige que toda actividad jurisdiccional y toda actuación procesal, dentro de las cuales se incluye lógicamente el trámite de los incidentes de nulidad, esté sometido al principio de la imparcialidad rigurosa del juez o magistrado, puesto que los ciudadanos **“tienen un derecho adquirido a la independencia, a la autoridad y a la responsabilidad del juez”** (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 42).*

“Por ende, tanto la garantía constitucional del debido proceso y del acceso a la administración de justicia, como el mismo principio constitucional del ordenamiento justo, fundamentan las instituciones, regladas en las disposiciones procesales, que, por una parte, permiten al propio juez o magistrado mediante la declaración de su impedimento separarse del análisis del asunto litigioso; y, por otra, facultan a los interesados, cuando lo anterior no acontece por voluntad del juzgador en quien concurre el obstáculo impediendo de su imparcialidad, para buscar su desvinculación del asunto mediante la vía de la recusación.

*“La recusación, por tanto, es definida como la **“acción o efecto de recusar (...), esto es, el acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca de la causa cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivos de dudas”** (Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, voz Recusación, p. 67).*

*“La Honorable Corte Constitucional, citando al tratadista Eduardo Couture, ha señalado que el **“fundamento de la recusación”** consiste en lo siguiente: **“uno de los principios básicos del proceso es la imparcialidad del juzgador ... el juez para ser tal, debe ser un tercero con relación al litigio,***

o sea ajeno a las partes, y extraño a lo que es materia de la litis” (Sentencia C-390 del 16 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Gaceta de la Corte Constitucional, t. 9-1993, p. 65).

”B. CAUSALES INVOCADAS

”El ordenamiento jurídico colombiano no establece con claridad cuál es el régimen procesal aplicable para las causales de recusación o de impedimento que ocurran en incidentes de nulidad tramitados en procesos de constitucionalidad. Lo cual, en modo alguno, podría avalar la tesis, según la cual no proceden recusaciones e impedimentos en tales incidentes; puesto que, entonces, la oscuridad de la ley sería excusa para el desconocimiento del debido proceso y la actuación parcializada del juez.

*”Por tanto, en tratándose de impedimentos o recusaciones de cualquier actuación procesal que se surta ante la Honorable Corte Constitucional, excepción hecha de los trámites propios de la acción de tutela (cfr. Artículo 80 del Reglamento), el Alto Tribunal ha de remitirse al Decreto 2067 de 1991, por ser este estatuto el que determina, por principio, **”el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional”**. En este orden de ideas, el Reglamento de la Corte Constitucional establece que **”Artículo 79. En los Asuntos de Constitucionalidad. Todos los Asuntos de Constitucionalidad de que conoce la Corte Constitucional se someterán, en lo que hace a impedimentos y recusaciones a las causales y al trámite consagrados en el Capítulo V del Decreto 2067 de 1991, en lo pertinente”**.*

”Por tanto, las causales de recusación y de impedimento establecidas en el Decreto 2067 de 1991, serían aplicables, en lo pertinente, si se atiende al hecho de que el incidente de nulidad no es un proceso independiente, sino que ocurre dentro del proceso; es un pequeño litigio dentro de la controversia de fondo.

”Las causales por las cuales se recusa a los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell y por las que también, respetuosamente, solicitamos a los Honorables Magistrados restantes considerar si eventualmente podría configurarse un impedimento para decidir sobre la solicitud de nulidad del proceso D-1490, son las siguientes:

”Primera Causal: “Haber conceptuado sobre el asunto materia del incidente”

*”Establece el artículo 26 del Decreto 2067 de 1991 que **”en los casos de acción de inconstitucionalidad por parte de cualquier ciudadano serán causales de impedimento y recusación, además de las establecidas en el artículo anterior, (...)”** y, por su parte, el artículo anterior establece **“(...) serán causales de impedimento y recusación: haber conceptuado sobre la***

constitucionalidad de la disposición acusada (...), que para el caso, no puede admitir otra lectura lógica que **haber conceptuado sobre las irregularidades —violatorias del debido proceso— por las cuales se solicita la nulidad**. Puesto que sería ilógico que el prejuzgar sobre lo que no recae un proceso o incidente fuera motivo de recusación o de impedimento.

“Como se evidencia, el principio que se protege consiste en evitar que el pronunciamiento de los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell esté condicionado por un concepto anterior que dieron sobre el mismo hecho sometido a la actuación procesal, pero por fuera del trámite propio de ésta. Esta es una causal objetiva cuya prueba está consignada en los hechos notorios de que dan cuenta los medios de comunicación pertinente.

“Por tanto, para el presente caso, el concepto que inhabilita legalmente a los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell para emitir un pronunciamiento imparcial dentro del incidente de nulidad presentado en el proceso D-1490, consiste en que ellos ya expusieron, por fuera del trámite del incidente, en públicas declaraciones a los medios de comunicación, su concepto sobre la ocurrencia o no de las irregularidades que fundan la nulidad. Este hecho puede traducirse en que los Honorables Magistrados mencionados, al decidir el incidente de nulidad, no obren de manera imparcial sino que tiendan a reiterar su parecer sobre las irregularidades violatorias del debido proceso.

“En síntesis, al recusar, por no haberse declarado previamente impedidos, a los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell ante la Honorable Corte Constitucional integrada para el caso por los Honorables Magistrados restantes, se intenta evitar que las opiniones emanadas de aquéllos por fuera del trámite del incidente de nulidad, los condicione a seguirla sosteniendo en la resolución de éste.

“La certeza con que presentamos esta recusación, no la tenemos para valorar si las opiniones que, de manera presencial o por vía fax, emitieron los Honorables Magistrados restantes en la Sesión Extraordinaria del 12 de junio de 1997, sobre el acaecimiento de irregularidades en el proceso D-1490, afecta su imparcialidad en la decisión del incidente de nulidad y constituye, por tanto, un motivo de impedimento. Es por ello que, muy respetuosamente, solicitamos a los Honorables Magistrados restantes analicen, después de haber separado del conocimiento del asunto a los Honorables Magistrados recusados, si tienen un eventual impedimento.

“Segunda Causal: “Tener interés en la decisión”

*“El Decreto 2067 de 1991 establece, hechas las remisiones correspondientes, que **“en los casos de acción de inconstitucionalidad (...) serán causales de***

impedimento y recusación: (...) tener interés en la decisión” (artículos 26 y 25), que para el caso no puede admitir otra lectura lógica que será causal de impedimento en el trámite de un incidente de nulidad el tener interés en la decisión.

“Como manifiesta la doctrina la “imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales (...) es una de las razones que exigen la independencia del órgano judicial (...) con ella se contempla además la ausencia de todo interés en su decisión distinto del de la recta administración de la justicia. Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo” (Hernando Devis Echandía, op. Cit., p.38).

“La apreciación del interés directo de los Honorables Magistrados recusados en la decisión del incidente de nulidad, viene dada por la natural tendencia del ser humano a reafirmar las opiniones públicas emitidas previamente, y por la inclinación a no reconocer los errores ni a rectificar su parecer, especialmente, cuando éste versa sobre su actuar.

“En efecto, es predicable un interés directo de los Honorables Magistrados recusados en la decisión del incidente de nulidad propuesto en el proceso D-1490, como se expone a continuación:

“1°. Con el debido respeto por la Corte Constitucional, el Honorable Magistrado que elaboró la Sentencia C-239/97 (de la cual se afirma que no corresponde con lo decidido en la Sala Plena del 20 de mayo, siendo ésta una irregularidad que motiva la nulidad) tiene un interés directo en el incidente, puesto que su actuación como Magistrado Ponente y sus afirmaciones públicas son, entre otras, las cuestionadas.

“2° De igual manera, con el mismo debido respeto, el Señor Presidente de la Honorable Corte Constitucional, que en tal virtud dirigió el debate y puso a votación de los Honorables Magistrados la correspondiente proposición interrogativa en la Sala Plena del 20 de mayo (sobre la cual se afirma que los Señores Magistrados no tenían claridad sobre lo sometido a votación y por ello incurrieron en error, siendo ésta una irregularidad que fundamenta la nulidad) tiene un interés directo en el incidente, puesto que son su actuación como Presidente y sus afirmaciones públicas son también, entre otras, las que están cuestionadas.

“En síntesis, la situación de los Honorables Magistrados recusados que tiene un interés directo en la nulidad, hace que ellos se conviertan en juez y en parte de la misma, con lo cual se evidencia la ausencia de imparcialidad en que motivamos la presente recusación.

"PRUEBAS

"La recusación que respetuosamente se presenta ante los Honorables Magistrados integrantes de la Corte Constitucional para decidir el asunto, y la solicitud que se formula a los mismos Honorables Magistrados para que consideren un eventual impedimento en el incidente de nulidad del proceso D-1490, tienen como pruebas, y en tal virtud se pretenden hacer valer, las siguientes:

"A. EN CUANTO A LA RECUSACION:

"1°. Los hechos notorios presentados por medios de comunicación, algunas de cuyas versiones fueron transcritas en el acápite del presente escrito dedicado a los hechos, y otras (tales como las declaraciones a radio y televisión del señor Presidente de la Corte Constitucional y del Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz) sobre las cuales podría decretarse que fuesen allegadas al expediente, si se considerase que los medios probatorios son insuficientes.

"B. EN CUANTO A LA CONSIDERACION DE UN EVENTUAL IMPEDIMENTO

"1°. El fax enviado desde Suiza por los Honorables Magistrados Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, con destino a la Sesión Extraordinaria del 12 de junio del presente año.

"2°. La grabación magnetofónica de la Sesión Extraordinaria del 12 de junio pasado.

"PETICIONES

"La Conferencia Episcopal de Colombia presenta las peticiones consignadas en este escrito en atención al compromiso ineludible de colaborar con la recta e imparcial administración de justicia, valores éstos que en la jurisdicción constitucional vienen siendo cuestionados con ocasión de las irregularidades acaecidas en el proceso D-1490, y no en consideración a la postura que mantiene en relación con la decisión de fondo sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, la cual es suficientemente conocida.

"Los hechos constitutivos de recusación para que dos Honorables Magistrados de la Corte Constitucional conozcan y tomen parte en la decisión del incidente de nulidad presentado en el proceso D-1490, son puestos en esta fecha a la elevada consideración de la Corte Constitucional, habida cuenta de que ha transcurrido un prudente lapso de tiempo, sin que se tenga conocimiento de que se hayan declarado impedidos.

"En consideración a los hechos, fundamentos de derecho y pruebas presentados a la Honorable Corte Constitucional, con el ánimo de salvaguardar la imparcialidad, la veracidad y el debido proceso, precisamente en un incidente propuesto por violación de éste, con toda atención se solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional:

"Primero: Tramitar, de conformidad con los artículos 28, 29 y 31 del Decreto 2067 de 1991, la recusación impetrada contra los Honorables Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell, para conocer y tomar parte de la decisión, del incidente de nulidad propuesto dentro del proceso D-1490, en razón de haber conceptuado, previamente y por fuera del proceso, sobre las irregularidades en que se ésta se funda y de tener interés directo en la decisión.

"Segundo: Considerar si los Honorables Magistrados ante quienes se presenta este memorial, están incurso en causal de impedimento para conocer y decidir el incidente de nulidad mencionado, en atención a los motivos expuestos en la parte pertinente de este escrito.

"Tercero: Sortear y, según sea el caso, llamar a los Señores Conjuces designados por la Honorable Corte Constitucional, para que conozcan y fallen o tomen parte de la decisión sobre el incidente de nulidad presentado en el proceso N° D-1490.

"En la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C., a los diez (10) días del mes de julio de 1997, de los Señores Magistrados, con sentimientos de estima y consideración,

*"(Fdo.) + Alberto Giraldo Jaramillo
"Arzobispo de Medellín
"Presidente de la Conferencia Episcopal
"C. C. N° 1.328.452 de Palestina (Caldas)*

*"(Fdo.) + Juan Francisco Sarasti Jaramillo
"Arzobispo de Ibagué
"Vicepresidente de la Conferencia Episcopal
"C. C. N° 3.322.993 de Medellín*

*"(Fdo.) + Pedro Rubiano Sáenz
"Arzobispo de Bogotá
"Primado de Colombia
"C. C. N° 2.421.679 de Cali*

*"(Fdo.) + Fabio Betancur Tirado
"Arzobispo de Manizales
"C. C. N° 3.326.534 de Medellín*

*"(Fdo.) + Luis Gabriel Romero Franco
 "Obispo de Facatativá
 "Secretario General del Episcopado
 "C. C. N° 436.060 de Usaquén".*

5. Viola todo canon de justicia y de imparcialidad el hecho de que las mismas personas recusadas decidan sobre su propia recusación. En estas condiciones realmente se desvirtúa el sentido y la utilidad de la figura. Si la recusación y su trámite se endereza a imprimirle a la administración de justicia la transparencia necesaria para que sus decisiones merezcan acatamiento y ella sea en verdad el más formidable instrumento de la paz social, carece de toda *sindéresis* atribuir a los mismos recusados —sea algún magistrado o todos—, la decisión final sobre la suerte de su propia recusación.

En este orden de ideas, deploramos que se haya dejado de observar el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que por su doble carácter de estatutaria y de norma posterior, debió aplicarse en lugar del inciso final del artículo 28 del D.L. 2067 de 1992, a nuestro juicio derogado ("Cuando la recusación fuere planteada respecto de todos los magistrados, el pleno de la Corte decidirá sobre su pertinencia"). Sobre este particular, el inciso final del artículo 54 de la ley citada contiene un mandato aplicable a todas las jurisdicciones, a cuyo tenor: "Cuando quiera que el número de los magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo, disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso [mayoría de los miembros], para completar ésta se acudirá a la designación de conjuces".

Por consiguiente, si en gracia de discusión se aceptare que la recusación se refería a todos los magistrados —lo que no puede sostenerse en relación con el escrito de los dignatarios de la Iglesia—, todos han debido separarse de la decisión atinente a la recusación y, en su lugar, ser remplazados por conjuces. La nueva norma estatutaria, a este respecto, elimina la situación absurda derivada de la disposición derogada: si la recusación cobija a uno o a varios, los restantes magistrados deciden sobre la misma, pues los primeros "no pueden ser a la vez juez y parte"; pero si la recusación abarca a todos los magistrados, éstos deciden, como quiera que en este caso deja de importar el conflicto de interés.

6. Sobra señalar que antes de participar en los debates a que se ha hecho alusión, los tres magistrados que suscribimos este salvamento, presentamos a consideración de los restantes magistrados nuestra solicitud de ser separados del conocimiento del incidente de nulidad o de recusación, y ella no fue aceptada pese a los motivos aducidos. Por razones ilustrativas se transcribe el texto de la comunicación dirigida a la Sala Plena por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual pide se acepte su declaración de impedimento, petición que, se reitera, fue igualmente elevada por los magistrados Hernando Herrera Vergara y

Vladimiro Naranjo Mesa. Llama la atención, además, que habiéndose negado la Sala a admitir nuestro impedimento, considérase luego que la recusación cabía contra todos los magistrados y que debía votarse sobre su pertinencia o impertinencia, incluso en relación con nosotros tres cuya situación ya se había examinado y encontrado libre de todo impedimento: la recusación no podía decidirse respecto de "todos", pues previamente la situación de tres magistrados ya se había definido.

"Señor Presidente:

"En relación con el incidente de nulidad citado en la referencia, presento a los magistrados de la Corte Constitucional, por su digno conducto, mi declaración de impedimento que solicito sea aceptada. En estricto rigor algunos magistrados, a mi juicio, también han debido presentar sus impedimentos. Sin embargo, su abstención no obsta para que yo me sujete a los deberes que se imponen a todo Juez de la República y proceda, como lo hago, a manifestar las razones en que fundamento mi petición.

"1. He sostenido que la parte resolutive de la sentencia C-23⁹ de 1997, no corresponde al texto de la moción sustitutiva que presenté, la cual fue aprobada por seis votos a favor y tres en contra. Tampoco, a mi juicio, los fundamentos de la sentencia son congruentes con la decisión adoptada por la Sala Plena. Los argumentos, razones y pruebas que sustentan mi posición son los que aparecen consignados en mi aclaración especial de voto formulada a propósito de la referida sentencia.

"2. A raíz de lo anterior, dentro de la Corporación se ha presentado una disputa que trasciende el plano intelectual y que ha dado lugar a afrentas personales, todo lo cual resulta lamentable registrar. Sin embargo, no puede negarse que la aguda oposición existe y que estoy ubicado en un extremo de la misma.

"En este sentido, cabe anotar que los magistrados Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, públicamente han negado la veracidad de los hechos que sustentan mi posición. Igualmente, los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, en una comunicación, se han opuesto a mi planteamiento, sobre el cual ofrecen una explicación que airadamente rechazo porque pugna con mi carácter y elude la confrontación con la realidad de lo ocurrido en la sesión del 20 de mayo de los corrientes.

"En lugar de esclarecer la situación presentada, el magistrado Ponente de la sentencia y actualmente encargado de sustanciar el incidente de nulidad, en la sesión del 12 de junio, me hizo objeto de variadas descalificaciones personales que si bien creo fueron por mí, con base en los hechos objetivos, absolutamente refutadas, no han dejado, por el injusto agravio que entrañan, de mortificarme en grado sumo.

"3. La trascendencia pública que ha rodeado este debate y el enfrentamiento que ha suscitado en el seno de la Corte, son factores que desde el punto de vista externo, dadas las condiciones presentes, pueden afectar gravemente la expectativa de imparcialidad e independencia que deben exhibir todas las actuaciones y decisiones de la Corte. Así cada uno de nosotros - como es mi caso - crea estar en condiciones de fallar con total desprendimiento, entereza y autonomía, la pugnacidad existente no permite anticipar la objetividad de la decisión que vaya finalmente a adoptarse.

"4. Me separo del conocimiento del incidente de nulidad porque considero que, a la luz de las condiciones particulares que rodearon la actuación que ahora es objeto de tacha y que siguieron a ella, indefectiblemente estoy vinculado como partícipe de los hechos que van a ser estudiados y fallados en el curso del incidente. De hecho, el dicho de un juez constitucional se enfrentará al dicho de otro, y los dos deberán decidir cuál servirá como presupuesto de la decisión final.

"La pérdida de distancia entre lo que es objeto de la litis y el juez, exige que en aras de la independencia e imparcialidad que con todo derecho reclaman los ciudadanos de la administración de justicia, se decida en sentido positivo mi declaración de impedimento, la que formulo no porque me retracte de lo que he sostenido sobre la sentencia, sino, por el contrario, porque me reafirmo plenamente en lo dicho y, además, porque corresponde a mi interés como ciudadano y juez que en la decisión de la Corte sólo brille la verdad, la que debe ser reconocida, que no impuesta, con espíritu objetivo y sereno por parte de jueces respecto de quienes no pueda siquiera sospecharse el más mínimo conflicto de intereses.

"Solicito encarecidamente que esta solicitud no se despache sin antes, por lo menos, oír la versión magnetofónica de la sesión del 12 de junio de los corrientes y examinar la carta suscrita por los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, a la que he hecho mención. Estas pruebas y hechos corroboran mi petición pues demuestran tanto mi interés en la decisión a adoptarse como la necesidad, que juzgo absoluta, de que la decisión de la Corte recabe por su independencia y autonomía no sólo el acatamiento de los ciudadanos sino también el de sus mismos guardianes.

"Cordialmente,

"(Fdo.) EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ".

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

AUTO No. 023
Julio 28 de 1997

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACIÓN AL JUEZ O TRIBUNAL -
Iniciación de tutela / VIA DE HECHO POR JUÉZ O TRIBUNAL - Necesidad
de notificarles iniciación de tutela

Distinto es el caso cuando la jurisdicción constitucional va a examinar si un juez o un tribunal colegiado violaron el debido proceso e incurrieron en una vía de hecho. En esta circunstancia, excepcional, porque lo normal es que no haya tutela contra providencias judiciales, prácticamente se va a decidir si la jurisdicción ordinaria, en el caso concreto sometido a la acción de tutela, profirió o no una vía de hecho disfrazada como providencia judicial, y, ante la importancia del asunto a debatir es indispensable que el juez o el tribunal colegiado sean notificados de la existencia de la tutela, porque son ellos preferencialmente quienes deben rebatir la acusación de que cometieron una vía de hecho y, si hubo algún salvamento de voto, la opinión minoritaria también tiene derecho a que el Estado le notifique la iniciación de la tutela, no solo para que exprese su opinión, si a bien lo tiene, sino por la sencilla razón de que de todas maneras integra una Sala de Decisión colegiada. Y, esas Salas ejercen funciones jurisdiccionales. Además, en los Tribunales hay diferentes Salas de Decisión, encabezadas por un ponente que es quien identifica la Sala pero no excluye de su composición a los demás. Se notificó la iniciación de la acción de tutela solamente a dicha Magistrada pero no a los otros dos integrantes de la Sala, luego se ha incurrido por este aspecto en una nulidad, que es saneable según reiterada posición de la Corte Constitucional y, no estaba dentro de las atribuciones de la ponente de la Sala de Decisión Penal efectuar la notificación a los otros dos magistrados de la existencia de una tutela en contra de providencia por ellos proferida, esta es una obligación indelegable del juzgador de tutela, como expresión de la jurisdicción constitucional que ejercita.

Ref.: Expediente T-124400.

Procedencia: Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá.

Accionante: Banco de la República.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado el siguiente

AUTO

Dentro del expediente de tutela N° 124.400 instaurado por el Banco de la República contra providencias judiciales. De las pruebas aportadas al juzgador de tutela y de las practicadas en la revisión surgen estos

HECHOS

1. El 29 de noviembre de 1990, el IFI-CONCESION SALINAS, adquirió 10 títulos de participación clase B del Banco de la República, cada uno por un valor de treinta y ocho millones de pesos.

2. Estos documentos junto con otros, que en total sumaban 680 millones de pesos, fueron sustraídos del IFI y posteriormente negociados. Algunos de ellos se hicieron efectivos ante el Banco de la República, pero los 10 títulos de 38 millones cada uno no pudieron serlo, 4 de ellos reposan en un expediente penal que actualmente cursa en la Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá y los otros 6 corresponden al juicio ejecutivo que origina la presente tutela, estaban en el Juzgado 29 Civil del Circuito de esta ciudad, pero por orden de la Sala Penal del mencionado Tribunal fueron remitidos a éste para que hagan parte del proceso penal que allí cursa.

3. La averiguación penal se originó por denuncia interpuesta por la Tesorera del IFI el 22 de enero de 1991. Se inició investigación por los delitos de peculado y falsedad en el antiguo Juzgado 10 de Instrucción Criminal, antes de la creación de la Fiscalía General de la Nación.

4. Una de las primeras determinaciones del Juez de Instrucción, el 23 de enero de 1991, fue la de ordenarle al Banco de la República que se abstuviera de cancelar los títulos. Expresamente se dijo:

“Igualmente teniendo en cuenta la urgencia de que los títulos que informa la denunciante pueden ser presentados para el cobro, aumentándose por lo tanto la cuantía del ilícito, se ordena de conformidad con la facultad consagrada en el art. 366 del C.P.P., la no cancelación de los documentos que se presenten al cobro y la retención de los mismos, tanto para aquellos expedidos por el Banco de la República, como para aquel por valor de cien millones de pesos expedido por la Corporación Financiera de Transporte, como lo afirma la denunciante en la declaración juramentada rendida en el día de hoy en el presente Despacho”.

5. El 24 de enero de 1991, el Juzgado 10 de Instrucción Criminal le comunicó al gerente del Banco de la República (oficio 238) que se abstuviera de cancelar los 10 títulos por 38 millones cada y solicitó que “se sirva retener los títulos presentados al cobro y enviarlos en forma inmediata al presente juzgado”. El mismo día contestó el Banco comunicando que procedería según lo ordenado, pero aclarando que el vencimiento de los títulos era el 28 de febrero de 1991.

6. La firma Bermúdez y Valenzuela adquirió seis de esos títulos, pero antes la había conocido como comisionista de la bolsa. En calidad de tenedor los presentó para su cobro ejecutivo en el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Es decir que primero fue comisionista y luego tenedor de los títulos. Los 6 títulos que presentó para la ejecución tienen consignada como parte del endoso esta frase:

“Endosamos sin responsabilidad en favor de Bermúdez y Valenzuela S. A. comisionista de bolsa, advirtiendo la existencia de orden de no pago por parte de un juzgado de instrucción criminal”.

7. El 22 de Junio de 1991, ante el Juez Penal que en ese instante tenía el conocimiento (102 de Instrucción Criminal) el apoderado de Bermúdez y Valenzuela S.A. comisionista de bolsa pidió: que se decretara “el levantamiento de las órdenes de no pago y de retención tomadas por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal”. Se incluía dentro de la petición los títulos 0114395, 0114396, 0114397, 0114398, 0114391, 0114399. En su escrito hace especial mención a que con base en esos seis títulos se “inició una acción ejecutiva singular contra el Banco de la República, la cual cursa en el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C.” y por eso dentro de las pruebas pide “oficiar al Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., para que a mi costa certifique sobre la existencia del proceso ejecutivo adelantado por la sociedad Bermudez y Valenzuela, S.A. Comisionista de Bolsa contra el Banco de la República y sobre el estado del mismo”. No se ha aclarado dentro del expediente de tutela sobre si se trata de una equivocación mecanográfica en el número del Juzgado Civil, aunque la petición mencionada es de 1991 y en el Juzgado Veintinueve (29) el juicio ejecutivo se inició solamente en 1992.

8. El 12 de noviembre y el 6 de diciembre de 1991 el Juzgado 102 de Instrucción criminal negó la entrega de esos títulos. Y el 5 de marzo de 1992 se confirmó la determinación. El *ad-quem* (Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá) entre muchos argumentos dice: “Entonces, lo que corresponde revisar es si en estas últimas transacciones, en donde ya figura el comisionista como adquirente, en favor de éste cabe pregonar la existencia de esa buena fe a que se refiere el artículo 835 del Código de Comercio. Y valorada la situación, la respuesta resulta ser negativa”. Y agrega:

“Así las cosas, si están siendo reclamados nada menos que algunos de los bienes que fueron objeto material de los punibles investigados, como ya se anotara, y no siendo por ahora posible predicar que fue absolutamente diáfana la intervención de quien aparece en este trámite como tercero incidental, es conveniente esperar el resultado final del sumario pues sólo con la calificación correspondiente podrán determinarse en cierto grado responsabilidades; de ahí porque la conducencia de la orden de retención y no pago de los documentos, la que incluso bien podría prolongarse hasta la cabal terminación del proceso penal, según las personas que en últimas llegaren a resultar involucradas en una causa criminal.

Y es que en verdad no pueden tomarse únicamente como referencia para decidir en este estado de la actuación las normas comerciales, pues al fin y al cabo no se está en presencia de una normal y corriente transacción de títulos-valores; contrariamente, si estos bienes resultaron en el mercado se debió a que a que fueron objeto de ilícita apropiación. Y en estas circunstancias, no puede olvidarse que es también deber de los funcionarios de la jurisdicción penal, como principio general de procedimiento, procurar en cuanto sea posible retornar las cosas al estado anterior al de los hechos punibles; y que, en general, es objeto de la investigación definir si se ha consumado el punible, quienes sus autores y partícipes y demás circunstancias a términos del art. 360 ibídem aspectos que apenas sí están en camino de convertirse en realidad con el adelantamiento de esas sumarias. Con estas precisiones, será entonces ratificada la decisión de noviembre 12”.

9. El proceso civil que todavía cursa en el Juzgado Veintinueve (29) del Circuito se inicia con demanda presentada el 20 de febrero de 1992, el mandamiento ejecutivo se libra el 4 de marzo, el Banco propuso excepciones el 25 de marzo, entre ellas la de imposibilidad de cancelar los títulos por haberlo ordenado así el Juez 10 de Instrucción Criminal.

El 23 de julio de 1992, se inició en el Juzgado 29 Civil del Circuito una audiencia de conciliación dentro del proceso ejecutivo, la audiencia se suspendió, el 25 de noviembre de 1992 la apoderada de Bermúdez y Valenzuela presentó un escrito en que hace referencia a lo penal, el 15 de julio de 1993 se pidió la continuación del proceso y el 17 de septiembre de ese año se solicitó la suspensión de la diligencia de conciliación por 3 meses “con el fin de que dentro de dicho término la parte

demandante tenga la oportunidad de obtener el levantamiento de la medida y la entrega de los títulos ante el Juzgado 26 Penal del Circuito” eso expresó la apoderada de Bermúdez y Valenzuela S.A.

10. El 30 de septiembre de 1993 el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad negó a Bermúdez y Valenzuela S.A. la solicitud de levantamiento de la orden de no pago de los títulos valores que estaban hasta finales del año pasado en el expediente del juicio ejecutivo, decisión confirmada el 5 de octubre de 1993 en auto de reposición, y al ser apelada, el Tribunal, Sala Penal, el 22 de noviembre de 1993 volvió a confirmar la orden de no pago de los títulos sustraídos.

11. El 2 de diciembre de 1993 continuó la audiencia de conciliación en el Juzgado Civil y la apoderada de Bermúdez y Valenzuela expresó que no había conciliación porque “no fue posible obtener que el Juzgado 26 Penal del Circuito de la ciudad levantara la orden de la medida que afecta los títulos”.

12. El 17 de agosto de 1994, el apoderado del Banco de la República pidió la suspensión del juicio ejecutivo por prejudicialidad penal. El Juez 29 Civil del Circuito, el 6 de diciembre de 1994, negó la suspensión por la razón expuesta en el inciso 2º, causal 2ª del art. 170 del C.P.C.

13. Como esa causal no se refiere a la prejudicialidad penal, el representante legal del Banco de la República interpuso los recursos de reposición y apelación, no prosperando ninguno de ellos, aunque el a-quo reconoció que se trataba era de la causal 1ª del mencionado artículo, pero consideró que dicha causal 1ª del mencionado artículo, tampoco prosperaba . El Tribunal, Sala Civil, confirmó la no suspensión.

14. El 24 de agosto de 1995, se profirió en el Juzgado 29 Civil de Circuito, sentencia negando las excepciones porque consideró que en el proceso cambiario una cosa son los títulos y otra el negocio subyacente y que se protege al tercero de buena fé, se basó en el artículo 784 del Código de Comercio.

15. Cerrada la investigación penal y proferido llamamiento a juicio, el Juez 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia el 30 de enero de 1996, condenándose a los partícipes de los ilícitos y disponiendo que el Banco de la República pague los títulos al IFI-CONCESION SALINAS.

16. Como el Banco había apelado de la sentencia de excepciones del Juez Civil del Circuito, el expediente subió al Tribunal quien confirmó el 6 de agosto de 1996.

17. A su vez, la sentencia del Juez Penal del Circuito también fue apelada. Se absolvió a algunos de los sentenciados en primera instancia, se condenó al subdirector financiero y a un empleado de contabilidad del IFI y a un accionista

de Servivalores, pero confirmándose respecto al reconocimiento de los derechos del IFI-Concesión Salinas. Y ordenándose compulsar copias para que la Fiscalía investigara penalmente a los representantes legales de Bermúdez y Valenzuela S.A. Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá el 1° de octubre de 1996. Es decir, ratificó que debía pagársele al IFI.

18. Aún está el expediente PENAL en el Tribunal antes de enviarse para la casación. Y en el juicio civil la apoderada presentó la liquidación del crédito por un valor de 3.407.883.772,26.

19. El Banco de la República, por intermedio de apoderado, instauró tutela contra decisiones judiciales por cuanto consideró que se viola el debido proceso. Solicitó:

“A. Se dejen sin efectos la sentencia de 24 de agosto de 1995, del Juez 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, y la sentencia de 6 de agosto de 1996, de la Sala Civil del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

B. En caso de que se determine por parte de los h. magistrados la existencia de una vía de hecho en el proceso penal que obliga a pagar a mi poderdante los títulos valores a favor del IFI concesión Salinas, se dejen sin efecto la sentencia de 30 de enero de 1966 del Juzgado 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y la sentencia de octubre 1° de 1996, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en lo que respecta al pago de títulos.

C. En subsidio de las anteriores, se tome cualquier otra medida que tenga como única finalidad, evitar que el Banco de la República tenga que pagar dos veces los mencionados títulos valores”.

19.1 El 28 de noviembre de 1996, dentro de la tutela, se ordenó “informar a las partes” la existencia de la acción.

19.2 Al Juez Civil del Circuito se le libró comunicación y también se notificó al ponente de la Sala Civil del Tribunal cuya providencia es objeto de la presente tutela, pero no se notificó a los otros dos integrantes de la Sala Civil de Decisión.

19.3 Se le notificó también a la ponente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal que profirió la providencia dentro del juicio penal, pero no a los otros dos magistrados integrantes de la Sala.

19.4 Se libro oficio al Juez Veintiseis (26) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, pero el 5 de diciembre de 1996 informó la Secretaría del Tribunal donde se tramitaba la tutela que “no pudo ser entregado” el oficio que comunicaba la iniciación de la tutela por estar en paro el poder judicial. Es decir, dicha autoridad no fue notificada de la existencia de la tutela.

20. El 10 de diciembre de 1996, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá concedió la tutela considerando que las sentencias del proceso civil no analizaron la posibilidad de decretar la prejudicialidad y por consiguiente actuaron de hecho poniendo al solicitante ante la perspectiva de pagar dos veces la misma suma. Anuló las sentencias civiles y le ordenó al juez que considerara la posibilidad de dar aplicación al art. 170 del C. de P. C.

21. Impugnaron el fallo los tres magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Santafé de Bogotá y el Juez Veintinueve (29) Civil del Circuito de esta ciudad. El juzgador de tutela concedió el recurso en el efecto suspensivo (sic).

22. El 6 de febrero de 1997, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia revocó y consideró que no había vía de hecho porque el Banco de la República tuvo todas las oportunidades de interponer recursos y de defenderse, luego no procedía la acción de tutela,

CONSIDERANDO,

1. Que en la solicitud de tutela se hizo mención a decisiones de los jueces civiles y penales se indicó que podría haber una vía de hecho dentro del proceso penal que ordenó en la etapa sumarial no pagar unos títulos y luego en las sentencias que ordenaron le fueran pagados al IFI.

2. Que el juez de tutela, Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, consideró que la acción se dirigía no solamente contra las providencias de los jueces civiles sino también contra las de los jueces penales. No le faltó razón porque en el fondo estaba resolviendo estas inquietudes: hubo o no vía de hecho en la decisión del juez penal al ordenar que no se pagaran los títulos? hubo o no vía de hecho en la decisión de ordenar pagarle al IFI? o, por el contrario hubo o no vía de hecho cuando la misma jurisdicción ordinaria determinó que se le debe pagar a Bermúdez y Valenzuela S.A., decisión proveniente de los jueces civiles?.

3. Lo reseñado plantea una inquietud procesal dentro de la tutela: podía adelantarse la acción sin informar de su existencia a todos los funcionarios de la jurisdicción ordinaria, cuya conducta fue analizada en el fallo de tutela de primera instancia y quienes, en realidad, profirieron las providencias que motivan la presente tutela?

4. Tratándose de agentes del Estado, en numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha dado órdenes, mediante tutela, a funcionarios que no han sido citados dentro de la tramitación de la acción. La razón teórica es la siguiente: el funcionario público no se ve vinculado al expediente de tutela por el poder del procedimiento de la acción, sino por el poder de la jurisdicción constitucional que el juez de tutela ejercita al proteger los derechos fundamentales del solicitante. Pero, en tales ocasiones no se ha tratado de controvertir posibles vías de hecho,

sino de establecer mecanismos de protección de un derecho fundamental (p. ej. órdenes al ICBF en relación con protección a niños).

Muy distinto es el caso cuando la jurisdicción constitucional va a examinar si un juez o un tribunal colegiado violaron el debido proceso e incurrieron en una vía de hecho. En esta circunstancia, excepcional, porque lo normal es que no haya tutela contra providencias judiciales, prácticamente se va a decidir si la jurisdicción ordinaria, en el caso concreto sometido a la acción de tutela, profirió o no una vía de hecho disfrazada como providencia judicial, y, ante la importancia del asunto a debatir es indispensable que el juez o el tribunal colegiado sean notificados de la existencia de la tutela, porque son ellos preferencialmente quienes deben rebatir la acusación de que cometieron una vía de hecho y, si hubo algún salvamento de voto (como ocurrió en el presente asunto), la opinión minoritaria también tiene derecho a que el Estado le notifique la iniciación de la tutela, no solo para que exprese su opinión, si a bien lo tiene, sino por la sencilla razón de que de todas maneras integra una Sala de Decisión colegiada. Y, esas Salas ejercen funciones jurisdiccionales como lo señalaba el artículo 7º del Decreto 1265 de 1970 y ahora el artículo 19 de la ley 270 de 1996. Además, en los Tribunales hay diferentes Salas de Decisión, encabezadas por un ponente que es quien identifica la Sala pero *no excluye*, de su composición a los demás. En el Tribunal de Santafé de Bogotá, en el acta 22 de 15 de julio de 1996 se integraron las Salas de Decisión dentro de la Sala Penal y una de ellas la encabeza y por ello es la ponente, la doctora Florangela Torres de Cardona.

5. Pues bien, se notificó la iniciación de la acción de tutela solamente a dicha Magistrada pero no a los otros dos integrantes de la Sala, luego se ha incurrido por este aspecto en una nulidad, que es saneable según reiterada posición de la Corte Constitucional y, no estaba dentro de las atribuciones de la ponente de la Sala de Decisión Penal efectuar la notificación a los otros dos magistrados de la existencia de una tutela en contra de providencia por ellos proferida, esta es una obligación indelegable del juzgador de tutela, como expresión de la jurisdicción constitucional que ejercita.

6. En cuanto a la Sala de Decisión Civil, una de cuyas providencias motiva la presente acción de tutela, también se incurrió en la misma omisión; pero *la nulidad fue saneada* porque quienes podían alegarla no lo hicieron al impugnar la sentencia de tutela de primera instancia (recurso interpuesto por los *tres* magistrados de la Sala de Decisión Civil); si ellos no alegaron la nulidad, la Corte ha considerado desde el fallo T-206/95 (M.P. Jorge Arango Mejía) que este proceder indica que "es ostensible que la nulidad fue saneada".

7. Respecto del Juez Veintiseis (26) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá a quien tampoco se le notificó la iniciación de la tutela porque los juzgados estaban en paro, es obvio que esta circunstancia no podía ser excusa para suspender los términos, pero la labor del Tribunal que conocía la tutela era la de notificar por el medio que considerara *expedito y eficaz* (art. 16 decreto 2591 de 1991).

Esta es una obligación de medio, no de resultado.

Pero el medio eficaz no es dejar constancia de que el poder judicial estaba en paro, como si se tratara de castigar la actitud. Han debido emplearse otros medios de información como enviar un FAX a alguna de las oficinas en el edificio de los juzgados, o enviar un telegrama al domicilio del funcionario.

8. Por último, esa falta de citaciones, constituye nulidad que debe *decretarse sin consideración a que vaya o no a prosperar la tutela* (auto de 3 de octubre de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En virtud de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Póngase en conocimiento de los dos magistrados que integraron la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá cuyo ponente es la doctora Florángela Torres de Cardona, y del juez Veintiseis (26) Penal del Circuito de esta ciudad, la existencia de la nulidad derivada de no haberseles citado informándoseles la iniciación de la acción, a fin de que digan si allanan o no la nulidad. Si en el término de 3 días siguientes a la fecha en que se les notifique este auto de la Corte Constitucional por parte del Tribunal de primera instancia, no alegan la nulidad, se entiende que queda saneada y el expediente regresará a la Corte Constitucional para continuar con la tramitación.

Si no es saneada la nulidad, se declarará a partir del auto del 28 de noviembre de 1996 inclusive y se retrotraerá el procedimiento a dicha fecha.

Remítase el expediente al Tribunal de origen para los efectos consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 024
Julio 29 de 1997

PRINCIPIO DE PARTICIPACION - Oportunidad para controvertir decisiones / **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** - Alcance de las normas sobre admisión y rechazo / **RECURSO DE SUPLICA EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** - Implica renuncia tácita a facultad de corregirla

Si bien la Corte tiene el deber de racionalizar la función judicial que le ha sido encomendada, también lo es que, en atención al principio participativo, debe darse la oportunidad a los demandantes para controvertir sus decisiones. Teniendo presente lo anterior y considerando el principio de economía procesal, se desprende que las normas que regulan lo relativo a la admisibilidad y rechazo de las demandas de constitucionalidad deben interpretarse en el sentido de ofrecer al demandante una suerte de diálogo, en virtud del cual, si está de acuerdo con las observaciones hechas por el Magistrado Ponente en el auto inadmisorio de la demanda, procederá a corregirla y, en caso contrario, podrá solicitar a la Sala Plena que revise la decisión de uno de sus miembros. La no corrección de la demanda tiene por efecto el rechazo de la misma. Si el demandante no acoge las razones que sustentan la inadmisibilidad de una demanda, bien puede renunciar a su derecho a corregir la demanda y, en su lugar, presentar recurso de súplica. Cabe señalar que la presentación del recurso de súplica supone la renuncia tácita al ejercicio del mencionado derecho.

RECURSO DE SUPLICA POR INADMISION DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Exposición de razones por las cuales desestima las consideraciones

Al presentarse recurso de súplica se renuncia tácitamente a la facultad de corregir la demanda. Como quiera que al presentarse la súplica el demandante manifiesta su oposición a los argumentos expuestos por el Magistrado Ponente, debe exponer las razones por las cuales desestima tales consideraciones. La función de la Sala Plena de la Corte, al conocer de la súplica, es justamente la de examinar los motivos expuestos. No es posible resolver recursos de súplica en los que el suplicante no desarrolla argumento alguno.

Ref.: Expediente D-1718.

Actor: Juan Manuel Charry Urueña.

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2968 de 1960.

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Aprobado por Acta No. 34.

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados, Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

ANTECEDENTES

1. Que el ciudadano Juan Manuel Charry Urueña presentó demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2968 de 1960. El actor solicita que se declare la inexecutable de su aplicación a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las cuales el Estado tenga una participación accionaria superior al 90%, y para toda entidad pública.

El actor señala que, si bien algunas de las disposiciones del Decreto 2968 de 1960 fueron modificadas por decretos autónomos, ello no le resta competencia a la Corte para conocer de la integridad del decreto demandado, toda vez que tales decretos autónomos no podían modificar normas de rango superior. En consecuencia, solicita a la Corte que así lo decrete y disponga su inaplicabilidad.

2. Mediante auto del 1º de julio de 1997 el Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell rechazó la demanda respecto de los artículos 1, 2, 5, 12, 13 y 14 del Decreto 2968 de 1960 y la inadmitió en lo que a los restantes artículos respecta.

Las razones que motivan el rechazo parcial de la demanda se pueden sintetizar señalando que los artículos 1, 2, 5, 12, 13 y 14 del Decreto 2968 de 1960 fueron modificados mediante decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confería el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución de 1886 (con las modificaciones introducidas mediante el acto legislativo N° 1 de 1968). Tales modificaciones fueron elevadas a rango legal al ordenar el artículo 36 de la Ley 35 de 1991 que, en lo sucesivo, las modificaciones introducidas por el Gobierno Nacional al régimen del sector financiero mediante

decretos autónomos antes de la entrada en vigencia de la Ley 35 de 1991, únicamente podrían ser reformadas mediante ley de la República. En consecuencia, los mencionados artículos del Decreto 2968 de 1960 se encuentran derogados y no producen efectos.

Respecto de la inadmisión de la demanda, el Magistrado Ponente señaló que una demanda de inconstitucionalidad no satisface el requisito contemplado en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 cuando los argumentos del actor son el “resultado de una elucubración general, es decir, de una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad”. Puntualiza el Ponente que es exigible “la confrontación puntual y concreta entre las disposiciones constitucionales y las normas acusadas, con la debida explicación del concepto de violación de aquellas”. Habida consideración del hecho de que el demandante se limitó a acusar la violación del artículo 335 de la Constitución por el Decreto 2968 de 1960, sin expresar cargo alguno frente a los diversos asuntos tratados en el estatuto demandado, se considera que no existe un concepto de violación ajustado a las exigencias legales vigentes.

3. El día 8 de julio, dentro del término de ley, el demandante interpuso recurso de súplica contra la providencia del 1° de julio de 1997. El actor manifiesta que el recurso de súplica se dirige a cuestionar tanto las razones del rechazo como las de inadmisión de la demanda.

El actor presenta los siguientes argumentos en favor de la admisibilidad de su demanda. Primero, señala que la Corte es competente para conocer de las demandas contra Decretos Leyes. Acto seguido, manifiesta que la supuesta derogación de una disposición no es óbice para que la Corte entre a conocer de la misma, siempre y cuando siga produciendo efectos, lo cual, asegura, expuso en la demanda. En todo caso, asevera que únicamente la Sala Plena es competente, mediante sentencia, para declarar que una norma está derogada y no produce efectos y, finalmente, que del hecho de que el artículo 36 de la Ley 35 de 1991 hubiese dispuesto que las modificaciones introducidas mediante decretos autónomos únicamente pueden modificarse mediante ley, no se desprende que, en su momento, tales modificaciones fueran legítimas.

4. El día 9 de julio de 1997, se remitió el expediente al Despacho del Magistrado Eduardo Cifuentes.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

1. De acuerdo con lo expuesto por el actor, la súplica se interpone contra la orden de rechazo y contra la inadmisión de la demanda, sin que previamente se hubiera corregido la demanda. El artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 dispone que

frente al rechazo de la demanda, procede el recurso de súplica. Debe la Corte, en consecuencia, determinar si es posible que inadmitida la demanda, el actor no proceda a corregirla y, en su lugar, interponga recurso de súplica.

2. Mediante auto del diez (10) de abril del año en curso, el Magistrado Alejandro Martínez Caballero expuso el sentido del examen que recae sobre la admisibilidad de una demanda, en los siguientes términos, los cuales la sala reitera:

“Que por ende, si bien la acción pública de inconstitucionalidad es pública y no está sometida a mayores rigorismos (C.P. arts 40 y 241), por lo cual en su trámite debe predominar la informalidad (Sentencia C-016/93) y la realización del derecho sustancial (C.P. art. 228), también es deber de la Corte, al estudiar la admisión de una demanda, examinar si los actores han cumplido o no realmente los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. Este examen no consiste entonces en una simple verificación formal del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 2º del decreto 2067 de 1991 sino que corresponde al Magistrado Sustanciador analizar si mínimamente el actor ha cumplido materialmente esos requisitos. Por ejemplo, si el actor formalmente invoca una disposición constitucional pero en realidad ésta no existe, o formula un cargo que conforme a clarísima y reiterada jurisprudencia sin ningún lugar a dudas es totalmente infundado, el Magistrado Ponente debe inadmitir la demanda a fin de permitir al actor que efectúe la correspondiente corrección o, en caso de que no se cumpla con esa carga, proceder a su rechazo definitivo. En efecto, en función de la economía procesal y para el mejor ejercicio de la delicada función de la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución que corresponde a la Corte (C.P. arts 209, 228 y 241), no hay razón para que esta Corporación admita demandas que evidentemente no están llamadas a prosperar por ausencia de cargo, o por falta de señalamiento de una norma constitucional posiblemente infringida, puesto que se estarían utilizando importantes recursos estatales para una labor que no beneficia a ninguna persona ya que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda. Nótese que esta inadmisión no sólo permite una racionalización del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad sino que no afecta en manera alguna el derecho político de los ciudadanos de acusar normas (C.P. art. 40), puesto que no sólo el propio actor tiene la posibilidad de proceder a la corrección de su escrito sino que, además, el rechazo de una demanda no hace tránsito a cosa juzgada. La Corte simplemente exige del ciudadano un deber mínimo de diligencia, y ello con el exclusivo fin de que esta Corporación pueda cumplir adecuadamente sus funciones, ya que, tal y como se ha señalado en diversas sentencias, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación de un ciudadano contra una norma legal y con base en disposiciones constitucionales efectivamente vigentes”.

3. Ahora bien, resulta evidente que si bien la Corte tiene el deber de racionalizar la función judicial que le ha sido encomendada, también lo es que, en atención al principio participativo, debe darse la oportunidad a los demandantes para controvertir sus decisiones. Teniendo presente lo anterior y considerando el principio de economía procesal, se desprende que las normas que regulan lo relativo a la admisibilidad y rechazo de las demandas de constitucionalidad deben interpretarse en el sentido de ofrecer al demandante una suerte de diálogo, en virtud del cual, si está de acuerdo con las observaciones hechas por el Magistrado Ponente en el auto inadmisorio de la demanda, procederá a corregirla y, en caso contrario, podrá solicitar a la Sala Plena que revise la decisión de uno de sus miembros. La no corrección de la demanda tiene por efecto el rechazo de la misma. Si el demandante no acoge las razones que sustentan la inadmisibilidad de una demanda, bien puede renunciar a su derecho a corregir la demanda y, en su lugar, presentar recurso de súplica. Cabe señalar que la presentación del recurso de súplica supone la renuncia tácita al ejercicio del mencionado derecho.

En consecuencia, la Corte considera legítima y procesalmente válida la petición del demandante en el proceso de la referencia, la que se articula a través del recurso de súplica frente al rechazo y la inadmisión de la demanda.

Rechazo de la demanda.

4. En sentencia C-057 de 1994 la Corte señaló el alcance del inciso primero del artículo 36 de la Ley 35 de 1991:

“El legislador no cuestionó la validez de las disposiciones que formaban parte del mencionado estatuto y, por el contrario, la facultad extraordinaria conferida parte del supuesto que indica que la referencia hecha por la ley que permite la incorporación de las modificaciones, la nueva numeración y la nueva sistematización del mismo estatuto, convalida cualquier posible vicio formal de inconstitucionalidad antecedente, que esté directamente relacionado con la competencia o con el procedimiento seguido para su expedición; se trata en este caso de una especie de convalidación de inconstitucionalidad en cuanto a los aparentes vicios formales y procedimentales de la expedición de la normatividad antecedente, ya que el legislador mismo señala que sobre el conjunto de disposiciones que integran el mencionado cuerpo normativo se pueden ejercer las facultades que confiere” (M.P. Fabio Morón Díaz).

De lo anterior se desprende que, no es posible cuestionar la constitucionalidad de las modificaciones introducidas por el Presidente de la República —desde el punto de vista formal—, mediante decretos autónomos y antes de la entrada en vigencia de la Ley 35 de 1991, a las normas que entonces regulaban la actividad financiera en Colombia.

5. Por otra parte, en la citada sentencia, la Corte señaló que la expedición de un estatuto orgánico integral supone la derogación de las normas anteriores, como ocurrió con la expedición del Decreto 663 de 1993. Dijo la Corte:

“El ejercicio de la facultad ordinaria o extraordinaria de expedir estatutos orgánicos o regímenes legales integrales, implica la derogatoria de las normas incorporadas a éstos para integrarlas en un solo cuerpo normativo. Además, esta resolución se adopta porque la materia sobre la que debe versar el fallo para que produzca efectos judiciales, está contenida en la nueva norma que lo incorpora y sistematiza en la posterior expresión formal de la voluntad normativa del legislador”.

En consecuencia, las normas respecto de las cuales fue rechazada la demanda, se encuentran derogadas y no siguen produciendo efectos, por razón de la modificación introducida por el Presidente de la República, convalidada por el propio legislador.

Estas razones bastan para no acceder a la súplica en lo pertinente.

Inadmisión de la demanda.

6. Antes se dejó en claro que al presentarse recurso de súplica se renuncia tácitamente a la facultad de corregir la demanda. Como quiera que al presentarse la súplica el demandante manifiesta su oposición a los argumentos expuestos por el Magistrado Ponente, debe exponer las razones por las cuales desestima tales consideraciones. La función de la Sala Plena de la Corte, al conocer de la súplica, es justamente la de examinar los motivos expuestos. No es posible resolver recursos de súplica en los que el suplicante no desarrolla argumento alguno.

7. El demandante, aunque advierte que interpone recurso de súplica contra el rechazo parcial de la demanda y contra la inadmisión de lo restante, contrae sus argumentos a controvertir las razones del rechazo. En consecuencia, deberá negarse la súplica en lo respecta que a la inadmisión, además bajo el entendido de que la interposición del recurso de súplica supone la renuncia del derecho a corregir la demanda.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. **DENEGAR** la súplica presentada por el ciudadano Juan Manuel Charry Urueña respecto del rechazo de la demanda contra los artículos 1, 2, 5, 12, 13 y 14 del Decreto 2968 de 1960.

Segundo. **DENEGAR** la súplica presentada por el ciudadano Juan Manuel Charry Uruña respecto de la inadmisión de la demanda contra los artículos 3 a 11, 15 a 19, 21 y 22 del Decreto 2968 de 1960.

Tercero. **CONFIRMAR** el auto del primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) en el sentido de que se entiende rechazada la totalidad de la demanda.

Cuarto. Contra la presente providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente
—No firma auto suplicado—

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 025
Julio 29 de 1997

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA - Lugar donde ocurriera la violación o amenaza

Ref.: Expediente ICC-020.

Conflicto de competencia entre el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia y Juzgado 1 Penal del Circuito de Medellín.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Aprobado por Acta No. 34.

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados, Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en uso de sus facultades constitucionales y legales, procede a definir el conflicto de competencia suscitado entre los despachos judiciales citados en la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, los ciudadanos Roberto Fabio Barrientos Cadavid y Nora Restrepo de Barrientos interpusieron acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Valorización de Antioquia.

2. Manifiestan en su escrito que las obras de ampliación y pavimentación de la vía *Fredonia-Puente Iglesias*, contratadas por la entidad demandada, han afectado gravemente su vivienda. Exponen que durante la construcción de la obra se pusieron en contacto con los ingenieros del Departamento Administrativo demandado, quienes ordenaron la construcción de algunos muros de contención, lo cuales, una vez finalizada la obra principal (ampliación y pavimentación de la vía), no se han ejecutado.

3. El Juzgado Penal del Circuito de Fredonia se declaró incompetente para conocer de la acción, puesto que la sede del Departamento Administrativo de Valorización de Antioquia es Medellín, lugar en el cual ocurrió la violación de los derechos fundamentales de los demandantes.

4. El proceso fue repartido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, el cual se declaró incompetente para conocer del mismo, ya que considera debió repartirse a un juez penal, razón por la cual ordenó remitirlo a la Oficina de Apoyo Judicial de Medellín para que fuera repartido a un Juez Penal del Circuito de Medellín.

5. Repartido nuevamente el proceso, correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, conocer del mismo. Mediante auto del 30 de mayo de 1997, se declaró incompetente para conocer del proceso de la referencia. Su decisión se apoya en las siguientes razones: En primer lugar, los hechos que motivaron la demanda tuvieron lugar en Fredonia y el causante de los mismos, aunque tiene su sede en Medellín, tiene jurisdicción en todo el territorio de Antioquia. La Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 05/05/95 ha señalado que en tales eventos los demandantes pueden escoger el juez que consideran competente, es decir, el juez del lugar de los hechos o el juez de la sede del demandando. El seleccionado asumirá la competencia a prevención. En segundo lugar, aunque el juez no desarrolla su afirmación, se ha presentado una colisión de competencias entre juzgados de la misma categoría y especialidad, pero de distritos judiciales distintos: el juez penal del circuito de Fredonia pertenece al Distrito Judicial de Antioquia y el juez primero penal del circuito de Medellín pertenece al Distrito Judicial de Medellín. En consecuencia, se dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional a fin de que resolviera el conflicto de competencia suscitado.

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

1. Como se ha indicado en reiteradas oportunidades, entre otras en el auto de Sala Plena de junio 20 de 1996, la Corte Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia que se susciten en materia de tutela.

Competencia territorial.

2. En el presente caso, el Juez Penal del Circuito de Fredonia manifiesta que si bien los hechos que motivan la acción de tutela ocurrieron dentro de su jurisdicción, el causante de los mismos tiene su sede en Medellín, lo cual apareja un desplazamiento de la competencia.

3. El inciso primero del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 dispone que serán competentes los jueces con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la

violación o la amenaza que motiva la acción de tutela. La Corte Constitucional en sentencia T-183 de 1995 dijo, en un caso similar al que ocupa a la Sala Plena, que:

“El Juzgado 2o. Civil Municipal de Barbosa (Santander) en providencia de 12 de octubre de 1994, interpretó de manera equivocada el artículo 37 del decreto 2591/91, al entender que el lugar donde se produjo el acto u omisión que se pretende tutelar fue la ciudad de Santafé de Bogotá, que es precisamente donde el Honorable Consejo Nacional Electoral, tiene su sede natural (folios 3 y 4).

“En efecto, el artículo 37 es claro al fijar la competencia a prevención para conocer de la acción de tutela, en los jueces o tribunales con jurisdicción «en el lugar donde ocurriera la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud», y no donde se expidió el acto como lo entendió el juez que recepcionó la solicitud”.

4. A las anteriores consideraciones debe sumarse el hecho de que el Departamento Administrativo de Valorización de Antioquia, en su calidad de autoridad departamental, tiene competencia en todo el territorio del departamento, lo cual hace aún más objetable la razón invocada por el Juez Penal del Circuito de Fredonia, puesto que la sede del demandado no es más que un accidente respecto de sus funciones.

Las anteriores razones son suficientes para resolver el conflicto de competencia suscitado en el sentido de radicar la competencia del proceso de la referencia en el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en Sala Plena

RESUELVE :

Primero. **REMITIR** al juzgado penal del circuito de Fredonia el proceso de la referencia, por cuanto le corresponde conocer del mismo en razón de la competencia territorial.

Segundo. **ORDENAR** a la Secretaría General de la Corporación que se dé el traslado del proceso ICC-020 al Juzgado Penal del Circuito de Fredonia.

Tercero. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase,

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA , Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

**SENTENCIAS DE
CONSTITUCIONALIDAD
Julio
1997**

SENTENCIA No C-320
Julio 03 de 1997

FALTA DE PROPOSICION JURIDICA INTELIGIBLE-
Demanda inepta

Es diferente el caso de la demanda inepta, por falta de proposición jurídica inteligible, situación en la cual procede la inadmisión e incluso, excepcionalmente, la sentencia inhibitoria, de aquellos eventos en que el contenido normativo impugnado por el actor es inteligible y autónomo, pero no puede ser estudiado independientemente, por cuanto su examen remite inevitablemente al estudio del conjunto normativo del cual forma parte.

**UNIDAD NORMATIVA-Alcance excepcional/
INTEGRACION DE LA PROPOSICION JURIDICA**

La unidad normativa procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. En los otros casos, esto es, cuando la relación entre las proposiciones jurídicas no es tan estrecha, la unidad normativa no procede, salvo si la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece prima facie de una constitucionalidad discutible. La unidad normativa no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexecutable. La unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad.

DEPORTE PROFESIONAL-Dimensiones

El deporte profesional ocupa un lugar complejo en el ordenamiento constitucional puesto que, tal y como lo ha señalado esta Corporación, es una actividad que tiene diversas dimensiones, ya que es un espectáculo, una forma de realización personal, una actividad laboral y una empresa. De un lado, es un espectáculo público, por lo cual se relaciona con el derecho a la recreación de los miembros de la comunidad. De otro lado, los jugadores profesionales no sólo ejercitan el deporte como un medio de realización individual sino que son personas para quienes la práctica del deporte es una ocupación laboral, por lo cual esta actividad es una expresión del derecho a escoger profesión u oficio y cae en el ámbito del derecho del trabajo y de la especial protección al mismo prevista por la Constitución.

ASOCIACIONES DEPORTIVAS-Ejercicio de actividad económica

Las asociaciones deportivas, si bien no tienen ánimo de lucro, y no son por ende sociedades comerciales, sí ejercen una actividad económica, puesto que contratan jugadores, reciben ingresos por conceptos de ventas de entradas a los espectáculos y derechos de transmisión, promocionan marcas, etc, pues son "titulares de los derechos de explotación comercial de transmisión o publicidad en los eventos del deporte competitivo". Son entonces verdaderas empresas, en el sentido constitucional del término, por lo cual su actividad recae bajo las regulaciones de la llamada Constitución económica. El deporte profesional además ha tendido a organizarse en formas asociativas complejas.

LENGUAJE DE UNA NORMA LEGAL/DIGNIDAD HUMANA DE DEPORTISTAS-Transferencia/PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Lenguaje empleado en la norma/DERECHOS DEPORTIVOS

El lenguaje de las normas legales revisadas es incompatible con la Constitución ya que desconoce la dignidad de los deportistas, a quienes cosifica, y vulnera la terminante prohibición de la esclavitud y de la trata de personas, pues parece convertir a los clubes en propietarios de individuos. Si ese lenguaje legal corresponde a la realidad jurídica, es evidente que las normas que regulan la figura de los derechos deportivos son inaceptables y deben ser declaradas inexecutable. Sin embargo, si a pesar de ese lenguaje, el contenido normativo de esas disposiciones es constitucionalmente admisible, no sería lógico que la Corte declarara la inexecutable de los artículos, puesto que, debido únicamente a los defectos del lenguaje utilizado por el Legislador, se estaría retirando del ordenamiento una regulación que es materialmente legítima. Lo procedente es que la Corte aplique el principio de "conservación del derecho". Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento. Con mayor razón, si el defecto constitucional de una regulación no deriva de su

contenido normativo sino exclusivamente del lenguaje empleado, entonces corresponde al juez constitucional mantener la regulación ajustando el lenguaje legal a los principios y valores constitucionales. Entendidos los derechos deportivos como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista.

DERECHOS DEPORTIVOS-Límites constitucionales/DERECHOS DEPORTIVOS-Titularidad en jugadores

La figura de los derechos deportivos, como sistema de compensación entre los clubes, es legítima, siempre y cuando ella no constituya o permita un abuso de parte de los clubes, que tienda a desconocer los derechos constitucionales del jugador, a cosificarlo y a convertirlo en un simple activo de tales asociaciones. La ley limita a los clubes la titularidad de los derechos deportivos, ya que confiere esa facultad en "exclusiva" a esas asociaciones. La Corte encuentra que la prohibición de que los jugadores puedan ser titulares de sus propios derechos deportivos no sirve ningún propósito constitucionalmente relevante, pues en nada afecta la transparencia de las transacciones en el ámbito deportivo que un deportista adquiera su carta de transferencia, y sea entonces él mismo el administrador de su carrera profesional. La medida no es entonces útil a los propósitos de la ley. Además, ella vulnera la protección de la dignidad, la autonomía y la libertad de los jugadores, ya que impide, sin ninguna razón aparente, que un deportista, al adquirir su "pase", pueda entonces orientar en forma libre y autónoma su futuro profesional, por lo cual se trata de una restricción que tiende a cosificar al jugador al convertirlo en un simple activo empresarial. Los propios jugadores pueden ser titulares de sus derechos deportivos. Tanto la regulación legal de los derechos deportivos como su ejercicio concreto por los clubes deben ser compatibles con la protección a la libertad de trabajo de los jugadores profesionales establecida por la Constitución.

CLUBES DEPORTIVOS Y DEPORTISTA-Relación laboral/LIBERTAD DE TRABAJO DEL DEPORTISTA-Conflicto entre clubes por transferencia derechos deportivos

La posibilidad que tienen los clubes de mantener los derechos deportivos de un jugador y controlar su futuro profesional, cuando ni siquiera son patronos de los mismos, pues no existe relación laboral, afecta la libertad de trabajo y cosifica al jugador. No es constitucionalmente admisible que se pueda limitar la libertad de trabajo del deportista, que se encuentra constitucionalmente protegida, debido a conflictos entre los clubes derivados de la transferencia de los derechos deportivos. No es compatible con la protección de la libertad de trabajo que un club pueda poseer los derechos deportivos de un jugador, cuando no existe ninguna relación laboral entre los mismos. Si cesa la

relación laboral entre el club y el deportista, el jugador adquiere sus derechos deportivos, siempre y cuando la conducta de este último se haya ceñido al principio constitucional de la buena fe, al deber constitucional de no abusar de sus derechos y al principio general del derecho nemo auditur propriam turpitudinem allegans, con estricta sujeción a las causales de terminación del contrato previstas en la ley.

**ASOCIACIONES DEPORTIVAS-Derechos constitucionales de jugadores/
CLUBES DEPORTIVOS-Derechos constitucionales de jugadores**

La Constitución reconoce amplios márgenes de autonomía a las distintas asociaciones deportivas, las cuáles tienen la facultad de desarrollar distintas reglas relativas a la práctica del deporte. En principio es entonces admisible que la ley contemple esas competencias reguladoras de las federaciones nacionales e internacionales en el campo deportivo. Sin embargo, es obvio que estas regulaciones no pueden desconocer los principios constitucionales, ni vulnerar los derechos fundamentales de las personas, ya que la Constitución es norma de normas. No se puede olvidar que los clubes deportivos son verdaderas empresas, por lo cual, las federaciones deportivas deben ser consideradas asociaciones de empresas, y sus reglamentos decisiones de empresa. No es pues admisible que los derechos constitucionales de los jugadores queden supeditados a estas decisiones empresariales, no sólo porque se desconocería la primacía de la Constitución y de los derechos de la persona, sino porque se estaría permitiendo un prohibido abuso de posición dominante de parte de esas asociaciones. Además, la Carta señala de manera inequívoca que la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios laborales no pueden menoscabar la libertad, la dignidad, ni los derechos de los trabajadores. Con menor razón son admisibles regulaciones empresariales que vulneren esos valores.

**PRINCIPIO DE BUENA FE EN CONTRATOS DEPORTIVOS/DERECHOS
DEPORTIVOS-Ejercicio razonable/CLUBES DEPORTIVOS-Contrato de
trabajo vigente con el jugador**

La referencia al principio de la buena fe y al deber constitucional de no abusar del derecho propio no es puramente retórica sino que tiene profundas implicaciones jurídicas, pues significa que no es legítimo que los clubes o los deportistas se aprovechen de algunas de sus facultades contractuales con el fin de vulnerar los legítimos derechos de su contraparte. En efecto, las partes en una relación contractual no están únicamente obligadas a aquello que escuetamente determina el texto, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe. Así, el hecho de que la Corte haya concluido que los clubes no pueden ser titulares de los derechos deportivos sin mantener un contrato de trabajo vigente con el jugador respectivo, no puede ser entendido como una patente de corso para que los deportistas incumplan sus obligaciones contractuales o disciplinarias, o entren en colusión con otros clubes a fin de que se pueda evadir el pago de una compensación, siendo que ésta era legítima. En ese mismo orden de

ideas, el mantenimiento de la figura de los derechos deportivos, mientras subsiste el contrato laboral, tampoco significa que los clubes tengan una potestad absoluta en este campo, ya que estas asociaciones tienen el deber de ejercer de buena fe y en forma razonable, esos derechos. Es dentro del marco de esos principios constitucionales que debe ser interpretado el alcance de la doctrina establecida en esta sentencia. Corresponderá a los jueces laborales resolver en concreto las distintas controversias que puedan suscitarse en este campo. Igualmente, las decisiones de las asociaciones deportivas "que supeditan a razones exclusivamente económicas, el libre desarrollo de la corta vida deportiva del jugador, su libre escogencia de profesión u oficio, su libertad de trabajo, de contratación y de asociación y, en general, su libertad personal", por lo cual en estos eventos esas determinaciones "pueden ser impugnadas mediante el ejercicio de la acción de tutela, si denotan abuso o explotación injustificada de una posición privada de supremacía".

DEPORTE PROFESIONAL-ReC-320/97C-320/97 regulación legal adecuada

El deporte profesional puede perfectamente ajustarse a una nuevas regulaciones acordes con la Constitución, con lo cual se protege el espectáculo y se garantizan los derechos fundamentales de los deportistas. Es admisible limitar los efectos temporales de la presente decisión, por lo cual se concluye que la sentencia tiene efectos hacia el futuro, y por ende no afecta las situaciones jurídicas consolidadas en virtud de contratos suscritos con anterioridad a la notificación de la presente sentencia. Es indudable que muchos de los anteriores problemas derivan de la ausencia de una regulación legal suficiente y acorde con la Constitución del complejo tema del deporte profesional, sector económico que tiene rasgos muy característicos.

TRANSFERENCIA EN PRESTAMO-Forma atípica de desarrollo del contrato laboral/CLUBES DEPORTIVOS-Responsabilidad solidaria en obligaciones laborales/POLICIA DEPORTIVA

Es claro que la "transferencia en préstamo" de los jugadores de un club a otro sólo es compatible con los valores constitucionales, y por ende admisible, si se interpreta esa expresión de conformidad con la dignidad humana de los deportistas, tal y como lo exige la Carta, puesto que el jugador "como persona humana no es objeto sino sujeto del contrato". Debe entenderse que estos préstamos excluyen cualquier cosificación del jugador, quien no puede ser concebido como un objeto que es entregado y trasladado de un club a otro, al antojo de los directivos de los mismos, ya que ello implicaría una forma de servidumbre y trata de seres humanos contrarias a la Carta. En función del principio de conservación del derecho, es posible mantener esa figura en el ordenamiento y entenderla como una forma atípica de desarrollo del contrato laboral, de tal manera que, de modo similar a algunas regulaciones previstas en otros ordenamientos nacionales, se permite que un deportista entre a desplegar actividades en otro club, mientras el club de origen conserva los derechos deportivos. Se debe contar con el consentimiento expreso del respectivo deportista, y la transferencia no puede traducirse

en un desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Por analogía, son aplicables, para la relación entre el deportista y los respectivos clubes, las normas que protegen los derechos laborales en el caso de las sustituciones patronales, esto es, que los dos clubes deben responder solidariamente de las obligaciones laborales. La intervención estatal para lograr una mayor transparencia deportiva también es susceptible de contribuir a un mayor equilibrio entre los clubes, con lo cual se protege el propio espectáculo, ya que en este campo el interés del público resulta de una cierta incertidumbre en torno a los resultados de la confrontación deportiva, pues poca curiosidad genera un torneo en el cual los desenlaces fueran fácilmente previsibles debido al evidente predominio de uno de los clubes. La ley, sin inmiscuirse directamente en la estructura ni en la dinámica interna de las asociaciones deportivas, se limita a establecer una regulación a fin de garantizar una mayor transparencia deportiva, lo cual es un legítimo ejercicio del poder de policía deportiva, teniendo en cuenta que corresponde al Estado inspeccionar estas organizaciones y que el deporte es un espectáculo público que interesa a la sociedad en su conjunto.

ACTIVIDAD DEPORTIVA-Regulación estatal/COLDEPORTES-Inspección, vigilancia y control de organismos deportivos

Conforme a la jurisprudencia, es claro que el Estado tiene la facultad de inspeccionar las instituciones deportivas y la actividad deportiva y que, en principio esa función de inspección, vigilancia y control está radicada en cabeza del Presidente de la República pues, conforme a la propia ley del deporte, tales clubes son corporaciones sin ánimo de lucro o sociedades anónimas, las cuáles están sujetas a vigilancia presidencial. En la Constitución vigente es claro que la delegación es factible pues el artículo 211 superior autoriza la delegación presidencial también en los representantes legales de entidades descentralizadas. Ahora bien, conforme a la ley 181 de 1995, Coldeportes es un establecimiento público del orden nacional, por lo cual ninguna objeción constitucional se puede hacer a que la ley delegue en esa entidad la inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que conforman el sistema nacional del deporte.

Referencia: Expediente D-1516

Norma acusada: Artículos 34 (parcial) y 61 literal 8° de la Ley 181 de 1995.

Demandante: Carlos Enrique Marín Vélez

TEMAS:

Normas demandadas, integración de la proposición jurídica y alcance de la unidad normativa.

Derechos deportivos sobre los jugadores, libertad económica, dignidad humana y prohibición de la esclavitud.

Policía deportiva, protección de la transparencia deportiva, y autonomía de los clubes y federaciones.

Regulación estatal de la actividad deportiva, inspección y vigilancia sobre organismos deportivos y posibilidad de delegación.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Enrique Marín Vélez presenta demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34 (parcial) y 61 literal 8° de la Ley 181 de 1995, la cual fue radicada con el número D-1516. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISION.

A continuación se transcriben los artículos demandados y se subraya la parte acusada.

Ley 181 del 18 de enero de 1995

“Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el sistema nacional del deporte”

(...)

Artículo 34. *Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva. Ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo.*

(....)

Artículo 61. *El Instituto Colombiano del Deporte Coldeportes, es el máximo organismo planificador, rector, director y coordinador del sistema nacional del deporte y director del deporte formativo y comunitario. Para la realización de sus objetivos, el instituto colombiano del deporte cumplirá las siguientes funciones:*

(...)

8- *Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que conforman el sistema nacional del deporte, por delegación del presidente de la república y de conformidad con el artículo 56 de la ley 49 de 1993 y de la presente ley, sin perjuicio de lo que sobre este tema compete a otras entidades.*

III. LA DEMANDA.

Según el actor, las normas acusadas violan los artículos 13, 16, 25 y 189 ord. 26 de la Carta.

En primer término, el demandante considera que las expresiones demandadas del artículo 34 desconocen los principios de igualdad y favorabilidad del trabajador, ya que las únicas federaciones deportivas que tienen divisiones profesionales son las de fútbol y baloncesto, con lo cual la norma reduce la actividad que desarrollan esas federaciones. Además, señala el actor, la violación a la igualdad es más clara si se tiene en cuenta que “el número de deportistas que componen un equipo o un conjunto es diferente”, según las actividades deportivas, “pues mientras un equipo de fútbol lo componen once (11) personas, el de béisbol, lo integran nueve (9) peloteros y el de basketball cinco (5) deportistas, lo que hace que la prohibición para transferir dos (2) o más deportistas a un mismo club, sea mucho más gravosa, para una disciplina deportiva que para otras”. De esa manera, señala el demandante, la aspiración de los deportistas para ingresar a la nómina de otros clubes resulta limitada, pues la prohibición para ser transferidos les impide ejercer el derecho al trabajo en condiciones de igualdad, ya que “la transferencia es normal, es una operación íntimamente vinculada al deporte profesional que defiende el espectáculo y le garantiza al deportista una actuación activa y protagónica”.

Luego el demandante estudia la evolución histórica de la inspección y vigilancia estatal sobre los clubes deportivos profesionales. Según su criterio, la norma acusada confiere a “Coldeportes unas funciones que ya habían sido declaradas inexecutable por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 45 del 4 de Julio de 1985”. Así, el artículo 28 del decreto 2845 que establecía que el Gobierno, a través de Coldeporte, ejercería la inspección, vigilancia y control de los organismos deportivos, fue declarado inconstitucional en esa sentencia. “entre otras y muchas razones, porque Coldeportes constitucionalmente no puede ejercer funciones de inspección y vigilancia, por ser establecimiento público y el presidente solo las puede delegar en los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Gobernadores”. Igualmente, agrega el actor, el artículo 38 del decreto 2845 que imponía que los estatutos y reglamentos de las organizaciones deportivas debían ser aprobados por Coldeportes fue también declarado inexecutable porque, según la Corte Suprema, esa entidad “no puede ejercer, por su naturaleza, funciones de inspección y vigilancia (sentencia 61 de Agosto 15 de 1985).” En ese orden de ideas, según el demandante, el artículo 61 ordinal 8 de la Ley 181 de 1995 viola el artículo 189-26 de la Carta Política, ya que Coldeportes carece de aptitud constitucional para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que conforman el sistema nacional del deporte. Concluye entonces al respecto el actor:

El Congreso de la República, al ordenar que Coldeportes ejerce funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades que conforman el sistema nacional del deporte, se toma las funciones que corresponden al Presidente de la República y no a Coldeportes y le entregó a éste ente gubernamental funciones que ya tenía y tiene la Superintendencia de Sociedades.

Además, Coldeportes, jamás puede inspeccionar y vigilar a las Cajas de Compensación Familiar, ni el Director de Coldeportes aprobar estatutos y reglamentos de los organismos deportivos. Estas atribuciones son el desarrollo y el resultado de esas funciones de inspección y vigilancia que la ley 181 le dio a Coldeportes.

Por lo tanto, de prosperar estas acciones de inconstitucionalidad, serían igualmente inconstitucionales los decretos extraordinarios que complementaron la ley 181, o sean los decretos 1227, 1228, 1229 y 1230 en lo que respecta al indebido control que ejerce Coldeportes sobre los clubes profesionales.

Soportar dos controles, presentar dos informes, tener dos organismos fiscalizadores, riñe con el orden y con la libertad que debe rodear la libertad económica y la iniciativa privada, amparados en el artículo 333 de la Constitución. Dos controles (Superintendencia y Coldeportes) desdican el fin esencial del estado, que es el de servir a la comunidad y servir no significa hostilizar ni imponer doble celaduría a personas jurídicas que no reclaman nada diferente a lo que dice la constitución y las leyes.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

Los ciudadanos Carlos González Puche, Felipe Devivero Arciniegas y Juan Felipe Pinilla, intervienen en el proceso y solicitan a la Corte que declare la inconstitucionalidad del artículo 34 parcialmente demandado, y efectúe unidad normativa con la totalidad de los artículos 32, 34 y 35 de la Ley 181 de 1995, por cuanto consideran que la Corte no puede pronunciarse sobre las normas parcialmente impugnadas “sin referirse a la reglamentación existente sobre DERECHOS DEPORTIVOS sobre los jugadores o deportistas, SU POSESION Y TRANSFERENCIA, los cuáles se encuentran regulados en los artículos citados anteriormente”.

Los intervinientes comienzan entonces por señalar que la restricción de que sólo dos jugadores puedan ser transferidos a título de préstamo en un mismo torneo vulnera libertad económica, pues es una limitación que no se justifica en términos de protección del bien común, el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la nación.

Según su criterio, la Corte debe entrar a estudiar la totalidad del artículo 34, que regula la figura de los derechos deportivos, así como el artículo 32 que establece que “únicamente los clubes con deportistas profesionales o aficionados, podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas.” Para los intervinientes estos derechos deportivos que tienen los clubes sobre los deportistas o jugadores “trascienden en la práctica el ámbito patrimonial” ya que implican potestades y prerrogativas frente a la libertad del jugador, “que en un momento dado pueden entrar a afectar los derechos fundamentales del mismo, y es en este punto donde se hace necesario que tanto el tratamiento, como la interpretación que se dé a esta regulación se haga teniendo en cuenta de manera definitiva nuestra preceptiva constitucional.”

Conforme a lo anterior, y fundamentándose en la sentencia T-498 de 1994, los intervinientes consideran que la restricción establecida por la primera parte del artículo 34, según la cual los clubes son los únicos autorizados para poseer, registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde es inconstitucional, ya que se “restringe la posibilidad de que los deportistas o jugadores sean propietarios de sus propios derechos deportivos”. De esa manera, consideran los ciudadanos, la norma desconoce la dignidad humana “en tanto hace del jugador o deportista un objeto susceptible de comercio”, y se le niega la posibilidad de controlar él mismo su evolución profesional, pues queda en una posición de absoluta subordinación frente a los clubes, situación que se agrava “si se tienen en cuenta la fortaleza patrimonial de estas personas jurídicas que pueden permitir que estemos frente al abuso de una posición dominante”. Por ello concluyen al respecto que esta norma “le niega al jugador o deportista la posibilidad de vender y disponer libremente de su fuerza productiva, constituyéndose en un gravamen que contraría uno de los principios

fundamentales de la sociedad capitalista, la cual se fundamenta en que toda persona tenga la posibilidad de escoger y ejercer una profesión u oficio de manera libre, y de vender su fuerza productiva.”

De otro lado, los intervinientes consideran que la Corte también debe analizar el artículo 35, el cual establece:

“Los convenios que se celebren entre organismos deportivos sobre transferencias de deportistas profesionales, no se considerarán parte de los contratos de trabajo. En razón de estos convenios no se podrá coartar la libertad de trabajo de los deportistas. Una vez terminado el contrato de trabajo, el jugador profesional transferido temporalmente regresará al club propietario de su derecho deportivo. Si el club propietario del derecho deportivo, no ofreciere formalmente un nuevo contrato laboral o transferencia temporal al jugador dentro de un plazo no mayor a seis (6) meses, el jugador quedará en libertad de negociar con otros clubes de acuerdo con los reglamentos internacionales, sin perjuicio de las acciones laborales que favorezcan al jugador.”

Según los intervinientes, este artículo en apariencia garantiza los derechos de los deportistas profesionales, pero en el fondo legitima “una violación de lo que supuestamente garantiza”. Así, conforme a esta disposición, el traslado de un jugador profesional de un club a otro requiere del “acuerdo entre los clubes, puesto que conforme al artículo 32, solamente ellos podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores.” Además, debe existir un convenio entre el organismo deportivo propietario de los derechos deportivos y otro que desee usufructuarlo (préstamo) o adquirirlo (venta). En tercer lugar “debe existir un acuerdo contractual entre el deportista profesional y el club que requiere sus servicios a título de préstamo o venta.”. En cuarto lugar, “para poder ser inscrito se requiere, conforme a lo establecido en el artículo 32, primero la aceptación expresa y escrita del jugador, segundo el trámite previo de la ficha deportiva y tercero el contrato de trabajo registrado ante la federación deportiva correspondiente y Coldeportes.” Pero si esto fuera poco, agregan los ciudadanos, conforme al artículo 22 del Régimen del Jugador de Fútbol, “en caso de presentarse desacuerdo en la transacción de un jugador profesional de fútbol, éste deberá resolverse de acuerdo con los reglamentos internacionales”. Por ello, señalan los intervinientes, no es cierto que en razón de esos convenios no se esté coartando la libertad de trabajo de los deportistas.

Los intervinientes realizan entonces un repaso de la jurisprudencia nacional sobre la materia y concluyen “que la regulación existente en materia de pases, derechos deportivos y transferencias vulnera de manera ostensible y clara los derechos constitucionales que garantizan la libre escogencia de profesión u oficio, la libertad de trabajo, de contratación, de asociación y en general la dignidad y libertad personal de los jugadores o deportistas profesionales o aficionados.”

En tal contexto, los ciudadanos traen a colación el fallo Bossman de la Corte Europea de Justicia del 15 de septiembre de 1995, pues consideran que el asunto

tratado es de interés para el presente examen constitucional, en la medida en que este futbolista no podía ejercer su oficio por decisión del propietario de su pase. Así, en esa decisión, y con fundamento en la prohibición de discriminación y la protección de la libertad de los individuos, la Corte Europea de Justicia deja en claro, según los intervinientes, "que no puede permitirse que un club o asociación deportiva impida la libertad de trabajo de un jugador profesional en razón a la existencia de una relación laboral." Según su criterio, la similitud del caso europeo con la situación colombiana permite concluir que son inconstitucionales las "disposiciones reglamentarias sean de carácter privado o público que conlleven a la afectación de la libertad de los individuos, a la violación del derecho al trabajo, así como a la violación del derecho fundamental a la igualdad". Señalan entonces al respecto los intervinientes:

El permitir que las facultades que se les otorgan a las asociaciones deportivas puedan llegar a limitar los derechos fundamentales de los individuos no es cosa diferente que permitir la esclavitud bajo un maquillaje burdo.

En Colombia la reglamentación vigente tal y como sucedía en Europa con anterioridad al caso BOSSMAN, no se exige la existencia previa de un contrato de trabajo como requisito para que los clubes puedan ser propietarios de los derechos deportivos y de las transferencias. En la comunidad económica europea con posterioridad al fallo BOSSMAN, y en razón a dicha decisión, se modificó la reglamentación en el sentido de exigir la existencia de un contrato de trabajo para que el club o persona propietaria de los derechos deportivos puedan recibir una "indemnización" por su traspaso o venta (art. 14 Estatutos FIFA). En el evento en que no exista el contrato no existe posibilidad de recibir "indemnización" o retribución por la venta o préstamo de los derechos deportivos del jugador. Lo anterior encuentra su razón de ser en el hecho de que el individuo no es un objeto y por ende no puede generar consecuencias patrimoniales su propiedad toda vez que ésta no existe. La propiedad del club es sobre unos derechos deportivos que para que sean efectivos deben cumplirse algunos requisitos, pero nunca podrá predicarse propiedad sobre seres humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario que en Colombia por lo menos se llegue a exigir, y que así lo establezca la normatividad que regule la materia, la existencia del contrato laboral, tal y como sucedió con la Unión Europea, para que una asociación deportiva pueda obtener la explotación patrimonial de los derechos deportivos del jugador o deportista.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

En su concepto de rigor, el Procurador GenÁÁal de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

Así, en relación con las transferencia de deportistas entre clubes profesionales, el Ministerio Público considera que se trata de la legítima intervención estatal en el deporte, pues la “competencia deportiva entre clubes profesionales está sometida al estricto acatamiento de las leyes que, en desarrollo de la Constitución Política, son expedidas para fomentar la práctica de las diferentes disciplinas”, tal y como la Corte lo ha señalado en sentencias como la C-099/96. Además, según su criterio, la norma demandada “permite la transferencia de jugadores o deportistas en préstamo pero bajo condiciones razonables que procuran la defensa del sistema deportivo”. Señala entonces al respecto la Vista Fiscal :

La norma atacada no significa atentado contra el núcleo esencial del derecho al trabajo de los jugadores, sino desarrollo de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, pues autoriza la transferencia de deportistas, pero dentro de límites razonables señalados por el legislador, es decir, no más de dos integrantes en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo.

De esta manera, la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 de la Carta, cuyo límite está señalado por el bien común; la propiedad privada, que como función social ha sido establecida en el artículo 58 de la misma; y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, amparado por el artículo 25 de la Constitución Política, concurren en el artículo 34 de la Ley 181 de 1995, para fomentar la práctica del deporte en condiciones justas y equitativas.

Luego la Vista Fiscal analiza el problema de la inspección y vigilancia sobre organismos deportivos y señala que la Carta confiere a las autoridades instrumentos para “controlar el ejercicio de actividades relevantes para el desarrollo armónico de la vida comunitaria”, como es el deporte pues, conforme a la jurisprudencia de la Corte (Sentencia T-498 de 1994), se trata de “un derecho de doble faz, atendiendo a que sus titulares son la comunidad y las personas que lo practican”. Esta intervención estatal se justifica entonces, según el Procurador, porque “los organismos deportivos realizan funciones que interesan de manera especial a las personas, a la sociedad y al Estado”, por lo cual la Constitución establece mecanismos de control para verificar que las actividades adelantadas por estas instituciones se desarrollen atendiendo a los lineamientos señalados por el artículo 52 de la Carta”, tal y como lo ha indicado la Corte en la sentencia C-099/96. Por ende es constitucional que se atribuya a Coldeportes la inspección, vigilancia y control sobre organismos deportivos y demás entidades que conforman el sistema nacional del deporte, pues se trata de una delegación del Presidente de la República autorizada por la Carta, ya que el artículo 211 superior “permite al jefe de Gobierno transferir funciones a las entidades descentralizadas, de las cuales hace parte el Instituto Colombiano del Deporte - Coldeportes” y, por su parte, el artículo 189-26 de la Constitución “faculta al Presidente de la República para ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común.”

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1- Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 34 (parcial) y 61 literal 8° de la Ley 181 de 1995, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de disposiciones que hacen parte de una ley de la República.

Integración de la proposición jurídica y alcance de la unidad normativa.

2- Según los ciudadanos intervinientes, la Corte no puede pronunciarse sobre el aparte del artículo 34 de la Ley 181 de 1995 acusado sin analizar otras disposiciones con las cuales forma una unidad inescindible de sentido, a saber la totalidad de ese mismo artículo, así como los artículos 32 y 35 de esa misma ley, ya que todas ellas regulan la figura de los “derechos deportivos”. Según su criterio, mal podría la Corte estudiar la constitucionalidad del mandato según el cual ningún club profesional puede transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo, sin analizar implícitamente la reglamentación existente sobre derechos deportivos, puesto que ese contenido normativo es un desarrollo específico de esa figura. Debe pues la Corte analizar si procede o no efectuar la unidad normativa solicitada por los intervinientes.

3- El inciso tercero del artículo 6° del decreto 2067 de 1991, que regula la unidad normativa, señala:

El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.

Como se puede observar, la Corte puede efectuar la unidad normativa en principio en relación con las decisiones de inexequibilidad. De otro lado, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la realización de una unidad normativa “debe ser excepcional¹”. En efecto, salvo los casos taxativos mencionados por la Carta, a la Corte no le corresponde revisar oficiosamente las leyes sino que debe pronunciarse sobre aquellas normas que sean demandadas por un ciudadano. Además, en función del carácter participativo del proceso de control constitucional en nuestro país, es necesario permitir el más amplio debate ciudadano sobre las

¹ Sentencia C-221 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 23.

disposiciones examinadas por la Corporación (CP arts 1º, 40 ord. 6º y 241). Conforme a lo anterior, pareciera entonces que la única hipótesis en que cabe realizar unidad normativa es cuando la Corte, después de examinar materialmente la disposición acusada, concluye que ella es inconstitucional y que, además, la decisión de inexecutableidad es inocua si la Corporación no se pronuncia igualmente sobre otras normas. Ello sucede, por ejemplo, cuando es necesario retirar del ordenamiento un artículo que viola la Carta, pero su contenido normativo se encuentra reproducido en otras disposiciones, que deben entonces también ser declaradas inexecutableas.

4- Sin embargo, esa restricción de la unidad normativa únicamente a esa hipótesis de inexecutableidad no es admisible, por cuanto el propio artículo 6º del decreto 2067 de 1991 establece con claridad que la Corte debe pronunciarse “de fondo sobre todas las normas demandadas”, con lo cual se señala que en principio no debe haber pronunciamientos inhibitorios cuando un ciudadano demanda en debida forma una norma legal. Es deber entonces de la Corte, al igual que todo juez, utilizar todos sus poderes a fin de evitar, hasta donde sea posible, los fallos inhibitorios, ya que la finalidad de los procedimientos es que prevalezca el derecho sustancial (CP art. 228 y C. de P. C arts 37 ord. 4º y 401). Ahora bien, en determinados casos, la Corte debe estudiar una proposición normativa que fue acusada por un ciudadano, pero frente a la cual resulta materialmente imposible pronunciarse sobre su executableidad o inexecutableidad sin analizar globalmente los elementos esenciales del conjunto normativo del cual ella forma parte. En estos eventos, y con el fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, es válido que la Corte proceda a integrar la unidad normativa, siempre y cuando ello sea estrictamente necesario para examinar en debida forma las acusaciones formuladas en la demanda.

Algunos podrían objetar que esta posibilidad desborda la competencia de la Corte ya que, si es necesario establecer una unidad normativa para poder estudiar los cargos, es porque la demanda es inepta, pues el actor no habría acusado una proposición jurídica autónoma. Sin embargo, la Corte considera que este argumento no es de recibo, porque confunde dos fenómenos jurídicos diversos. Así, la proposición jurídica incompleta opera en aquellos casos excepcionales en que el actor no acusa una norma autónoma, por lo cual ésta no puede ser estudiada, por carecer de sentido propio². En cambio, en otros eventos, la demanda no es inepta, por cuanto el demandante verdaderamente impugna un contenido normativo inteligible y separable. Lo que sucede es que el estudio de ese contenido presupone el análisis de un conjunto normativo más amplio, por lo cual se hace necesaria la integración de una proposición jurídica mayor. Es pues diferente el caso de la demanda inepta, por falta de proposición jurídica inteligible, situación en la cual procede la inadmisión e incluso, excepcionalmente, la sentencia inhibitoria, de aquellos eventos en que el contenido normativo impugnado por el

² Ver entre otras, las sentencia C-409/94

actor es inteligible y autónomo, pero no puede ser estudiado independientemente, por cuanto su examen remite inevitablemente al estudio del conjunto normativo del cual forma parte.

Con todo, se podría objetar también que mediante estas integraciones normativas, la Corte se convierte en una instancia de revisión oficiosa de toda la legislación, cuando la Constitución le atribuye otra función más específica: pronunciarse sobre las demandas ciudadanas. Según este razonamiento, una norma siempre hace parte de un conjunto normativo mayor, el cual a su vez hace parte de otros conjuntos mayores, que se interrelacionan entre sí hasta abarcar la totalidad del ordenamiento. Entonces, conforme a este argumento, un sola demanda obligaría a la Corte a estudiar todas las regulaciones legales, lo cual no es admisible, pues desvirtúa la función del control constitucional. Esta objeción es en parte válida, por lo cual la Corte entra a precisar el alcance excepcional de la unidad normativa en estos casos. Así, ésta procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. En los otros casos, esto es, cuando la relación entre las proposiciones jurídicas no es tan estrecha, la unidad normativa no procede, salvo si la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece *prima facie* de una constitucionalidad discutible. En efecto, si esa regulación mayor es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable.

La unidad normativa no opera entonces exclusivamente en los fallos de inexecutable, lo cual explica que esta Corporación, en varias decisiones, haya extendido los efectos de una decisión de constitucionalidad a contenidos normativos que no habían sido formalmente demandados por el actor, pero cuyo examen era indispensable para poder pronunciarse de fondo sobre las disposiciones acusadas. Así, frente a una acusación parcial del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, la Corte concluyó que “aunque es sólo una expresión la acusada de inconstitucional, dado que ella sólo es inteligible dentro del precepto íntegro de que forma parte, y en vista de que las consideraciones que atrás quedan consignadas se refieren a la norma en su integridad, sobre ésta versará el pronunciamiento de executableidad.”³ Igualmente, frente a una demanda parcial del artículo 495 del estatuto procesal civil, la Corte concluyó que era necesario analizar la totalidad de la disposición, pues no sólo “el aparte demandado constituye una unidad jurídica o un todo inescindible en relación con el texto integral de dicha norma” sino que, además, “de declararse la inexecutable del referido segmento normativo la norma quedaría incompleta, sin sentido, porque básicamente éste es parte importante y esencial de la regulación que el legislador quiso hacer”⁴.

³ Sentencia C-293/95. MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Sentencia C-472/95. MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido ver también la sentencia C-333/96.

5- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores. Igualmente es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece *prima facie* de una dudosa constitucionalidad.

6- En ese orden de ideas, la Corte se interroga si puede ser estudiada autónomamente la expresión acusada del artículo 34 de la Ley 181 de 1995 o si, como lo sostienen los intervinientes, es necesario integrar una proposición jurídica más amplia.

Ahora bien, mal podría la Corte estudiar y declarar en forma simple la exequibilidad del mandato, según el cual, "ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo", sin analizar si la figura misma de los derechos deportivos y de la carta de transferencia -esto es, lo que coloquialmente se llama el "pase"- se ajustan a la Carta, ya que la transferencia en préstamo prevista por esa norma es un desarrollo de los derechos de los clubes deportivos sobre sus jugadores. Además, inmediatamente la propia figura de los derechos deportivos plantea agudos problemas constitucionales, pues pareciera que ella autoriza que los clubes "presten" a sus deportistas, lo cual no armoniza con el reconocimiento de la dignidad humana y parece desconocer la prohibición de la trata de personas (CP arts 1º y 17). En tales condiciones ¿cómo podría la Corte declarar constitucional la limitación a dos de la transferencia en préstamo de jugadores, si la propia transferencia en préstamo, indisolublemente ligada a la figura de los derechos deportivos, podría ser inexecutable? En ese mismo orden de ideas, tampoco podría la Corte retirar del ordenamiento la expresión acusada por considerar que, por ejemplo, viola la libertad económica de los clubes o el principio de igualdad entre los deportes, como lo sugiere el demandante, pues la sentencia estaría declarando inexecutable el enunciado impugnado por considerar que inconstitucionalmente limita el ejercicio de los derechos deportivos de parte de los clubes, con lo cual se estaría presuponiendo la legitimidad de esa figura, la cual, como ya se vio, es de una constitucionalidad discutible. Esta Corporación concluye entonces que los intervinientes tienen razón en que no es posible analizar la limitación establecida a la transferencia de dos o más jugadores en préstamo durante un torneo sin pronunciarse, explícita o implícitamente, sobre la constitucionalidad de la figura de los "derechos deportivos", cuyos elementos esenciales se encuentran en los artículos 32, 34 y 35 de la Ley 181 de 1995 que, para mayor claridad, la Corte procede a transcribir. Dicen las citadas disposiciones:

Artículo 32. *Únicamente los clubes con deportistas profesionales o aficionados podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas. En consecuencia, queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor.*

Además de los requisitos exigidos por cada federación, para la inscripción se requiere:

- a) Aceptación expresa y escrita del jugador o deportista;*
- b) Trámite previo de la ficha deportiva;*
- c) Contrato de trabajo registrado ante la federación deportiva respectiva y el Instituto Colombiano del Deporte - Coldeportes.*

(...)

Artículo 34. *Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva. Ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo.*

(....)

Artículo 35. *Los convenios que se celebren entre organismos deportivos sobre transferencias de deportistas profesionales, no se consideran parte de los contratos de trabajo. En razón de estos convenios no se podrá coartar la libertad de trabajo de los deportistas. Una vez terminado el contrato de trabajo, el jugador profesional transferido temporalmente regresará al club propietario de su derecho deportivo. Si el club propietario del derecho deportivo, no ofreciere formalmente un nuevo contrato laboral o transferencia temporal al jugador dentro de un plazo no mayor a seis (6) meses, el jugador quedará en libertad de negociar con otros clubes de acuerdo con los reglamentos internacionales, sin perjuicio de las acciones laborales que favorezcan al jugador.*

· Entra entonces la Corte a estudiar la legitimidad constitucional de la figura de los derechos deportivos como presupuesto necesario para el examen del cargo formulado por el actor.

Los derechos deportivos en el marco del espectáculo deportivo.

7- El deporte profesional ocupa un lugar complejo en el ordenamiento constitucional puesto que, tal y como lo ha señalado esta Corporación, es una actividad que tiene diversas dimensiones, ya que es un espectáculo, una forma de realización personal, una actividad laboral y una empresa⁵. De un lado, es un

⁵ Ver sentencias T-498/94, C-099/96 y C-226/97.

espectáculo público, por lo cual se relaciona con el derecho a la recreación de los miembros de la comunidad (CP art. 52). De otro lado, los jugadores profesionales no sólo ejercitan el deporte como un medio de realización individual sino que son personas para quienes la práctica del deporte es una ocupación laboral, por lo cual esta actividad es una expresión del derecho a escoger profesión u oficio (CP art. 26) y cae en el ámbito del derecho del trabajo y de la especial protección al mismo prevista por la Constitución (CP art. 25 y 53). Finalmente, las asociaciones deportivas, si bien no tienen ánimo de lucro, y no son por ende sociedades comerciales, sí ejercen una actividad económica, puesto que contratan jugadores, reciben ingresos por conceptos de ventas de entradas a los espectáculos y derechos de transmisión, promocionan marcas, etc, pues son “titulares de los derechos de explotación comercial de transmisión o publicidad en los eventos del deporte competitivo” (art. 28 de la Ley 181 de 1995). Son entonces verdaderas empresas, en el sentido constitucional del término, por lo cual su actividad recae bajo las regulaciones de la llamada Constitución económica (CP arts 58, 333 y 334). Así, en relación con el fútbol, esta Corporación ya había señalado:

El fútbol es un deporte que cumple simultáneamente varias funciones: recrea a los espectadores, genera una actividad económica y hace posible la realización personal del jugador. Como juego de competición, el fútbol es un medio de esparcimiento de multitudes, que gracias a los avances tecnológicos en el área de las comunicaciones, tiende a universalizarse y a estrechar los vínculos entre los diferentes países. Su internacionalización, por otra parte, ha llevado a que sea también un negocio atractivo para los inversionistas. El fútbol, concebido como empresa, al igual que otros deportes, es un negocio en el que se invierten grandes cantidades de dinero, en parte debido a las altas sumas en que se cotizan los jugadores⁶.

El deporte profesional además ha tendido a organizarse en formas asociativas complejas. Así, los clubes se congregan en ligas, las cuáles a su vez se articulan en federaciones nacionales e internacionales, que expiden diversas reglamentaciones para organizar la práctica del deporte competitivo. En tales circunstancias, y debido a su complejidad, es natural que existan tensiones y conflictos entre los distintos aspectos del deporte profesional, y en especial entre los intereses patrimoniales de los empresarios de las actividades competitivas y los derechos constitucionales de los jugadores, para quienes la práctica de deporte es la manera de realizarse en su vida profesional o vocacional, tal y como lo ha señalado esta Corporación en la citada sentencia T-498/94.

8- Dentro de ese contexto es que se encuentra la figura de los derechos deportivos, la cual es definida por el artículo 34 de la ley estudiada, como “la

⁶ Sentencia T-498/94. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 3.

facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva.”

Aun cuando esta norma no es particularmente clara, la Corte entiende que los derechos deportivos son una consecuencia de la titularidad de una carta de transferencia de parte de un club específico, quien es entonces el único competente para inscribir a un jugador y autorizar su participación en un torneo. En efecto, los propios deportistas no pueden ser poseedores de sus derechos deportivos puesto que, conforme al artículo 32, únicamente los clubes son titulares de tales derechos. De otro lado, según el tenor literal de los artículos 34 y 35, parece entenderse los clubes que son titulares de la carta de un jugador pueden transferir al deportista a otro club, por un determinado precio, y conforme a las regulaciones de la federación respectiva, lo cual se conoce en el argot deportivo como su “venta” o “préstamo”. Debido a esta posibilidad, se considera que los derechos deportivos constituyen un verdadero activo patrimonial del club.

Lenguaje legal y control constitucional.

9- La anterior presentación de la figura plantea un primer problema constitucional, pues el lenguaje empleado por la ley parece implicar que la carta de transferencia y los derechos deportivos confieren a los clubes una verdadera propiedad sobre sus jugadores. En efecto, la norma habla de la “transferencia” de los deportistas, lo cual significa, en sentido literal, que los clubes son verdaderos dueños de esas personas, ya que sólo se transfiere, se vende y se presta aquello de que se es propietario. El lenguaje de una norma legal no es axiológicamente neutro, ni deja de tener relevancia constitucional, puesto que, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, el uso de términos jurídicos que tiendan a cosificar a la persona no es admisible, razón por la cual esta Corporación declaró la inexecutable de la expresión “recursos humanos” de la ley estatutaria de la administración de justicia. Dijo entonces la Corte:

El artículo 1o de la Constitución consagra “el respeto de la dignidad humana” como uno de los fundamentos de nuestro Estado social de derecho. Y no es ese un concepto vano, sino al revés, lleno de contenido ético y político. Porque el reconocimiento de la dignidad humana implica la concepción de la persona como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En otras palabras, como un ser que no es manipulable, ni utilizable en vista de un fin, así se juzgue éste muy plausible. El Estado está a su servicio y no a la inversa. Llamar “recursos humanos” a las personas que han de cumplir ciertas funciones, supone adoptar la perspectiva opuesta a la descrita, aunque un deplorable uso cada vez más generalizado pugne por legitimar la expresión.

Es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga⁷.

Conforme a lo anterior, el lenguaje de las normas legales revisadas es incompatible con la Constitución ya que desconoce la dignidad de los deportistas, a quienes cosifica, y vulnera la terminante prohibición de la esclavitud y de la trata de personas (CP arts 1º, 18 y 53), pues parece convertir a los clubes en propietarios de individuos. En tales condiciones, si ese lenguaje legal corresponde a la realidad jurídica, es evidente que las normas que regulan la figura de los derechos deportivos son inaceptables y deben ser declaradas inexecutable. Sin embargo, si a pesar de ese lenguaje, el contenido normativo de esas disposiciones es constitucionalmente admisible, no sería lógico que la Corte declarara la inexecutable de los artículos estudiados, puesto que, debido únicamente a los defectos del lenguaje utilizado por el Legislador, se estaría retirando del ordenamiento una regulación que es materialmente legítima. En tal evento, lo procedente es que la Corte aplique el principio de “conservación del derecho”, según el cual, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático⁸. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento. Con mayor razón, si el defecto constitucional de una regulación no deriva de su contenido normativo sino exclusivamente del lenguaje empleado, entonces corresponde al juez constitucional mantener la regulación ajustando el lenguaje legal a los principios y valores constitucionales. Por ende, la Corte entra a analizar si efectivamente la carta de transferencia y los derechos deportivos confieren una propiedad a los clubes sobre los deportistas, caso en el cual las figuras serían incompatibles con la Carta, o si el contenido de la figura tiene otro alcance jurídico que pueda ser constitucionalmente aceptable.

10- El artículo 35 señala que los “convenios que se celebren entre organismos deportivos sobre transferencias de deportistas profesionales, no se consideran parte de los contratos de trabajo”. Este artículo indica entonces que las transferencias son contratos entre los clubes, que son distintos de los contratos laborales de los jugadores con la respectiva asociación deportiva. Nótese además que el mismo artículo es terminante en señalar que las transferencias no pueden “coartar la libertad de trabajo de los deportistas”. Conforme a tal disposición, se entiende que los pagos por las transferencias no constituyen una venta del jugador, quien es persona y puede libremente contratar, sino que son compensaciones económicas que se pagan al club de origen.

⁷ Sentencia C-037/96. MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-100/96. Fundamento Jurídico No 10 y C-065/97.

Estas retribuciones cumplen, según sus defensores, una importante función, ya que están destinadas a mejorar el espectáculo deportivo, tal y como lo señalaron las federaciones deportivas nacionales e internacionales, cuando defendieron ante el Tribunal de Justicia Europeo la legitimidad de los derechos deportivos⁹. Así, de un lado, estos pagos pretenden resarcir al club de origen los costos en que incurrió por la formación y promoción del jugador. Son pues una compensación que, además, estimula la búsqueda de nuevas figuras, pues permite a los clubes obtener una recompensa económica por el descubrimiento de buenos jugadores. Finalmente, se considera que el reconocimiento de los derechos de traspaso tiende a favorecer a muchos clubes pequeños, que en general se especializan en el hallazgo de nuevos talentos, pues de esa manera se evita que automáticamente los mejores deportistas sean monopolizados por los grandes clubes, que pueden ofrecerles los salarios más altos. De esa manera se estimula un mayor equilibrio entre los clubes, todo lo cual favorece el espectáculo. En efecto, el deporte profesional tiene una especificidad, y es que los clubes, que son verdaderas empresas, no pueden fabricar su producto (el partido y el espectáculo) autónomamente sino que necesitan de su rival, pues las confrontaciones deportivas son entre varios. Además, la propia calidad de ese producto depende de un cierto equilibrio deportivo, pues una competición en donde solamente un equipo pueda llegar a adquirir el título de campeón no suscita interés alguno entre los espectadores. Un excesivo desequilibrio entre los clubes compromete entonces la viabilidad financiera del propio deporte profesional y la calidad del espectáculo, lo cual justifica la existencia de regulaciones destinadas a preservar el equilibrio competitivo a fin de que haya un reparto adecuado de los talentos entre los distintos clubes¹⁰.

Así entendidos los derechos deportivos, esto es, como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista.

Los límites constitucionales a los derechos deportivos.

11- Sin embargo lo anterior no significa que la figura de los derechos deportivos sea enteramente admisible, y no suscite otros problemas constitucionales. Al respecto, esta Corporación ya había precisado que la “racionalidad económica

⁹ Ver Asunto C-415/93, Jean Marc Bosman, Conclusiones del Abogado General presentadas el 20 de septiembre de 1995, Acápites 214 y ss, y Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de diciembre de 1995, acápites 105 y ss.

¹⁰ Ver, el artículo del profesor Kesenne sobre un análisis económico del pase en Roger Blanpain y Mercedes Candela Soriano. El caso Bosman ¿El fin de la era de los traspasos? Madrid: Civitas, 1997, pp 31 y ss.

que orienta las decisiones de los dueños de los “pases” o derechos deportivos de los jugadores, en no pocas oportunidades, se opone a su autorealización personal y a la práctica libre del deporte. De cualquier forma, en la resolución de las controversias que se susciten en materia del traspaso de futbolistas, los reglamentos privados y las normas legales respectivas deben interpretarse de conformidad con la Constitución¹¹. En tales condiciones, la Corte considera que la figura de los derechos deportivos, como sistema de compensación entre los clubes, es legítima, siempre y cuando ella no constituya o permita un abuso de parte de los clubes, que tienda a desconocer los derechos constitucionales del jugador, a cosificarlo y a convertirlo en un simple activo de tales asociaciones. Entra pues la Corte a precisar los límites constitucionales dentro de los cuales puede operar esa figura, para lo cual simplemente bastará con reiterar la doctrina que esta Corporación había desarrollado al respecto desde 1994, en particular desde la sentencia T-498/94, la cual en lo esencial armoniza con las pautas desarrolladas posteriormente por el Tribunal de Justicia Europeo en el llamado caso Bosman.¹²

Así, en primer término, la Corte constata que la ley limita a los clubes la titularidad de los derechos deportivos, ya que el artículo 34 confiere esa facultad en “exclusiva” a esas asociaciones, y el inciso primero del artículo 32 expresamente señala que “únicamente los clubes con deportistas profesionales o aficionados, podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas”. Esta restricción en principio armoniza con la naturaleza de los derechos deportivos, que son una compensación por pagos de formación y promoción, que busca equilibrar las competencias deportivas y estimular la búsqueda de nuevos talentos, por lo cual los clubes son los naturales beneficiarios de la figura. Además, de esa manera la ley busca finalidades que son constitucionalmente admisibles, pues pretende evitar que se forme un mercado secundario de “pases”, ya que éste restaría claridad a las transacciones entre los clubes y posibilitaría que ciertos intermediarios controlen con criterios puramente comerciales el destino profesional de un deportista. La limitación tiene entonces sustento constitucional, pues no sólo representa una intervención estatal, a fin de que la actividad económica se desarrolle dentro de los límites del bien común (CP arts 333 y 334) sino que, además, es una disposición legal que posibilita una mejor inspección estatal de la actividad deportiva (CP art. 52).

Sin embargo, conforme a estas normas, los deportistas no pueden ser titulares de su propia carta de transferencia, por lo cual debe la Corte analizar si esta restricción es constitucionalmente admisible. Ahora bien, la Corte encuentra que la prohibición de que los jugadores puedan ser titulares de sus propios derechos deportivos no sirve ningún propósito constitucionalmente relevante, pues en nada afecta la transparencia de las transacciones en el ámbito deportivo que un

¹¹ Sentencia T-498/94. Fundamento Jurídico No 6

¹² Ver Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de diciembre de 1995.

digno con el futbolista que el organismo deportivo empleador condicione, por razones exclusivamente económicas, su desarrollo profesional o su permanencia en la organización del fútbol asociado. El ejercicio del trabajo de quien ha escogido el oficio de futbolista no puede válidamente hacerse depender del reconocimiento y pago de deudas dinerarias, para cuyo cobro existen mecanismos legales alternativos¹⁴.

Esta prohibición de que los “pases” afecten la libertad de trabajo de los deportistas tiene entonces consecuencias jurídicas importantes. Así, la regulación legal analizada muestra que es posible que un club sea titular de la carta de transferencia de un jugador, y sin embargo no exista ningún vínculo laboral entre el deportista y la respectiva asociación deportiva. En efecto, el artículo 35 de la Ley 181 de 1995 señala que una “vez terminado el contrato de trabajo, el jugador profesional transferido temporalmente regresará al club propietario de su derecho deportivo”, y sólo si después de 6 meses, “el club propietario del derecho deportivo, no ofreciere formalmente un nuevo contrato laboral o transferencia temporal”, podrá el jugador “negociar con otros clubes de acuerdo con los reglamentos internacionales”. Ahora bien, conforme lo señala el artículo 34 de la Ley 181 de 1995, la titularidad de la carta de transferencia confiere a la asociación deportiva la posibilidad de no inscribir, ni autorizar la participación del jugador. Esto significa que el club, a pesar de no tener un contrato de trabajo con el jugador, puede sin embargo tomar decisiones relativas a la actividad laboral del mismo, ya que tiene la facultad de condenarlo a la total inactividad, sin siquiera ofrecerle una contraprestación económica, como sería la remuneración laboral. Esta inmovilidad puede prolongarse al menos hasta por seis meses, según los términos de la ley, plazo que puede parecer en principio corto, pero que es desproporcionado, si se tiene en cuenta la muy corta duración de la carrera de los deportistas profesionales.

En esas condiciones, la Corte considera que esa posibilidad que tienen los clubes de mantener los derechos deportivos de un jugador y controlar su futuro profesional, cuando ni siquiera son patronos de los mismos, pues no existe relación laboral, afecta la libertad de trabajo y cosifica al jugador. Con todo, podría objetarse que mediante esa facultad de retención de los derechos deportivos, la ley y las reglamentaciones deportivas pretenden simplemente proteger los intereses patrimoniales de las asociaciones deportivas, cuando se realizan transferencias de derechos deportivos. Según este criterio, la prohibición de que el deportista pueda jugar o contratar con el nuevo club antes de que sean resueltas las eventuales diferencias entre las asociaciones deportivas, es una simple garantía contractual a fin de que el nuevo club cumpla con sus obligaciones. Sin embargo, para la Corte este criterio es constitucionalmente inadmisibles pues existen otros mecanismos menos lesivos de la libertad laboral para zanjar esas desaveniencias económicas entre los clubes. Así, el ordenamiento legal prevé múltiples instrumentos para

¹⁴ Sentencia T-498/94. Fundamento 7.1

deportista adquiera su carta de transferencia, y sea entonces él mismo el administrador de su carrera profesional. La medida no es entonces útil a los propósitos de la ley. Además, ella vulnera la protección de la dignidad, la autonomía y la libertad de los jugadores (CP arts 1º, 16 y 25), ya que impide, sin ninguna razón aparente, que un deportista, al adquirir su "pase", pueda entonces orientar en forma libre y autónoma su futuro profesional, por lo cual se trata de una restricción que tiende a cosificar al jugador al convertirlo en un simple activo empresarial. Por todo lo anterior, la Corte concluye que la palabra "exclusiva" del artículo 34 de la Ley 181 de 1995 viola la dignidad de los deportistas y será retirada del ordenamiento, en el entendido de que los propios jugadores pueden ser titulares de sus derechos deportivos. Por esas razones, un mismo condicionamiento se efectuará en relación con el citado inciso primero del artículo 32.

12- En segundo término, y conforme a lo señalado anteriormente, es claro que tanto la regulación legal de los derechos deportivos como su ejercicio concreto por los clubes deben ser compatibles con la protección a la libertad de trabajo de los jugadores profesionales establecida por la Constitución (CP arts 25, 26 y 53). Además, y tal como esta Corporación ya lo había señalado, esta "prohibición de afectar la libertad de trabajo del futbolista profesional mediante su transferencia hacia otro club, no debe interpretarse en sentido débil", por lo cual no basta que las normas legales y reglamentarias establezcan que esa libertad no puede ser afectada, o exijan el consentimiento del jugador para llevar a cabo la transferencia, ya que "la libertad de trabajo también puede verse afectada por la negativa de una institución deportiva de permitir el traspaso del jugador hacia otra institución que le ofrece mayores oportunidades"¹³. Dijo entonces al respecto esta Corporación:

Las diferencias económicas entre los propietarios de los "pases" no pueden colocar al jugador ante la alternativa de permanecer inactivo en un organismo deportivo en el que ya no desea laborar, o de retirarse definitivamente del fútbol profesional.

Ahora bien, se podría aducir que la negativa de transferir al jugador hacia otro club no vulnera el derecho al trabajo, ya que no le está impidiendo "trabajar". Esta argumentación presupone que el derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Constitución sólo protege el derecho a un trabajo in genere y no a un trabajo específico, en esta ocasión, la práctica profesional del fútbol. No obstante, una interpretación sistemática de las normas constitucionales que reconocen y garantizan el trabajo (CP arts. 1, 25, 26 y 53), permite concluir que la Carta Política también ampara la estabilidad en un empleo o en una actividad profesional determinada, en particular si de su ejercicio in concreto depende la autodeterminación, la realización individual y la dignidad de la persona. Es importante recalcar que el artículo 25 de la Constitución reconoce el derecho que toda persona tiene a un trabajo "en condiciones dignas y justas". No es justo ni

¹³ Sentencia T-498/94. Fundamento 7.1

controvertir las deudas entre personas jurídicas. Por ello, la Corte concluye que no es constitucionalmente admisible que se pueda limitar la libertad de trabajo del deportista, que se encuentra constitucionalmente protegida (CP arts 25 y 53), debido a conflictos entre los clubes derivados de la transferencia de los derechos deportivos. En ese orden de ideas, la Corte reitera lo señalado en la citada sentencia T-498/94, de que es perfectamente factible que “la negativa de autorizar el traslado hacia otro club por desacuerdo económico, podría dar lugar a la permanencia forzosa del jugador en el club de origen. La disyuntiva de renunciar o desafiliarse del club en nada resuelve la situación del jugador, ya que si desea seguir formando parte del fútbol asociado y practicar institucionalmente el deporte, debe sujetarse al régimen de transferencias establecido en sus reglamentos.” Por todo lo anterior, la Corte concluye que no es compatible con la protección de la libertad de trabajo que un club pueda poseer los derechos deportivos de un jugador, cuando no existe ninguna relación laboral entre los mismos, por lo cual es necesario declarar la inexecutable de la expresión “dentro de un plazo no mayor a seis (6) meses” del aparte final del artículo 35. Se entiende entonces que si cesa la relación laboral entre el club y el deportista, el jugador adquiere sus derechos deportivos¹⁵, siempre y cuando la conducta de este último se haya ceñido al principio constitucional de la buena fe, al deber constitucional de no abusar de sus derechos y al principio general del derecho *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, con estricta sujeción a las causales de terminación del contrato previstas en la ley.

13- Las anteriores consideraciones permiten a la Corte precisar los alcances de aquellas referencias que los artículos 34 y 35 de la Ley 181 de 1995 hacen a las reglamentaciones de las federaciones deportivas. Así, el artículo 34 precisa que la carta de transferencia le corresponde a un determinado club “conforme a las disposiciones de la federación respectiva”. Por su parte al artículo 35 señala que, en determinadas hipótesis, el jugador queda en libertad de negociar con otros clubes pero “de acuerdo con los reglamentos internacionales” y sin perjuicio de las acciones laborales que favorezcan al jugador.

La Constitución reconoce amplios márgenes de autonomía a las distintas asociaciones deportivas, las cuáles tienen la facultad de desarrollar distintas reglas relativas a la práctica del deporte, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado¹⁶. En principio es entonces admisible que la ley contemple esas competencias reguladoras de las federaciones nacionales e internacionales en el campo deportivo. Sin embargo, es obvio que estas regulaciones no pueden desconocer los principios constitucionales, ni vulnerar los derechos fundamentales de las personas (CP art.

¹⁵ En relación con el tema, la circular 616 de 1997 de la FIFA se refiere a la rescisión anticipada de contratos de trabajo de jugadores profesionales cuando el contrato que lo vincula a su club actual haya expirado o expire en 6 meses. En el mismo sentido, la circular 592 de 1996 de la FIFA señaló que no es obligatorio el pago de indemnizaciones cuando el contrato de trabajo del jugador ha expirado.

¹⁶ Ver en particular la sentencia C-226/97. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5º), ya que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). No se puede olvidar que los clubes deportivos son verdaderas empresas, por lo cual, las federaciones deportivas deben ser consideradas asociaciones de empresas, y sus reglamentos decisiones de empresa. No es pues admisible que los derechos constitucionales de los jugadores queden supeditados a estas decisiones empresariales, no sólo porque se desconocería la primacía de la Constitución y de los derechos de la persona (CP arts 4 y 5), sino porque se estaría permitiendo un prohibido abuso de posición dominante de parte de esas asociaciones (CP art. 334). Además, el inciso final del artículo 53 de la Carta señala de manera inequívoca que la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios laborales no pueden menoscabar la libertad, la dignidad, ni los derechos de los trabajadores. Con menor razón son admisibles regulaciones empresariales que vulneren esos valores.

En ese orden de ideas, si los reglamentos de las federaciones respectivas prevén que un club pueda mantener la carta de transferencia de un jugador, a pesar de que haya cesado el contrato laboral con el mismo, y que el nuevo club con el cual este jugador haya suscrito un nuevo contrato puede ser sancionado si alinea a este jugador antes de pagar los derechos de transferencia, aparece claramente una vulneración de la libertad laboral de los deportistas. En efecto, frente a la amenaza de sanciones pecuniarias y deportivas previstas por los reglamentos de las federaciones, ningún club contratará con un deportista, si no se logra un acuerdo previo sobre el monto de los derechos deportivos. Esto fue claramente establecido por el Abogado General y por el propio Tribunal de Justicia Europeo en el llamado caso Bosman, y fue una de las razones esenciales para que ese tribunal concluyera que viola la libertad de movimiento para buscar trabajo del artículo 48 del Tratado de la Comunidad Europea "la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, con arreglo a las cuales un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro sólo puede, al término del contrato que le vincula a un club, ser empleado por un club de otro Estado miembro si éste último ha abonado al club de origen una compensación por transferencia, formación o promoción."¹⁷ Ese tribunal, con criterios que la Corte Constitucional comparte plenamente, señaló entonces al respecto:

En efecto, en la medida en que (las reglamentaciones de las federaciones deportivas) establecen que un jugador profesional de fútbol no puede ejercer su actividad en el seno de un nuevo club establecido en otro Estado miembro si dicho club no ha pagado al antiguo la compensación por transferencia cuya cuantía haya sido convenida por los dos clubes o determinada con arreglo a los reglamentos de las asociaciones deportivas, dichas normas constituyen un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

¹⁷ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de diciembre de 1995, acápite 114

Como señaló acertadamente el órgano jurisdiccional nacional, esta afirmación no se ve afectada por la circunstancia de que las normas relativas a las transferencias adoptadas por la UEFA en 1990 hayan previsto que las relaciones económicas entre los dos clubes no influirán en la actividad del jugador, que estará en libertad para jugar para su nuevo club. En efecto, este último club sigue estando obligado a pagar la compensación de que se trata, so pena de sanciones que pueden llegar hasta su exclusión por deudas, lo que impide de manera igualmente eficaz contratar a un jugador procedente de un club de otro Estado miembro sin satisfacer el importe de dicha compensación¹⁸.

La Corte Constitucional considera entonces que la remisión efectuada por la ley a la regulación de las federaciones de los derechos deportivos puede suscitar problemas constitucionales, en la medida en que éstas prevean disposiciones susceptibles de afectar la libertad laboral de los deportistas, si los clubes no cumplen con sus obligaciones en materia de pago de los derechos por transferencias. Igualmente considera la Corte inadmisibles aquellas otras regulaciones que afecten otros derechos constitucionales de los jugadores, como podrían ser eventuales prohibiciones de acceso a los tribunales o restricciones injustificadas a la libertad de expresión. Por todo ello, la Corte considera que, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, y según lo disponen los artículos 4º, 25 y 53 de la Carta, son inaplicables todas las disposiciones de las federaciones nacionales e internacionales que afecten los derechos constitucionales de los jugadores¹⁹.

Buena fe, abuso del derecho y ejercicio razonable de los derechos deportivos.

14- Dentro de los anteriores límites, la figura de los derechos deportivos es admisible, ya que claramente se restringe a ser un derecho de compensación entre los clubes, que no puede, en ningún caso, afectar ni directa, ni indirectamente, los derechos constitucionales de los jugadores, y en especial su libertad de trabajo. Con todo, esta Corporación reconoce que en la práctica pueden surgir difíciles problemas, pues es factible que algunas de las partes en la relación contractual del deporte profesional intenten abusar de sus derechos durante el período de transición que el país vivirá en esta materia.

Por ello la Corte recuerda que uno de los principios esenciales del ordenamiento colombiano es la buena fe (CP art. 83), profundamente ligado al deber constitucional de

¹⁸ Ibidem, acápite 100 y 101.

¹⁹ La ilegitimidad de esas restricciones a los derechos de los jugadores debido a controversias entre los clubes por el pago de los derechos deportivos ha sido tácitamente aceptada incluso por las federaciones internacionales. Por ejemplo, la FIFA ha modificado progresivamente sus regulaciones a fin de no afectar a los deportistas. Así, el apartado 1º del artículo 20 del Reglamento de la FIFA vigente desde 1994 señala que los desacuerdos entre los clubes sobre las transferencias no pueden afectar las actividades profesionales o deportivas del jugador. Igualmente, la circular No 616 del 4 de junio de 1997 establece un nuevo procedimiento para los clubes que no cumplen sus obligaciones financieras, el cual no prevé sanciones a los jugadores.

toda persona de no abusar de sus derechos (CP art. 95 ord. 1º). Este, el principio de buena fe, como lo señala la Carta, y conforme a la amplia jurisprudencia de esta Corporación al respecto²¹, rige no sólo las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino que se proyecta sobre las relaciones entre los particulares. Esto es así, porque este principio protege la paz social y la confianza, por lo cual los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, así como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. Por ende, conforme a tal principio, no pueden los particulares abusar de sus derechos, ni las autoridades excederse o desviarse en el ejercicio de sus funciones.

Esta referencia al principio de la buena fe y al deber constitucional de no abusar del derecho propio (CP arts 83 y 95 ord. 1º) no es puramente retórica sino que tiene profundas implicaciones jurídicas, pues significa que no es legítimo que los clubes o los deportistas se aprovechen de algunas de sus facultades contractuales con el fin de vulnerar los legítimos derechos de su contraparte. En efecto, conforme a tal principio, las partes en una relación contractual no están únicamente obligadas a aquello que escuetamente determina el texto, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe. Así, el hecho de que la Corte, por las razones largamente expuestas en esta sentencia, haya concluido que los clubes no pueden ser titulares de los derechos deportivos sin mantener un contrato de trabajo vigente con el jugador respectivo, no puede ser entendido como una patente de corso para que los deportistas incumplan sus obligaciones contractuales o disciplinarias, o entren en colusión con otros clubes a fin de que se pueda evadir el pago de una compensación, siendo que ésta era legítima. En ese mismo orden de ideas, el mantenimiento de la figura de los derechos deportivos, mientras subsiste el contrato laboral, tampoco significa que los clubes tengan una potestad absoluta en este campo, ya que estas asociaciones tienen el deber de ejercer de buena fe y en forma razonable, esos derechos.

Es dentro del marco de esos principios constitucionales que debe ser interpretado el alcance de la doctrina establecida en esta sentencia. Ahora bien, no corresponde a la Corte Constitucional resolver en abstracto todos los eventuales conflictos derivados del ejercicio abusivo de los derechos en estas complejas relaciones contractuales, ya que su función, cuando controla la constitucionalidad de las leyes es otra, a saber, señalar los límites constitucionales dentro de los cuales es admisible una figura como los derechos deportivos, tal y como se hizo en los numerales anteriores de esta sentencia. Por ello corresponderá a los jueces laborales resolver en concreto las distintas controversias que puedan suscitarse en este campo, conforme a los principios constitucionales y laborales, y a las pautas desarrolladas en esta sentencia. Igualmente, y tal y como esta Corte ya lo había señalado, las decisiones de las asociaciones deportivas "que supeditan a razones exclusivamente económicas, el libre desarrollo de la corta vida deportiva del jugador, su libre

²¹ Ver, entre otras, las sentencias T-427/92, T-469/92, T-475/92, T-122/96, T-455/96, T-533/96 y T-548/96.

escogencia de profesión u oficio, su libertad de trabajo, de contratación y de asociación y, en general, su libertad personal”, por lo cual en estos eventos esas determinaciones “pueden ser impugnadas mediante el ejercicio de la acción de tutela, si denotan abuso o explotación injustificada de una posición privada de supremacía”²¹.

Eventuales efectos de la sentencia, limitación temporal de sus efectos y necesidad de una regulación legal adecuada.

15-La Corte Constitucional no desconoce que la presente sentencia puede tener efectos importantes, al menos a nivel temporal, sobre algunos deportes profesionales, como el fútbol, no sólo por su impacto sobre la dinámica económica de este importante espectáculo sino también debido a las eventuales sanciones contra el país de parte de las federaciones internacionales de este deporte, como la FIFA. Sin embargo, la Corte considera que esos efectos negativos no deben ser sobrestimados, ya que, si bien pueden existir algunos traumatismos transitorios en el corto plazo, en el mediano y largo plazo, el deporte profesional puede perfectamente ajustarse a una nuevas regulaciones acordes con la Constitución, con lo cual se protege el espectáculo y se garantizan los derechos fundamentales de los deportistas. Así, los análisis empíricos realizados no han podido demostrar que la existencia de los “pases” permita un mayor equilibrio en la competición deportiva, pues la figura de los “derechos deportivos” no evita que los mejores clubes concentren a los jugadores más talentosos. De otro lado, tampoco parece existir una verdadera relación entre los gastos de formación y promoción de un deportista, y el monto mismo de los derechos de transferencia, por lo cual los analistas concluyen que, tal y como en la práctica ha operado la figura, ella no cumple verdaderamente esa función compensatoria. En tercer término, para resarcir estos gastos de formación de los deportistas, promover la búsqueda de nuevos talentos, y lograr un mayor equilibrio entre los clubes, existen otros mecanismos ya utilizados por algunas federaciones deportivas, como la redistribución de una parte de las utilidades del espectáculo entre los distintos clubes, a fin de favorecer a aquellas asociaciones que se especializan en la búsqueda de nuevos jugadores, la suscripción de contratos a un término mayor que los existentes en la actualidad con cláusulas especiales de permanencia, el desarrollo de un “sistema de cultivo” (*farm system*), como el que existe en ciertas ligas de los Estados Unidos, en donde los grandes clubes crean fondos para estimular el descubrimiento y formación de nuevas figuras, etc²². En cuarto término, es claro que la presente sentencia se aplica específicamente a los

²¹ Sentencia T-498/94. Fundamento 8

²² Sobre la ineficacia relativa de los “derechos deportivos” para alcanzar muchos de los propósitos con los cuales se justifica la figura, así como sobre la existencia de estos medios alternativos compatibles con la protección de la dignidad y libertad de los deportistas, ver las Conclusiones del Abogado General presentadas el 20 de septiembre de 1995, Acápites 214 y ss, y Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de diciembre de 1995, acápites 105 y ss. Ver igualmente el artículo citado de Kesenne, o el artículo de J Cairns, N Jenneth y P.J. Sloane. “The economics of Professional Team Sport: A survey of theory and evidence” en *Journal of economic studies*, 1986. Sobre el caso estadounidense, ver Peter Katz. A History of free agency in the United States an Great Britain: Who’s leading the charge?, 15 *Comp.Lab. L.J.*371 (1994).

deportistas profesionales, ya que las normas demandadas estaban referidas a estos jugadores, aun cuando es obvio que los principios constitucionales no dejan de operar en el deporte aficionado. Finalmente, la experiencia europea en relación con el llamado caso Bosman, y las propias reglamentaciones de la FIFA expedidas a raíz de esta decisión del tribunal europeo, muestran que es perfectamente viable armonizar las reglas de estas federaciones internacionales con la protección nacional y regional de los derechos de los deportistas²³. Y en todo caso, si ello no fuera posible, es indudable que en un Estado social de derecho como el colombiano (CP art. 1º) priman los derechos de las personas y las normas constitucionales sobre estas regulaciones privadas.

16- Con todo, incluso si esos efectos graves sobre el espectáculo deportivo existieran, la Corte considera que ellos no son suficientes para evitar que el juez constitucional cumpla con su función de salvaguardar los derechos fundamentales de los deportistas. En este punto, la Corte Constitucional coincide con el Tribunal Europeo de Justicia, cuando respondió, en el citado caso Bosman, a los argumentos sobre los efectos perjudiciales de su decisión, en los siguientes términos:

En cuanto a las eventuales consecuencias de la presente sentencia en la organización del fútbol en su conjunto, es jurisprudencia reiterada que si bien las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente, no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo

En ese orden de ideas, por razones de seguridad jurídica, y conforme a la Sentencia C-113/93, según la cual corresponde a la Corte la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, esta Corporación considera que es admisible limitar los efectos temporales de la presente decisión, por lo cual concluye que la sentencia tiene efectos hacia el futuro, y por ende no afecta las situaciones jurídicas consolidadas en virtud de contratos suscritos con anterioridad a la notificación de la presente sentencia.

17- De todos modos, es indudable que muchos de los anteriores problemas derivan de la ausencia de una regulación legal suficiente y acorde con la Constitución del complejo tema del deporte profesional, sector económico que

²³ Así, no sólo la FIFA modificó en mayo de 1996 el artículo 14 del estatuto del jugador a fin de adaptarlo a la decisión del tribunal europeo, sino que además precisó, según consta en la circular No 592 del 12 de junio de 1996, que “es obligación de todas las asociaciones afiliadas a la FIFA decidir por sí mismas si desean percibir una indemnización por formación y/o promoción en el caso de una transferencia interna (transferencia entre dos clubes del mismo país). En particular, las asociaciones nacionales deberán asumir la responsabilidad de elucidar si, en primer lugar, su propia legislación nacional permite un sistema tal.”

tiene rasgos muy característicos. Así, se trata de un mercado muy especializado, en donde existen grandes diferencias de talento entre los jugadores, las cuales tienen notables consecuencias sobre los resultados de las confrontaciones. Además, es muy usual que los partidos se desarrollen en días y horas que son festivos para el resto de los trabajadores, precisamente para permitir que el público pueda asistir a los espectáculos. Finalmente, las carreras de los deportistas son en general de corta duración, pues no se prolongan más allá de unos pocos años. Estas peculiaridades, y otras más, no sólo justifican sino que hacen deseable que, obviamente dentro del respeto de los principios constitucionales en materia laboral (CP arts 25 y 53), el Legislador prevea una regulación específica que tome en consideración el carácter especial de este sector económico y de la relación laboral del deportista profesional. Por ejemplo, y sin que la enumeración pretenda ser taxativa, se podrían prever términos diferentes de duración de los contratos de los deportistas; precisar qué elementos son o no factor salarial en este campo; establecer mecanismos específicos de solución de las controversias; conferir un tratamiento particular para los llamados períodos de “concentración”; determinar que los días festivos o las horas nocturnas puedan ser considerados laborables en este sector; o consagrar un régimen especial disciplinario, ya que en este caso confluyen las llamadas disciplinas laboral y deportiva. Estas regulaciones permitirían, dentro del marco de los principios constitucionales, solucionar muchos de los conflictos que se puedan presentar, lo cual muestra la importancia de que, como consecuencia de un amplio debate democrático, se expida una adecuada legislación sobre el tema.

La constitucionalidad de la limitación del número de jugadores en préstamo

18- Una vez precisado el marco constitucional de la figura de los derechos deportivos, entra la Corte a estudiar la constitucionalidad de la limitación a dos del número de jugadores en préstamo a un mismo club, la cual, según el actor, es inconstitucional, por cuanto desconoce la igualdad -pues los distintos deportes tienen diverso número de integrantes-, la libertad económica, y la propia protección laboral a los jugadores. Por su parte la Procuraduría considera que se trata de una forma legítima de intervención del Estado en la actividad deportiva.

En primer término, y conforme a lo señalado en los numerales precedentes de esta sentencia, es claro que la “transferencia en préstamo” de los jugadores de un club a otro sólo es compatible con los valores constitucionales, y por ende admisible, si se interpreta esa expresión de conformidad con la dignidad humana de los deportistas, tal y como lo exige la Carta (CP arts 1° y 53), puesto que el jugador “como persona humana no es objeto sino sujeto del contrato”²⁴. Por ende, para ser constitucionales, debe entenderse que estos préstamos excluyen cualquier cosificación del jugador, quien no puede ser concebido como un objeto que es

²⁴ Sentencia T-498/94. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.

entregado y trasladado de un club a otro, al antojo de los directivos de los mismos, ya que ello implicaría un forma de servidumbre y trata de seres humanos contrarias a la Carta (CP art. 17). ¿Cómo interpretar entonces “la transferencia en préstamo” a fin de hacerla compatible con los principios y valores constitucionales?

En principio la Corte constata que el ordenamiento laboral colombiano no prevé, a nivel general, una figura de esta naturaleza. Así, no se trata de una sustitución patronal, puesto que ésta supone el cambio de patrono pero la continuidad del establecimiento (C.S del T art. 67), mientras que en este caso el deportista es transferido a otro club, esto es, a otro establecimiento. Tampoco se trata de un traslado en ejercicio del *ius variandi*, puesto que ésta es una potestad que el patrono, dentro de ciertos límites, ejerce dentro de una relación laboral, mientras en este caso estamos en apariencia frente a un cambio temporal de patrono. Es pues una figura atípica. Sin embargo, el hecho de que tal figura no haga parte de la tradición legal colombiana no la hace en sí misma inconstitucional, siempre y cuando sea posible interpretar sus alcances de conformidad con la Carta. En ese orden de ideas, la Corte considera que, en función del principio de conservación del derecho, es posible mantener esa figura en el ordenamiento y entenderla como una forma atípica de desarrollo del contrato laboral, de tal manera que, de modo similar a algunas regulaciones previstas en otros ordenamientos nacionales, como el español²⁵, se permite que un deportista entre a desplegar actividades en otro club, mientras el club de origen conserva los derechos deportivos. Ahora bien, para la Corte es obvio que para que esta vicisitud del contrato laboral armonice con la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores y no vulnere su dignidad, se debe contar con el consentimiento expreso del respectivo deportista, y la transferencia no puede traducirse en un desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Además, como la figura no se encuentra adecuadamente regulada por la ley, por lo cual se podrían afectar los derechos de los deportistas en el desarrollo de las “transferencias en préstamo”, al existir una incertidumbre en torno a cual de los clubes debe responder al respecto, la Corte entiende que, mientras el Congreso aborda el tema, en este caso, y por analogía, son aplicables, para la relación entre el deportista y los respectivos clubes, las normas que protegen los derechos laborales en el caso de las sustituciones patronales, tal y como lo establece el artículo 69 del estatuto laboral, esto es, que los dos clubes deben responder solidariamente de las obligaciones laborales.

19- Así entendida la figura de la transferencia en préstamo, la Corte considera que la limitación establecida por la norma acusada es admisible. En efecto, esta Corporación ha reconocido que en los ámbitos económicos, y con el fin de proteger intereses constitucionales, la facultad de intervención del Estado es amplia, por lo cual es legítima toda regulación legal que sea razonable con el fin de alcanzar un objetivo constitucional admisible²⁶. Ahora bien, en este caso la regulación persigue

²⁵ Ver Manuel Alonso García. *Curso de derecho del trabajo*. (9 De). Madrid: Ariel, 1985, pp 644 y ss. Ver igualmente Remedios Roqueta Buj. *El trabajo de los deportistas profesionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, pp 247 y ss.

²⁶ Ver, entre otras, las sentencias C-265/94 y C-445/95

asegurar una mayor transparencia en la competencia deportiva pues, por medio de amplios préstamos de jugadores, habría posibilidades de competencia desleal, ya que un equipo podría utilizar ese proceder para desestabilizar a otros rivales y alterar los propios resultados de las competencias deportivas. Esta intervención estatal para lograr una mayor transparencia deportiva también es susceptible de contribuir a un mayor equilibrio entre los clubes, con lo cual se protege el propio espectáculo, ya que en este campo el interés del público resulta de una cierta incertidumbre en torno a los resultados de la confrontación deportiva, pues poca curiosidad genera un torneo en el cual los desenlaces fueran fácilmente previsibles debido al evidente predominio de uno de los clubes. Estas finalidades no sólo encuentran amplio respaldo constitucional (CP art. 52) sino que además el medio empleado -limitar a dos el préstamo de jugadores en un mismo torneo a un mismo club- guarda una conexidad razonable con el mismo, ya que evita que los préstamos excesivos desequilibren artificialmente los resultados deportivos en beneficio de un determinado club.

20- La Corte no considera entonces que esa regulación limite la libertad económica. Además, no es una medida que afecte desproporcionadamente el derecho al trabajo de los jugadores, como lo sostiene el actor, por cuanto si es voluntad de un jugador llegar a hacer parte de un buen club, puede hacerlo por medio de acuerdos directos con el mismo, una vez cumplidas sus obligaciones laborales con la asociación deportiva de origen. Finalmente, tampoco existe violación a la igualdad, por cuanto el patrón de comparación utilizado por el actor no es adecuado. En efecto, la norma acusada trata de la misma manera a todos los clubes y a todos los deportistas que practican un mismo deporte, por lo cual en este aspecto la regulación es equitativa. Es cierto que, como lo señala el actor, la norma es más exigente en relación con deportes como el fútbol que con el baloncesto, pues el número de jugadores inscritos en el primer deporte es mayor que en el segundo, por lo cual la limitación de dos jugadores tiene en ambos casos un peso relativo distinto, lo cual significa que los clubes de baloncesto tienen relativamente mayores posibilidades de efectuar préstamos. Sin embargo ello no implica una violación de la igualdad pues el Legislador bien puede regular de manera diversa los distintos deportes, ya que en ningún lugar la Constitución exige una idéntica reglamentación de los mismos.

21- Con todo, podría sostenerse que esa limitación desconoce la Carta, en la medida en que vulnera la autonomía de las asociaciones deportivas, la cual goza de protección constitucional. Según este criterio, podría afirmarse que las mismas razones que llevaron a la Corte, en reciente decisión²⁷, a retirar del ordenamiento el Tribunal Nacional del Deporte, deberían conducir a la inexecutable de la expresión impugnada, ya que el establecimiento de esas limitaciones a los préstamos de los jugadores correspondería a las federaciones, y no a la ley. La

²⁷ Ver sentencia C-226/97. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte no comparte esa interpretación ya que la situación en los dos eventos es diversa. Así, la sentencia C-226/97 concluyó que ese tribunal deportivo era inconstitucional por cuanto implicaba una estatización de un elemento esencial de la autonomía de estas asociaciones, como es el ejercicio concreto de la función disciplinaria deportiva, puesto que el mencionado tribunal significaba “la asunción estatal de competencias disciplinarias, originariamente privadas”, lo cual “lejos de ejemplificar una función de inspección subvierte la estructura “vigilante - vigilado” propia de aquélla, y, en su lugar, el primero simple y llanamente sustituye al segundo.(Sentencia C-226/97. Fundamento No 4)”. Sin embargo, la sentencia explícitamente señaló que lo anterior no supone que frente a esas asociaciones “no quepa regulación estatal alguna o que ésta necesariamente habrá de ser la que emane de sus órganos internos. Por el contrario, la regulación podría ser densa, puesto que los colectivos y la actividad que desarrollan, no constituyen zonas vedadas para la ley.” Es más, una de las razones esenciales de la inexequibilidad de ese tribunal del deporte es que la Corte concluyó que la ley hubiera podido recurrir a medios menos lesivos de la autonomía para alcanzar el mismo fin, como era el ejercicio de la policía deportiva, que permite la inspección y vigilancia estatal sobre el deporte, sin vulnerar la autonomía de esas asociaciones. Dijo al respecto la citada sentencia:

En verdad, a través de mecanismos propios de policía deportiva consagrados por la ley, los clubes, federaciones o ligas, conjuntamente con sus miembros, podrían ser objeto de variadas sanciones y medidas administrativas, cuando quiera que los reglamentos internos sean violados y la organización deportiva se abstenga de sancionar su incumplimiento o internamente no garantice a los sancionados el debido proceso. Si el propósito de la ley era el de obligar a las organizaciones deportivas a que promovieran el acatamiento a los reglamentos deportivos, no era estrictamente necesario que las faltas disciplinarias fuesen conocidas y falladas directamente por un órgano del Estado. La inspección que el Estado lleva a cabo sobre el deporte y las organizaciones de este sector, se realiza en los términos de la ley, la cual bien había podido erigir la conducta omisiva o arbitraria de éstas últimas en un supuesto autónomo de infracción administrativa sancionable por el Estado. De este modo, la competencia estatal habría quedado cobijada por la técnica de la inspección, sin desconocer de otro lado el núcleo esencial de la autonomía de las organizaciones deportivas.

Ahora bien, en el presente caso la ley, sin inmiscuirse directamente en la estructura ni en la dinámica interna de las asociaciones deportivas, se limita a establecer una regulación a fin de garantizar una mayor transparencia deportiva, lo cual es un legítimo ejercicio del poder de policía deportiva, teniendo en cuenta que corresponde al Estado inspeccionar estas organizaciones (CP art. 52) y que el deporte es un espectáculo público que interesa a la sociedad en su conjunto. En cambio, la instauración del Tribunal Nacional del Deporte anulaba la función disciplinaria de las asociaciones deportivas, por lo cual constituía una ilegítima intromisión en su autonomía. Las dos regulaciones legales tienen entonces alcances

diversos frente a la autonomía de estas asociaciones, por lo cual es perfectamente natural que en este aspecto las decisiones de la Corte sean también diferentes.

Regulación estatal de la actividad deportiva, inspección y vigilancia sobre organismos deportivos y posibilidad de delegación.

22- El artículo 61 literal 8° de la Ley 181 de 1995 delega en Coldeportes una función de inspección y vigilancia del Presidente, por lo cual, según el actor, se viola la Carta, por cuanto el Presidente sólo puede delegar sus funciones en los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Gobernadores, y no en un establecimiento público. Para ello cita en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia número 45 del 4 de Julio de 1985, la cual declaró inexecutable el artículo 28 del decreto 2845 que establecía que el Gobierno, a través de Coldeportes, ejercería la inspección, vigilancia y control de los organismos deportivos. Por el contrario, según la Vista Fiscal, esta delegación es constitucional ya que el artículo 211 superior permite al jefe de Gobierno transferir funciones a las entidades descentralizadas, de las cuales hace parte el Instituto Colombiano del Deporte -Coldeportes.

23- Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema cuando ejercía la guarda de la Constitución, es claro que el Estado tiene la facultad de inspeccionar las instituciones deportivas y la actividad deportiva (CP art. 52) y que, en principio esa función de inspección, vigilancia y control está radicada en cabeza del Presidente de la República²⁸ pues, conforme a la propia ley del deporte (arts 29 y ss), tales clubes son corporaciones sin ánimo de lucro o sociedades anónimas, las cuáles están sujetas a vigilancia presidencial (CP art. 189 ords 24 y 26). Por consiguiente, el interrogante que se plantea es si esa función puede o no ser delegada en Coldeportes.

Ahora bien, una simple lectura del artículo 211, y de su antecedente en la normatividad anterior, a saber el artículo 135 de la constitución derogada, muestra con claridad que el cargo del demandante se fundamenta en el anterior orden constitucional, y no en las normas vigentes. En efecto, el artículo 135 de la anterior Carta establecía que la delegación presidencial operaba en relación con los ministros, los jefes de departamento administrativo y los gobernadores, por lo cual resulta natural que la Corte Suprema hubiera declarado inconstitucional la disposición legal que, dentro de ese marco constitucional, pretendía delegar en Coldeportes una función de inspección y vigilancia del Presidente. Dijo entonces esa Corporación:

²⁸ Ver Corte Constitucional, sentencias C-099/96 y C-226/97. Ver Corte Suprema de Justicia. . Sentencia No 45 del 4 de julio de 1985.

No le es dado al legislador ordinario, ni al extraordinario, asignarle a un establecimiento público, como lo es el Instituto Colombiano para la Juventud y el Deporte, Coldeportes, la inspección y vigilancia de organismos que cumplen funciones de interés público y social, corporaciones, instituciones de utilidad común y similares, como lo son en virtud de exigencia y calificación legal los clubes deportivos, así los actualmente organizados como los que luego se establezcan, porque, se repite, tal facultad es privativa del Presidente de la República, aunque delegable por él, solo por él, y previo señalamiento de la ley, exclusivamente en ministros, jefes de departamentos administrativos y gobernadores. De donde las normas de los artículos, en las partes indicadas a las que se refiere esta consideración de la Corte, son claramente contrarias a estas determinaciones constitucionales, lo que conduce a que la Corte haya de declararlas inexecutable²⁹.

Sin embargo, en la Constitución vigente es claro que esa delegación es factible pues, como bien lo señala la Vista Fiscal, el artículo 211 superior autoriza la delegación presidencial también en los representantes legales de entidades descentralizadas. Ahora bien, conforme al artículo 60 de la misma Ley 181 de 1995, Coldeportes es un establecimiento público del orden nacional, por lo cual ninguna objeción constitucional se puede hacer a que la ley delegue en esa entidad la inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que conforman el sistema nacional del deporte.

En ese orden de ideas, la Corte considera que no tiene relevancia constitucional el argumento invocado por el actor, según el cual la norma impugnada implica la existencia de un doble control sobre los clubes deportivos, pues éstos, según su parecer, quedan sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y de Coldeportes. En efecto, si bien es posible argumentar que una doble vigilancia puede no ser la más conveniente en términos de eficacia administrativa, ello no determina la inconstitucionalidad de la disposición, pues se trata de un problema de oportunidad que no corresponde a esta Corte solucionar. Además, habría que examinar si esa doble vigilancia existe o no, pues puede ser que se trate de un conflicto aparente entre diversas disposiciones legales que pueda ser remediado con clásicas normas para la solución estos conflictos, como ley posterior deroga ley anterior, o ley especial deroga ley general. Sin embargo, estamos en frente de un típico problema de hermenéutica legal que tampoco corresponde a la Corte solucionar, pues de manera insistente esta Corporación ha señalado que la Carta establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones, por lo cual no es tarea de la Corte establecer el sentido autorizado de las disposiciones legales, salvo que exista una razón constitucional que obligue³⁰, lo cual no sucede en este caso.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 45 del 4 de julio de 1985. Consideración de la Corte No 7 en *Gaceta Judicial*, No 2422, pp 19 y 20.

³⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-496/94 y C-109/95.

El cargo del demandante no prospera, por lo cual el ordinal impugnado será declarado exequible.

VII. 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: Declarar **EXEQUIBLE** el inciso primero del artículo 32 de la Ley 181 de 1995, en el entendido de que ese mandato no se aplica a los propios jugadores, quienes pueden ser entonces titulares de sus derechos deportivos, en los términos de esta sentencia.

Segundo: Declarar **EXEQUIBLE** la frase inicial "*Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva*" del artículo 34 de la Ley 181 de 1995, salvo la expresión "exclusiva", que es **INEXEQUIBLE**, en el entendido de que los propios jugadores pueden ser titulares de sus derechos deportivos, en los términos de esta sentencia.

Tercero: Declarar **EXEQUIBLE** la frase final "*Ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo*" del artículo 34 de la Ley 181 de 1995, siempre y cuando se entienda que se debe contar con el consentimiento del deportista y no se puede desmejorar su situación laboral, conforme a lo señalado en esta sentencia.

Cuarto: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 35 de la Ley 181 de 1995, salvo la expresión "*dentro de un plazo no mayor de seis meses*", que es **INEXEQUIBLE**, en el entendido de que no puede haber derechos deportivos sin contrato de trabajo vigente, en los términos de esta sentencia.

Quinto: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 61 literal 8° de la Ley 181 de 1995.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO , Magistrado
—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ , Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA , Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE: El doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, no asistió a la sesión de sala plena, celebrada el día tres (3) de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

**Sentencia No C-326
julio10 de 1997**

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Objeto

El contrato de prestación de servicios es un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos.

**MODALIDAD DE VINCULACION CON LA ADMINISTRACION-
Justificación/FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA VINCULACION
CON LA ADMINISTRACION-No vulneración de derechos/REGISTRO EN
SISTEMA UNICO DE INFORMACION DE PERSONAL-Contratistas o
servidores públicos**

La diferencia en la modalidad de vinculación, como contratistas o como servidores públicos, encuentra justificación en las necesidades mismas de la administración, no en la calidad y probidad de las personas, para una y para otra el Estado está en la obligación de seleccionar aquellas personas naturales que acrediten las mejores condiciones profesionales, éticas y morales, lo que hace indispensable que cuente con instrumentos técnicos eficaces para el efecto, como el formato único de hoja de vida y el correspondiente registro de los mismos en el sistema único de información de personal, instrumentos que como tales bien pueden utilizarse para la selección de unos y otros, sin que ello implique que los primeros se confundan o asimilen con los segundos, o que las consecuencias jurídicas que se derivan de la vinculación como servidores públicos se extiendan a los contratistas. El hecho

de que un mismo instrumento de selección y control se utilice para unos y otros, de ninguna manera desvirtúa la condición de contratistas que tienen las personas que se vinculen a la administración a través de contratos de prestación de servicios, quienes, como lo ha dicho esta Corporación no son servidores públicos. La decisión del legislador, de imponer el diligenciamiento del formato único de hoja de vida y su registro en el Sistema Único de Información de Personal, tanto a los servidores del Estado como a las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el mismo, en nada contradice el ordenamiento superior.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y DE CONSULTORIA- Diferencias

Los elementos constitutivos del contrato de consultoría, permite concluir que existen diferencias sustanciales con el contrato de prestación de servicios, que habilitan al legislador para darles a quienes los suscriben un tratamiento también distinto. Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales. El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes.

FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Tratamiento igualitario de aspirantes a contratos de consultoría

Si se compara la información que se solicita a través del formato único de hoja de vida a los aspirantes a celebrar contratos de prestación de servicios con la administración pública, con la que se ordena que deben suministrar quienes aspiren a celebrar contratos de consultoría con el Estado, se constata que en esencia es la misma, sólo que la primera es pertinente solicitarla exclusivamente a personas naturales, mientras que la segunda se previó obtenerla de personas naturales o jurídicas especializadas en actividades técnicas. El legislador brinda el mismo tratamiento a los contratistas de servicios y a los consultores, y a quienes aspiren a serlo, y que ni a unos ni a otros les

vulnera el derecho a la igualdad, pues en ambos casos les impuso la obligación de suministrar la información que la administración pública requiere, diseñando para cada categoría un instrumento diferente, que atiende las singulares características que identifican una y otra modalidad de contratación.

FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA CONTRATACION CON LA ADMINISTRACION-No vulnera la intimidad

La información de carácter académico y laboral no está sustraída al conocimiento público, con base en ella la persona se da a conocer en el ámbito social y se promociona en el mercado laboral, sin que su consignación en un sistema de información público amenace su derecho fundamental a la intimidad, mucho menos cuando ella ha sido voluntariamente suministrada por quien expresamente ha manifestado su interés de ofrecer sus servicios a la administración pública, que es lo que hace la persona natural cuando diligencia el formato único de hoja de vida que se le exige como condición previa para considerar su contratación con el Estado, o la persona natural o jurídica que en su calidad de consultor se inscribe en el correspondiente registro. El Estado, a través del legislador, está habilitado para diseñar e imponer la utilización de esos instrumentos técnicos, que de una parte le permiten garantizar la vinculación de los más capaces y de los más idóneos a la administración, bien sea como servidores públicos o como contratistas, y de otra le permiten impulsar la realización de los principios rectores de la administración pública, siempre y cuando el contenido de dichos instrumentos no desconozca principios fundamentales de las personas, y contemplen, ellos mismos, mecanismos de control que eviten un uso indebido de la información que los nutre.

Referencia: Expediente D-1518

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3 y 5 (todos parcialmente), de la Ley 190 de 1995, "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa"

Actores: Carlos Mario Isaza Serrano y Carlos Paz Lamir

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997)

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos **Carlos Mario Isaza Serrano y Carlos Pazlamir**, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que establece el artículo 242 de la

Constitución Nacional, presentaron ante la Corte Constitucional la demanda de la referencia contra los artículos 1, 2, 3 y 5 (todos parcialmente), de la Ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa”.

El Magistrado Sustanciador a través de auto de 6 de noviembre de 1996, resolvió admitir la demanda contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 190 de 1995, y rechazar la presentada contra el inciso segundo del artículo 5 de la misma ley, por recaer sobre él mismo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, (Sentencia C-631 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Admitida la demanda, se ordenó practicar las comunicaciones de rigor constitucional y legal; se fijó en lista el negocio por la Secretaría General de la Corte y simultáneamente se dio traslado al Despacho del Señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Nacional y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda presentada.

II. EL TEXTO DE LA DEMANDA

Se transcriben a continuación los artículos demandados de la ley 190 de 1995, subrayando las partes impugnadas:

*“Ley 190 de 1995
(Junio 6)*

“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

I. REGIMEN DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

A. Control sobre reclutamiento de los servidores públicos

“Artículo 1o. *Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completo que en ella se solicita:*

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.
2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos y cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.
3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.
4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal, y
5. Los demás datos que se soliciten en el formato único.

“Parágrafo. Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente.”

“Artículo 2o. En el orden nacional, créase el Sistema Único de Información de Personal en el Departamento Administrativo de la Función Pública, el que tendrá las siguientes funciones:

1. Elaborar los formatos de hoja de vida única, para las personas que aspiren a cargos o empleos públicos, o a **celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración**, así como los formatos de actualización de datos para nuevas solicitudes de ingreso a la administración pública y de calificación de los empleados del sector público.
2. Acopiar y sistematizar la información contenida en las hojas de vida y en los formatos únicos de calificación.
3. Actualizar la información de acuerdo con los datos que periódicamente lleguen a su conocimiento, y
4. Suministrar la información a su alcance, cuando sea requerida por una entidad pública.

Parágrafo. La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el Sistema Único de Información de Personal no genera vínculo laboral alguno con la administración pública ni da lugar a un régimen prestacional especial.”

“Artículo 3°. A partir de la vigencia de la presente ley, las hojas de vida de las personas que ocupan cargos o empleos públicos o de quienes celebren contratos de prestación de servicios con la administración, permanecerán en la unidad de personal de la correspondiente entidad, hasta su retiro. Producido éste, la mencionada Unidad enviará al Sistema Unico de Información de Personal de que trata el artículo anterior, la hoja de vida con la información relativa a la causa de retiro. Dicha información no podrá utilizarse como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral y de ella sólo se comunicarán la identificación del funcionario y las causas de su desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos.

Quando una persona aspire a ingresar a una entidad pública o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración, habiendo desempeñado cargo o empleo público o celebrado contrato de prestación de servicios con anterioridad, la correspondiente entidad solicitará la hoja de vida al Sistema Unico de Información de Personal.

Si transcurridos quince (15) días hábiles, la entidad nominadora o contratante no ha recibido respuesta del Sistema Unico de Información de Personal, podrá decidir autónomamente si vincula o contrata al aspirante, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos legales y sin perjuicios de la facultad de revocar la decisión. En todo caso, la demora injustificada en responder, o la omisión de solicitar la hoja de vida al Sistema Unico de Información de Personal, será causal de mala conducta.

Quando el aspirante haya celebrado contrato de prestación de servicios con la administración, o desempeñado cargo o empleo público, con anterioridad, allegará a la respectiva entidad el formato único de actualización de datos debidamente diligenciado, junto con la documentación que acredite la actualización de información.

Las hojas de vida de los aspirantes no seleccionados serán enviadas al Sistema Unico de Información de Personal del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de que sean incorporadas a los bancos de datos allí existentes.

La persona seleccionada deberá aportar todos los documentos que acreditan la información contenida en el formato único de hoja de vida.”

“....

III. LA DEMANDA

A. Normas constitucionales que se consideran infringidas

El demandante considera que las normas acusadas vulneran los artículos 13, 15 y 122 de la Constitución Política.

B. Fundamentos de la demanda

La demanda presentada por los actores puede dividirse en dos partes: en la primera consignan los argumentos que sirven de base a las acusaciones parciales que presentan contra los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 190 de 1995; en la segunda ponen a consideración de la Corte los cargos en los que sustentan su solicitud de declaratoria de inexecutable del inciso segundo del artículo 5 de la misma ley, la cual como se dijo fue rechazada por el Magistrado Sustanciador, por recaer sobre la disposición impugnada el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Los argumentos con base en los cuales solicitan la inexecutable parcial de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 190 de 1995, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Las normas acusadas violan el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P.

Manifiestan los demandantes que la inclusión de las personas que celebren contratos de prestación de servicios con el Estado, en el Sistema Unico de Administración de Personal que el legislador creó a través del artículo 2 de la citada Ley 190 de 1995, sistema a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, viola el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad, por los siguiente motivos:

- Porque con esa medida se discrimina a aquellos contratistas que se vinculan al Estado a través de contratos de prestación de servicios, dado que sin que exista justificación razonable para el efecto, se les impone a ellos una serie de obligaciones diseñadas para los servidores públicos, que no se aplican a los demás contratistas del Estado.

- Porque tal discriminación se hace evidente especialmente cuando se compara la situación de las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, quienes deberán cumplir con las obligaciones que se desprenden de las normas acusadas, con la de aquellas que se vinculan al mismo a través de contratos de consultoría, quienes están exentas del cumplimiento de dichas obligaciones, lo cual no se justifica, pues si bien la ley 80 de 1993 diferencia los contratos de prestación de servicios de los contratos de consultoría, los supuestos de hecho que dan origen a unos y otros son iguales, de donde se concluye que los contratistas deben ser objeto de un mismo tratamiento por parte del legislador.

La ley ordena, dicen los actores, tratar de modo distinto lo que es diferente, también ordena que haya proporcionalidad entre "las diferencias fácticas y las consecuencias jurídicas", lo cual en el caso que se propone no se cumple, pues la diferencia que se puede establecer entre los contratos de prestación de servicios y

los contratos de consultoría, referida exclusivamente a la cualificación de los contratistas, le sirve al legislador para atribuir consecuencias jurídicas sustancialmente diferentes a unos y otros, a tal punto que coloca en situación de discriminación a los primeros.

Las normas acusadas violan el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la C.P.

Señalan los demandantes, que las disposiciones impugnadas autorizan la conformación de bases de datos que se alimentarán con información relativa a la dimensión personal, familiar y económica de los funcionarios del Estado y de los contratistas aludidos, lo cual se justifica en el caso de los primeros, si se tiene en cuenta que sus relaciones las rigen la constitución y la ley, y que ellos son los destinatarios del régimen disciplinario, pero no en el caso de los segundos, quienes están sometidos en sus relaciones con la administración pública única y exclusivamente al contrato y a la ley contractual, por lo que no se encuentra razón válida que justifique la exigencia de información que corresponde al ámbito privado de dichos particulares, lo que implica restringir, innecesariamente, el derecho a la intimidad que les garantiza la Carta Política.

Anotan los actores, "...que la manipulación de las hojas de vida de los aspirantes [a contratistas] no seleccionados...", genera la imposición de una carga a dichos particulares que sacrifica su derecho a la intimidad, pues no hay razón alguna que justifique que el Estado mantenga en su poder esa información, la cual, dicen, puede "estigmatizar" a las personas no seleccionadas por motivos diferentes a cuestionamientos de orden legal o moral, respecto de las cuales puede suscitarse una injustificada prevención.

Las disposiciones impugnadas violan el artículo 122 de la C.P.

Manifiestan los demandantes, que las exigencias contenidas en las normas objeto de acusación, solo son exigibles por parte del Estado a los servidores públicos, no a los particulares, dado que el fundamento de las obligaciones de unos y otros es diferente, lo que implica que las exigencias que se hacen a los primeros, que restringen y sacrifican determinados valores y principios, se justifiquen en aras del mayor peso que se le otorga al principio que se pretende proteger: el de la moralidad en la administración pública.

IV. EL CONCEPTO FISCAL

En la oportunidad correspondiente el Señor Procurador General de la Nación rindió el concepto de su competencia, solicitando a esta Corporación que se declaren exequibles los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 190 de 1995. Respalda su solicitud en los siguientes argumentos:

Señala el Procurador, que la administración pública está regida por los principios de igualdad, moralidad y eficacia consagrados en el artículo 209 de la Constitución, cuya realización en gran medida depende del reclutamiento, para su servicio, de personas idóneas, lo que hace necesario que cuente con instrumentos que le permitan evaluar y controlar, no solo la capacidad profesional sino la probidad, tanto de quienes van a desempeñar funciones públicas, como de quienes pretenden colaborar con las actividades propias de la gestión oficial. En esa perspectiva, agrega el concepto fiscal, el formato único de hoja de vida y el sistema único de información de personal, constituyen mecanismos jurídicos eficaces para que la administración pueda realizar una adecuada selección y control de las personas a su servicio, que en nada contrarian el ordenamiento superior.

Anota, que si bien las personas que celebran contratos de prestación de servicios con la administración pública no son funcionarios del Estado, si son auxiliares del mismo, por lo que las obligaciones que las normas impugnadas les imponen resultan necesarias para que la administración pueda determinar si reúnen los requisitos exigidos por la ley, sin que ello implique la violación de su derecho a la intimidad.

Tampoco se configura una violación del derecho a la igualdad entre los contratistas del Estado, dice el Procurador, por cuanto "...el acuerdo de prestación de servicios presenta características que lo hacen diferente a los demás, lo que justifica que el legislador le imponga una carga especial a quienes aspiran a celebrar esta clase de contratos [de servicios] con el Estado.

V. OTRAS INTERVENCIONES

A. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Dentro de la oportunidad correspondiente, se hizo presente el abogado Alvaro Namén Vargas, quien actuando como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó su intención de defender la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, para lo cual presentó a consideración de esta Corporación los siguientes argumentos:

En opinión del interviniente, el legislador, a través de las normas impugnadas, no está regulando de manera distinta situaciones iguales, al contrario, a partir de la diferencia sustancial que existe entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría, diseñó para los primeros un tratamiento especial que implica la exigencia de ciertos requisitos previos a su vinculación, que en nada contrarían el principio de igualdad que consagra la Carta Política, se trata de mecanismos de control diversos para diferentes tipos de contratos.

Agrega, que debido al tipo de actividades que cumplen quienes celebran contratos de prestación de servicios con el Estado, la información que sobre ellos requiere la administración, con el objeto de evaluar su idoneidad, es similar a la

que requiere de los funcionarios del Estado, lo que justifica que se les imponga el diligenciamiento del formato único de hoja de vida, y su incorporación en el respectivo sistema. Anota, que distinto es el caso de los consultores, por cuanto los datos que se requieren para evaluar su capacidad son mucho más complejos por su carácter técnico y por la cantidad de variables que intervienen (capacidad técnica, financiera, administrativa), por lo que no es posible incluirlos en un formato único de hoja de vida que se limita a reflejar factores como la formación académica y la experiencia laboral.

Las normas impugnadas, concluye el apoderado del Ministerio de Justicia, realizan el principio de transparencia que rige para la administración pública y permiten prevenir y luchar efectivamente contra la corrupción, que es precisamente el objetivo que se propuso el legislador al expedir las disposiciones acusadas, sin que su contenido implique violación del derecho a la intimidad, el cual solo resulta vulnerado cuando el Estado se inmiscuye ilegítimamente en información que por su naturaleza se sustrae de la injerencia y conocimiento de extraños, lo que no ocurre con la información de carácter académico y laboral que es la que se solicita en el formato único de hoja de vida.

B. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Dentro del término establecido en el Decreto 2067 de 1991, la dirección del Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de su apoderado, el abogado Antonio Medina Romero, intervino en la demanda de la referencia para solicitarle a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas, por considerar que las mismas no contrarían ninguna disposición del ordenamiento superior. Sustenta su solicitud en los siguientes argumentos:

Niega el interviniente que las obligaciones que se les imponen, a través de las normas impugnadas, a las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, impliquen un tratamiento discriminatorio para las mismas si se les compara con los demás contratistas del Estado; sostiene que las diferencias entre dichos contratos y los contratos de consultoría, por ejemplo, ameritan un tratamiento distinto para efectos de control, lo cual en su criterio queda demostrado, si se advierte que para los consultores se creó un registro especializado, a cargo de las cámaras de comercio, del cual obviamente están excluidos los contratistas de servicios; ese registro, anota, es de carácter público y ello en nada contradice el ordenamiento superior, al contrario, a través de él la administración propicia transparencia y garantiza la contratación de los más idóneos y la no vinculación de aquellos que no acrediten las condiciones requeridas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La competencia y el objeto de control

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer las

acusaciones planteadas contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 190 de 1995, por ser ellas parte de una ley de la República.

Segunda. La materia de la demanda

Los actores consideran que las disposiciones acusadas deben ser retiradas del ordenamiento jurídico por ser contrarias a la Constitución; sustentan su solicitud de inexecutable en los siguientes argumentos:

Las normas impugnadas obligan a un grupo específico de contratistas del Estado, aquellos que suscriban o aspiren a suscribir contratos de prestación de servicios, a diligenciar el formato único de hoja de vida diseñado para los funcionarios del Estado, con los cuales se alimentará el Sistema Único de Personal a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, de que trata el artículo 2 de la misma ley 190 de 1995, excluyendo de dicha obligación, sin que medie justificación razonable para el efecto, a los demás contratistas del Estado, especialmente a los consultores, no obstante que éstos se asimilan sustancialmente a los primeros; esa situación, sostienen, discrimina a los contratistas de servicios, lo que genera para ellos la violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P.

Hay que advertir que para analizar el tema de la constitucionalidad demandada no es preciso que las normas se refieran a todos los contratos del Estado. En este caso las normas cuyos segmentos se demandan se refieren al contrato de prestación de servicios, y por vía de ejemplo, se hace un contraste con el contrato de consultoría. Como se concluirá en el análisis de la Corte, estas normas son constitucionales, sin que la ley tenga que referirse a todos los contratos del Estado.

Los mandatos impugnados también contrarían el artículo 15 de la Constitución, pues su aplicación implica la violación del derecho a la intimidad de los particulares que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, por cuanto se les obliga, sin que exista motivo razonable que justifique tal disposición, a suministrar información que corresponde al ámbito de su privacidad, restringiéndoles el mencionado derecho fundamental.

Consideran igualmente los actores, que las disposiciones acusadas contradicen lo dispuesto en el artículo 122 de la C.P., por cuanto ellas imponen obligaciones que se originan en la condición de servidor público, a particulares que no tienen ese estatus, extendiendo a ellos un régimen que no les es aplicable.

La Corte procederá entonces a analizar los cargos formulados contra las disposiciones impugnadas, con el objeto de determinar si su contenido es contrario o no al ordenamiento superior.

Cuarta. Cuando el legislador impone el cumplimiento de una obligación especial a las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación

de servicios con el Estado, que no impone a los demás contratistas, específicamente a quienes suscriben contratos de consultoría, no viola el derecho a la igualdad de los primeros, simplemente regula su actividad atendiendo su singularidad y las diferencias sustanciales que presentan respecto de otras modalidades de contratación.

El núcleo de la acusación que presentan los actores, se ubica en el trato discriminatorio que según ellos el legislador prevé para las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, a las cuales, en detrimento del derecho a la igualdad del que son titulares, les impone una carga que no le impone a los demás contratistas del Estado, especialmente a los consultores, no obstante la similitud entre unos y otros.

Tomando como presupuesto básico de su planteamiento la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que en atención al principio de igualdad a todas las personas se les garantiza la misma protección y trato por parte de las autoridades, así como los mismos derechos, libertades y oportunidades, los libelistas sostienen que las obligaciones que el legislador les impuso a quienes celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, las cuales equivocadamente asimilan a sanciones, relacionadas con el diligenciamiento del formato único de hoja de vida diseñado para los servidores públicos y su inclusión en el correspondiente sistema, al no imponerlas también a quienes acreditan la misma condición de contratistas del Estado, cualquiera sea la modalidad, acarrea para los primeros un trato discriminatorio que no encuentra justificación razonable.

Ha dicho la Corte, que "...el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la **razón suficiente** que justifique el trato desigual"¹; así mismo, que "...en el seno de un Estado social de derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes, el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional... correspondiéndole a la Corte Constitucional determinar si dicho criterio valorativo está conforme con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política..."²

Quiere decir lo anterior, que en el caso concreto que se analiza, le corresponde a esta Corporación determinar si existe o no una **razón suficiente** que justifique el trato diferente que el legislador le brinda a los contratistas de prestación de servicios, al imponerles, a través de las disposiciones impugnadas, una serie de obligaciones de las que exceptúa a los demás contratistas, especialmente a los consultores, cuya relación con el Estado, en opinión de los demandantes, se funda en los mismos supuestos de hecho.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

² *Ibidem*

La Corte analizará entonces, a partir de la conceptualización que contempla la ley para los contratos de prestación de servicios y los contratos de consultoría, si imponer a quienes celebren o aspiren a celebrar los primeros el cumplimiento de unas obligaciones diseñadas en principio para los servidores públicos, de las que exceptúa a aquellos que celebren o pretendan celebrar los segundos, viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

a. El contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios está definido en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación Administrativa, de la siguiente manera:

“Artículo 32.

“3 CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Es pues un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos.

La diferencia en la modalidad de vinculación, como contratistas o como servidores públicos, encuentra justificación en las necesidades mismas de la administración, no en la calidad y probidad de las personas, para una y para otra el Estado está en la obligación de seleccionar aquellas personas naturales que acrediten las mejores condiciones profesionales, éticas y morales, lo que hace indispensable que cuente con instrumentos técnicos eficaces para el efecto, como el formato único de hoja de vida y el correspondiente registro de los mismos en el

sistema único de información de personal, instrumentos que como tales bien pueden utilizarse para la selección de unos y otros, sin que ello implique que los primeros se confundan o asimilen con los segundos, o que las consecuencias jurídicas que se derivan de la vinculación como servidores públicos se extiendan a los contratistas, con lo cual se desvirtúa también la acusación de violación del artículo 122 de la C.P.; es decir, que el hecho de que un mismo instrumento de selección y control se utilice para unos y otros, de ninguna manera desvirtúa la condición de contratistas que tienen las personas que se vinculen a la administración a través de contratos de prestación de servicios, quienes, como lo ha dicho esta Corporación no son servidores públicos:

“...entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato o de la ley contractual...no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos...” (Corte Constitucional, sentencia C-280 de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

Es claro entonces que la decisión del legislador, de imponer el diligenciamiento del formato único de hoja de vida y su registro en el Sistema Único de Información de Personal, tanto a los servidores del Estado como a las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el mismo, en nada contradice el ordenamiento superior.

Ahora bien, la pregunta que surge es si tal decisión origina un trato discriminatorio para las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, cuando se compara su situación con la de otros contratistas del Estado, para quienes no rigen las disposiciones acusadas, específicamente con la de quienes celebren o aspiren a celebrar contratos de consultoría. Para responder este interrogante es necesario remitirse a la definición legal del contrato de consultoría.

b. El contrato de consultoría.

El numeral 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, define el contrato de consultoría de la siguiente manera:

“Artículo 32

“...

“2. CONTRATO DE CONSULTORIA. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben comunicarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

En la definición transcrita se encuentran los elementos constitutivos del contrato de consultoría, cuyo análisis permite concluir que existen diferencias sustanciales con el contrato de prestación de servicios, que habilitan al legislador para darles a quienes los suscriben un tratamiento también distinto. Veamos:

Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales.

El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante (por ejemplo contratos de estudios de suelos para la construcción de la sede de una entidad pública que presta servicios de salud); para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes, con lo que se desvirtúa la afirmación de los actores, en el sentido de que en tratándose de contratos cuyas características son similares, casi idénticas dicen, ellos exigen un tratamiento igual por parte del legislador so pena de incurrir en la violación del artículo 13 de la C.P.

Al contrario, los supuestos de hecho que los originan son tan diferentes, que por sí solos bastan para aceptarlos como **razón suficiente** para que quienes los suscriban reciban del legislador tratamientos también diferentes, que admiten por ejemplo la imposición a unos de deberes y obligaciones de los que exceptúa a otros; sin embargo, en el caso que se analiza, la imposición de la obligación que los demandantes cuestionan por inconstitucional, la cual se le atribuye a los contratistas de servicios, diligenciar el formato único de hoja de vida diseñado para los servidores públicos e incluirlo en el sistema único de información de personal a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, es en

esencia igual a la impuesta a los contratistas de consultoría a través del artículo 22 de la ley de contratación, aún cuando su diseño y elementos constitutivos obviamente sean diferentes:

“Artículo 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES

*“Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, **consultoría**, suministro y compra venta de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.*

“Con base en los formularios y en los documentos presentados, las Cámaras de Comercio conformarán un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con el mismo se les solicite.

“En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración.

*“No se requerirá de este registro, ni de calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; **contratos de prestación de servicios** y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el gobierno nacional.*

“El registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificadas y clasificadas que contenga...”

En efecto, si se compara la información que se solicita a través del formato único de hoja de vida a los aspirantes a celebrar contratos de prestación de servicios con la administración pública, a la que se refiere el artículo 1 de la ley 190 de 1995, con la que se ordena que deben suministrar quienes aspiren a celebrar contratos de consultoría con el Estado, consignada en el citado artículo 22 de la ley de contratación, se constata que en esencia es la misma, sólo que la primera es pertinente solicitarla exclusivamente a personas naturales, mientras que la segunda se previó obtenerla de personas naturales o jurídicas especializadas en actividades técnicas.

Así, se puede concluir que el legislador brinda el mismo tratamiento a los contratistas de servicios y a los consultores, y a quienes aspiren a serlo, y que ni a unos ni a otros les vulnera el derecho a la igualdad, pues en ambos casos les impuso la obligación de suministrar la información que la administración pública requiere para garantizar los principios a que se refiere el artículo 209 de la C.P, diseñando para cada categoría un instrumento diferente, que atiende las singulares características que identifican una y otra modalidad de contratación. No hay pues reparo de constitucionalidad a las disposiciones impugnadas, pues ellas no contrarían el artículo 13 de la C.P.

Quinta. El contenido del formato único de hoja de vida a que se refiere el artículo 1 de la ley 190 de 1995, no viola el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la C.P.

Señalan los demandantes, que la información que se le solicita a las personas que celebren o aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado, con la cual deberán diligenciar el formato único de hoja de vida de personal, el cual se remitirá al sistema único de información de personal a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública, viola el derecho a la intimidad de los potenciales contratistas de servicios del Estado, dado que se refiere a aspectos propios de su vida privada, que nada tienen que ver con la relación contractual que ellos establecen con la administración pública, la cual debe regirse exclusivamente por el contrato y la ley contractual; así mismo, que eventualmente dicha información puede ser mal utilizada por el Estado, acarreado para las personas que la suministran consecuencias contrarias a sus legítimos intereses.

En primer lugar hay que señalar que la información que se solicita, descrita en el artículo 1 de la ley 190 de 1995, se refiere a aspectos académicos que acredita la persona, años de estudio, niveles de educación cursados, títulos y certificados obtenidos; a la experiencia laboral que ha acuñado, para lo cual se le pide relacionar los cargos desempeñados tanto en el sector público como en el privado, suministrando los datos que permitan constatar esa información; y a aquella información que le permita a la administración determinar si la persona está o no incurso en alguna de las inhabilidades o incompatibilidades que establece la ley, aspectos todos que bien pueden ingresar en la órbita de lo público y que en nada afectan el núcleo esencial del derecho a la intimidad sobre el cual ha dicho esta Corporación:

“El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a

menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido al dominio de la opinión pública.” (Corte Constitucional, Sentencia SU 056 de 1995, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

Es incuestionable que la información de carácter académico y laboral no está sustraída al conocimiento público, con base en ella la persona se da a conocer en el ámbito social y se promociona en el mercado laboral, sin que su consignación en un sistema de información público amenace su derecho fundamental a la intimidad, mucho menos cuando ella ha sido voluntariamente suministrada por quien expresamente ha manifestado su interés de ofrecer sus servicios a la administración pública, que es lo que hace la persona natural cuando diligencia el formato único de hoja de vida que se le exige como condición previa para considerar su contratación con el Estado, o la persona natural o jurídica que en su calidad de consultor se inscribe en el correspondiente registro.

En segundo lugar, es necesario resaltar que el Estado, a través del legislador, está habilitado para diseñar e imponer la utilización de esos instrumentos técnicos, que de una parte le permiten garantizar la vinculación de los más capaces y de los más idóneos a la administración, bien sea como servidores públicos o como contratistas, y de otra le permiten impulsar la realización de los principios rectores de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, siempre y cuando el contenido de dichos instrumentos no desconozca principios fundamentales de las personas, y contemplen, ellos mismos, mecanismos de control que eviten un uso indebido de la información que los nutre, como por ejemplo el uso restringido de los mismos:

“El Estado puede legítimamente organizar sistemas de información que le permitan mejorar sus funciones de reclutamiento de personal y contratación pública. De otra parte, el uso restringido, asegura que aspectos de la hoja de vida de quien es o ha sido funcionario o contratista del Estado, cuyo conocimiento indiscriminado puede vulnerar su intimidad y buen nombre, circulen sin su autorización. Las hojas de vida, tienen un componente personal elevado, de suerte que así reposen en archivos públicos, sin la expresa autorización del datahabiente, no se convierten en documentos públicos destinados a la publicidad y a la circulación general. En todo caso, la persona a la que se refiere el sistema examinado, en los términos del artículo 15 de la C.P., tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella y que reposen en dicho activo.” (Corte Constitucional, Sentencia C038 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ahora bien, esa restricción al uso de los sistemas de información no puede extenderse hasta superar los mandatos mismos de la Constitución y de la ley; por eso la prohibición que el legislador consignó en el artículo 3 de la ley 190 de 1995,

en el sentido de que la información que alimentara el sistema único de información de personal no podría utilizarse como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral, fue declarada inexecutable por esta Corporación³, al establecer que su contenido era contrario a lo dispuesto en el artículo 29 de la C.P.

En conclusión, no encuentra la Corte válidos los argumentos con base en los cuales se impugnan las disposiciones objeto de estudio, pues ellas no violan ni amenazan tampoco el derecho a la intimidad de la personas consagrado en el artículo 15 de la Constitución, por lo que procederá a declararlas conformes al ordenamiento superior.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Declarar **EXEQUIBLES** las disposiciones acusadas de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 190 de 1995.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ , Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

³ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE: El H. Magistrado doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, no asistió a la sesión de sala plena, celebrada el día diez (10) de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No C-327
julio 10 de 1997

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia de delimitación de alcance

La cosa juzgada constitucional ampara las sentencias proferidas por la Corporación, otorgándoles un carácter definitivo que impide plantear nuevas controversias sobre lo decidido. Esa imposibilidad de revivir lo ya resuelto explica el rechazo de las demandas presentadas en contra de disposiciones que han sido objeto del control de constitucionalidad, situación que se torna más evidente cuando la respectiva providencia no llama la atención acerca de la existencia de elementos importantes que, por no haber sido tenidos en cuenta, abran la posibilidad de efectuar un nuevo examen. La sentencia no delimitó sus alcances y por lo tanto la cosa juzgada tiene carácter absoluto.

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Limitaciones legales

**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Límites constitucionales/
LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PRIVACION DE LA
LIBERTAD-Delimitación constitucional**

En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política. Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Limitaciones razonables y proporcionales

Aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.

PRIVACION DE LA LIBERTAD-Observancia de garantías

La privación que es, sin lugar a dudas, el límite más severo al derecho a la libertad es un concepto genérico y, en los casos en que se funda en la comisión de un hecho punible, abarca tanto las situaciones en que dicha privación se produce antes de la condena penal, como aquellas en las que es el resultado de una decisión adoptada mediante una sentencia en firme producida al término del respectivo proceso. En uno y otro evento se impone la cabal observancia de las garantías previstas en las normas superiores cuyo sentido protector, por ende, cobija la detención preventiva que, como medida cautelar, es ordenada por el juez antes de la sentencia y así mismo la privación de la libertad que surge de ésta.

DETENCION PREVENTIVA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA-Diferencias

DETENCION PREVENTIVA JUDICIAL Y PENAS-Diferencias

DETENCION PREVENTIVA-Alcance

La detención preventiva es apenas una medida cautelar aplicable cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Constitución y que por lo mismo, no requiere para su adopción de un juicio previo, por cuanto su finalidad no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito. En consecuencia, no es correcto atribuirle a la detención preventiva el carácter de pena, pues es sabido que esta última tiene por presupuesto la convicción que acerca de la existencia de responsabilidad penal surge luego de haberse surtido un juicio con la plenitud de las garantías que integran el debido proceso. La responsabilidad penal, a su turno, se edifica sobre la culpabilidad que al ser judicialmente establecida desvirtúa la presunción de inocencia que asiste a la persona durante todo el juicio y que, por ende, no resulta afectada por la detención preventiva.

DETENCION PREVENTIVA-Carácter excepcional/TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD/TRATADO INTERNACIONAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Libertad personal

Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas. Si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación. Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta. Los tratados internacionales invocados por el demandante, en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad y el hecho de que la Carta política disponga que los derechos en ella consagrados deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales que, por estar ratificados por Colombia tienen fuerza en el ordenamiento jurídico interno, no implica que sin reunir los requisitos, en forma automática adquieran una prevalencia que no les ha conferido la Carta Política que, siendo norma de normas, tiene supremacía, por lo mismo, el examen abstracto de la preceptiva legal acusada se efectuará tomando como referente la Constitución que es el marco supremo y último para determinar la validez de cualquier norma legal que deba ser confrontada con ella. Entenderlo de otro modo implicaría otorgarle a las normas de los tratados internacionales el mismo rango de las normas superiores que les sirven de sustento o derivar la inconstitucionalidad de una ley a partir de su comparación con otra norma legal. El carácter excepcional que se predica de la detención preventiva impone que su aplicación por los jueces se encuentre precedida del análisis estricto y de la evaluación seria y ponderada de las circunstancias involucradas en el caso concreto, ya que la remisión que la Constitución hace a los supuestos de restricción del derecho regulados legalmente no supone que los encargados de aplicarlos gocen de un pleno arbitrio al momento de apreciar si se justifica o no afectar la libertad.

Referencia: Expediente D-1527

Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 388 (parcial) y 397 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal".

Actor: Alberto Yepes Palacio

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano **Alberto Yepes Palacio** solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad de los artículos 388 (parcial) y 397 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, “por el cual se dictan las normas de procedimiento penal”.

Por auto del 10 de diciembre de 1996, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda en contra de los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, y rechazarla en la parte dirigida contra el numeral 1° de tal artículo y el último inciso del artículo 388 del mismo decreto, por recaer sobre ellos el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Ordenó, entonces, su fijación en lista, el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia y enviar las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República y al señor Ministro de Justicia y del Derecho.

Una vez cumplidos todos los trámites propios de esta clase de actuaciones, procede la Corte a decidir.

II. EL TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcriben a continuación los artículos 388 y 397 del Código de Procedimiento Penal, destacando los apartes acusados:

“DECRETO NUMERO 2700 DE 1991

(noviembre 30)

Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el literal a) del artículo transitorio 5, del capítulo 1 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia, previa consideración y no improbabación por la Comisión Especial,

DECRETA:

“ ...

“ARTICULO 388. Requisitos sustanciales. *Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando en contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.*

En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva.

“ ...

“ARTICULO 397. De la detención. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. Para todos los delitos de competencia de los jueces regionales.
2. Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.
3. En los siguientes delitos:

- Cohecho propio (artículo 141);
- Cohecho impropio (artículo 142);
- Enriquecimiento ilícito (artículo 148);
- Prevaricato por acción (artículo 149);
- Receptación (artículo 177);
- Fuga de presos (artículo 178);
- Favorecimiento de la fuga (artículo 179);
- Fraude procesal (artículo 182);
- Incendio (artículo 189);
- Provocación de inundación o derrumbe (artículo 191);
- Siniestro o daño de nave (artículo 193);
- Pánico (artículo 194);
- Falsificación de moneda nacional extranjera (artículo 207);
- Tráfico de moneda falsificada (artículo 208);
- Emisiones ilegales (artículo 209);
- Acaparamiento (artículo 229);
- Especulación (artículo 230);
- Pánico económico (artículo 232);
- Ilícita explotación comercial (artículo 233);
- Privación ilegal de libertad (artículo 272);
- Constreñimiento para delinquir (artículo 277);
- Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 278);
- Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303);
- Lesiones personales con deformidad (artículo 333);
- Lesiones personales con perturbación funcional (artículo 334);
- Lesiones personales con perturbación síquica (artículo 335);
- Lesiones personales con pérdida anatómica (artículo 336);
- Hurto agravado (artículo 351);
- Los contemplados en el decreto 1730 de 1991.

4. *Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión.*
5. *Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.*
6. *Cuando el sindicado injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.*
7. *En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del Código Penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho”.*

III. LA DEMANDA.

Considera el demandante, en primer lugar, que las disposiciones cuya declaración de inexecutable solicita, son contrarias a los artículos 28, 29, 83 y 93 de la Constitución Política.

Manifiesta que de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el texto del artículo 28 de la Carta, el régimen de la detención preventiva solamente puede establecerse por vía excepcional, frente a la regla general de la libertad personal del individuo. Sin embargo, continúa el actor, las disposiciones acusadas, no solamente porque extienden la detención preventiva a una gran cantidad de delitos, sino también porque gravan con tal medida precisamente a aquellos de mayor ocurrencia en Colombia, invierten el planteamiento señalado y convierten inconstitucionalmente en regla general lo que solamente procede como excepción.

Sostiene que de conformidad con los instrumentos internacionales enunciados y con el artículo 29 de la Carta, el legislador puede establecer la detención preventiva únicamente para delitos verdaderamente graves y siempre que no sea posible lograr la comparecencia de los inculcados por otros medios; y que la privación de la libertad debe limitarse al tiempo necesario para interrogar al individuo y obtener de él las aclaraciones que se requieran; además, indica el demandante que es necesario tutelar la inmunidad de los inocentes, *“incluso al precio de la impunidad de algún culpable”*.

No obstante, asegura el actor, el ordinal 2° del artículo 397 acusado, que permite la imposición de la detención preventiva cuando se trate de delitos cuya pena establecida tenga como mínimo 2 o más años de prisión, desconoce los criterios trazados por el Constituyente, pues dicha condición la cumplen casi todos los comportamientos descritos a lo largo del Código Penal colombiano.

La situación comentada, apunta el demandante, es clara al observar el caso de los delitos de competencia de los jueces regionales, a los cuales se les impuso un régimen excepcional con graves restricciones para la libertad de los procesados, régimen que, al convertirse posteriormente en legislación permanente, pasó a ser inadmisiblemente la regla general dentro de la investigación de tales conductas.

De otro lado, dice el impugnante, imponer la detención preventiva para la generalidad de las conductas punibles, así no sean graves, constituye una flagrante violación del artículo 83 superior, toda vez que con ello se está presumiendo la fuga de los sindicados o su resistencia a las consecuencias del proceso. Además, según el actor, las condiciones de hacinamiento, desnutrición, insalubridad y criminalidad que se viven en las cárceles del país, sumadas a los amplios términos utilizados por la autoridades judiciales para decidir las causas criminales, hacen de la detención preventiva una verdadera pena que, por ser anterior al juzgamiento, viola el principio *"nulla poena, nulla culpa sine iudicio"* y, en consecuencia, el artículo 29 constitucional.

Agrega que el hecho de que la detención preventiva sea tenida como parte de pena cumplida demuestra su carácter punitivo y, finalmente, estima que la meta de esta institución represiva no es distinta a *"atrapar...al mayor número de imputados posible"*, con lo cual se somete a quienes supuestamente gozan de presunción de inocencia a una pena ejemplar, *"considerándolos, más allá de las virtuosas proclamaciones, como presuntos culpables"*.

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

En memorial dirigido al Magistrado Sustanciador y dentro del término legal, el ciudadano Alvaro Namen Vargas, actuando como apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho, solicitó a esta Corporación declarar exequible la normatividad impugnada, con base en los argumentos que a continuación se sintetizan.

Afirma el interviniente que la Carta Política no erige a la detención preventiva como un régimen de carácter excepcional en los términos que el demandante pretende, sino como una figura rodeada de controles para eliminar en su utilización, por parte de las autoridades judiciales, cualquier sombra de arbitrariedad.

En segundo lugar señala el interviniente que el texto del artículo 28 superior no consagra un régimen especial para la detención preventiva, orientado a “limitar al máximo los eventos en que procede”, sino que simplemente consagra una atribución del legislador para determinar los supuestos en que es viable la detención preventiva”.

Finalmente, afirma el apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho que ya existe un pronunciamiento sobre los alcances del artículo 28 constitucional, opuesto en todo a los argumentos plasmados en la demanda y que, además, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos impugnados, por las mismas razones esgrimidas en la presente demanda, mediante las sentencias C-150 de 1993 y C-106 de 1994, en razón de lo cual se verifica el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

V. EL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador General de la Nación, en su concepto argumenta que el Código de Procedimiento Penal Colombiano mantiene el carácter excepcional propio de la detención preventiva, toda vez que señala taxativamente los casos en que puede imponerse, razón por la cual las disposiciones acusadas no vulneran, en manera alguna, la normatividad superior ni los tratados internacionales.

Enfatiza el señor Procurador que el inciso segundo del artículo 28 constitucional no se refiere a la detención preventiva judicial, sino a la detención administrativa, entendida como aquella efectuada por autoridades distintas a las judiciales, por fuera de un proceso penal, con estrictas limitaciones temporales y con miras, exclusivamente, a garantizar la seguridad y la tranquilidad públicas.

Para el Ministerio Público, la detención preventiva judicial no puede identificarse con la pena, pues mientras ésta es producto de la *“convicción de que en realidad existe responsabilidad penal por parte del sindicado”*, aquélla es fruto del cumplimiento de una serie de condiciones y, en particular, de la existencia de un indicio grave en contra del sindicado que, de todos modos, puede no arrojar la certeza necesaria para imponer la pena. Además, apunta, la detención busca fines distintos a los de la pena, entre otros, la comparecencia del sindicado al proceso, objetivo que no es el buscado por la sanción penal que se impone luego de adelantado un proceso en el que se ha establecido la responsabilidad de la persona y desvirtuado la presunción de inocencia.

Afirma el señor Procurador que el legislador es libre para establecer medidas como la privación preventiva de la libertad, lo cual no indica que puedan ser irracionales o injustas y que al establecer las causales que se acusan, se atuvo a la gravedad de los delitos y ponderó los bienes jurídicos afectados, debido a lo cual “no obstante la aparente extensión de los supuestos de aplicabilidad de la detención preventiva, ha autorizado la medida de aseguramiento para hechos delictivos

especialmente graves, permitiendo considerar que la decisión judicial es razonable y proporcional a las conductas cometidas por los presuntos infractores de la ley penal”.

Por los motivos expuestos, el señor Procurador solicita a la Corporación que declare “CONSTITUCIONALES los apartes demandados del artículo 397 del decreto 2700 de 1991”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, ya que las normas acusadas tienen fuerza de ley y fueron expedidas por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el literal a) del artículo 5 transitorio de la Carta, para las que el artículo transitorio 10 de la misma codificación superior estableció un régimen especial que atribuye a esta Corporación el conocimiento de los asuntos de constitucionalidad relacionados con ellas.

Segunda. La Cosa Juzgada Constitucional

A sabiendas de que ya había sido “demandado, examinado y encontrado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-106 de 10 de marzo de 1994”, el actor dirigió su demanda en contra del inciso final del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido de que operando los efectos de cosa juzgada sólo “frente a los motivos que le dieron sustento a dicha sentencia”, y por basarse su ataque “en razones asaz distintas de las que motivaron el examen de la Corte en esa oportunidad”, la Corporación está en condiciones de emitir nuevo pronunciamiento.

Los anteriores argumentos no son de recibo, porque como con frecuencia lo ha indicado la Corte, la cosa juzgada constitucional ampara las sentencias proferidas por la Corporación, otorgándoles un carácter definitivo que impide plantear nuevas controversias sobre lo decidido. Esa imposibilidad de revivir lo ya resuelto explica el rechazo de las demandas presentadas en contra de disposiciones que han sido objeto del control de constitucionalidad, situación que se torna más evidente cuando, como acontece en el presente evento, la respectiva providencia no llama la atención acerca de la existencia de elementos importantes que, por no haber sido tenidos en cuenta, abran la posibilidad de efectuar un nuevo examen. La sentencia C-106 de 1994, no delimitó sus alcances y por lo tanto la cosa juzgada tiene carácter absoluto.

Por haber recaído sobre ellos el fenómeno de la cosa juzgada, el magistrado sustanciador, mediante auto fechado el diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), resolvió rechazar la demanda “en cuanto al último inciso

del artículo 388” y también en lo atinente al numeral 1o. del artículo 397 del decreto 2700 de 1991, declarado exequible en sentencia C-150 de 1993.

Tercera. La materia

Procede la Corte a efectuar el examen de constitucionalidad en relación con los numerales 2º y 3º del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, señalados por el actor como contrarios a los artículos 28, 29, 83 y 93 de la Constitución Política, porque, a su juicio, al establecer la detención preventiva para los delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años y para los hechos punibles indicados en el numeral 3º, el legislador consagró causales demasiado amplias, desvirtuando así el carácter excepcional que, de acuerdo con el Estatuto Superior y con algunos tratados internacionales, debe tener la detención preventiva, medida que, por ende, queda convertida en regla general, con notable menoscabo del derecho fundamental a la libertad.

1. El derecho fundamental a la libertad personal, la reserva legal y la libertad de configuración legislativa

Ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación que, a falta de normas constitucionales especiales que definan y protejan ámbitos específicos de libertad, el artículo 28 de la Carta Política “a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad”, cuyo núcleo esencial está conformado por “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios” y comprende también “la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”.¹

El tenor literal del mencionado artículo 28 superior da cuenta de algunas conductas que desconocen la libertad y, adicionalmente, del ámbito y de las condiciones de su protección, al estatuir que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado”, salvo que concurren tres requisitos, a saber: mandamiento escrito de autoridad judicial competente (i), acatamiento de las formalidades legales (ii) y existencia de un motivo previamente definido en la ley (iii).

Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa

¹ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable.

Se deduce de lo expuesto que el Constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación; empero, los casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal.²

En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2o. que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona “se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” y que quien sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.

2. La privación de la libertad, la detención preventiva, la pena, el debido proceso y la presunción de inocencia.

Ahora bien, la privación que es, sin lugar a dudas, el límite más severo al derecho a la libertad es un concepto genérico y, en los casos en que se funda en la

² Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-024 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

comisión de un hecho punible, abarca tanto las situaciones en que dicha privación se produce antes de la condena penal, como aquellas en las que es el resultado de una decisión adoptada mediante una sentencia en firme producida al término del respectivo proceso. Pese a las diferencias que más adelante se puntualizarán, en uno y otro evento se impone la cabal observancia de las garantías previstas en las normas superiores cuyo sentido protector, por ende, cubre la detención preventiva que, como medida cautelar, es ordenada por el juez antes de la sentencia y así mismo la privación de la libertad que surge de ésta.

En primer término, es preciso recordar que la detención preventiva es una de las medidas de aseguramiento de índole personal, regulada en el Código de Procedimiento Penal y por cuya virtud se restringe el derecho a la libertad de la persona acusada, "en aras de la persecución y prevención del delito confiadas a la autoridad" ya que garantiza "el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del acusado al proceso"³ y, además, para "impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción"⁴.

Es indispensable distinguir esta modalidad de detención preventiva, denominada también prisión provisional -decretada en contra de una persona, por un funcionario judicial y dentro de un proceso, siempre que obren indicios de responsabilidad por la comisión de un hecho punible- de la detención preventiva administrativa plasmada en el inciso segundo del artículo 28 superior y que es una medida merced a la cual, con estrictas limitaciones temporales y sin que medie orden judicial, se autoriza la aprehensión de una persona "debido a la urgencia de los hechos y por fuera del proceso penal en sentido estricto", tal como acontece en los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.⁵

La detención preventiva judicial tampoco puede ser confundida con las penas que acarrear la privación de la libertad y que son impuestas mediante sentencia. Como se apuntó, en ambos eventos existe un común denominador que es la afectación de la libertad, sin embargo, la diferencia entre las dos figuras es evidente, pues la causa que origina la privación de la libertad y los alcances de ésta son diversos en uno y otro caso. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 28 de la Carta Política alude a la detención, mientras que la pena encuentra soporte en el artículo 29 superior que establece la presunción de inocencia y exige que su imposición esté precedida del juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con la integridad de las garantías propias del debido proceso.

³ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-301 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-395 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Cf. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia No. C-024 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.⁵

Resulta claro, entonces, que la detención preventiva es apenas una medida cautelar aplicable cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Constitución y que por lo mismo, no requiere para su adopción de un juicio previo, por cuanto su finalidad no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito. En consecuencia, no es correcto atribuirle a la detención preventiva el carácter de pena, pues es sabido que esta última tiene por presupuesto la convicción que acerca de la existencia de responsabilidad penal surge luego de haberse surtido un juicio con la plenitud de las garantías que integran el debido proceso.

La responsabilidad penal, a su turno, se edifica sobre la culpabilidad que al ser judicialmente establecida desvirtúa la presunción de inocencia que asiste a la persona durante todo el juicio y que, por ende, no resulta afectada por la detención preventiva. Sobre el particular la Corte ha dicho:

“La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolucón.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”.⁶

3. El carácter excepcional de la detención preventiva, los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad

⁶ Cf. Corte. Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-689 de 1996. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que "no debe ser la regla general", pero que "su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo", al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas".

Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales a los que se acaba de aludir se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas.

El actor expone en su libelo demandatorio que los numerales 2º y 3º del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal desconocen el carácter excepcional que la detención preventiva ha de tener en un auténtico Estado de Derecho ya que, en su criterio, el numeral 2º "constituye una burla afrentosa a las disposiciones constitucionales y a las normas consagradas en los pactos internacionales reconocidos por el Estado Colombiano, al querer abarcar con prisión preventiva a la mayoría de las causas criminales, comprendiendo aún las de escasa gravedad", mientras que el numeral 3º se refiere "a delitos menores, que son los de mayor ocurrencia, con sanciones punitivas de poca monta". Estima, además, el demandante que la vulneración de los tratados internacionales sobre derechos humanos trae consigo el quebrantamiento del artículo 93 superior.

Para responder el cargo formulado, cabe anotar que de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que "sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución"⁷, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno

⁷ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias No. C-225 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohiben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”⁸, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador.

Así las cosas, si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241 del Estatuto Superior. Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta.

Sobre el derecho a la libertad es oportuno señalar que al efectuar el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria “por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia” la Corte declaró la exequibilidad del artículo 4º en el cual “el legislador, valiéndose de la **Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, enuncia una serie de derechos que califica de *intangibles*, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario” y dentro de esa enunciación no aparece la libertad personal que es susceptible de limitación como surge, por ejemplo, del literal f) del artículo 38 que en el Estado de Comoción interior, faculta al gobierno para “disponer con orden de autoridad judicial competente, la aprehensión preventiva de personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre planes de participar en la comisión de delitos relacionados con las causas de perturbación del orden público”, norma que en la parte transcrita fue, igualmente, declarada exequible.⁹ (Negrillas fuera de texto)

Es obvio que para que proceda la aprehensión preventiva deben satisfacerse los requisitos que la misma disposición contempla, pero ello no desvirtúa la limitación del derecho a la libertad individual, que, de acuerdo con precedentes consideraciones, bajo similares requerimientos también es posible en situación de normalidad.

⁸ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-179 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Así las cosas, los tratados internacionales invocados por el demandante, en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad y el hecho de que la Carta política disponga que los derechos en ella consagrados deberán interpretarse de conformidad con los tratados internacionales que, por estar ratificados por Colombia tienen fuerza en el ordenamiento jurídico interno, no implica que sin reunir los requisitos a los que se ha aludido, en forma automática adquieran una prevalencia que no les ha conferido la Carta Política que, siendo norma de normas, tiene supremacía (art. 4 C.P.), por lo mismo, el examen abstracto de la preceptiva legal acusada se efectuará tomando como referente la Constitución que es el marco supremo y último para determinar la validez de cualquier norma legal que deba ser confrontada con ella.

Entenderlo de otro modo implicaría otorgarle a las normas de los tratados internacionales el mismo rango de las normas superiores que les sirven de sustento o derivar la inconstitucionalidad de una ley a partir de su comparación con otra norma legal.

4. El análisis de los cargos planteados por el demandante

Dilucidado el anterior aspecto, es oportuno mencionar que al confrontarlo con la Constitución Política, la Corte Constitucional halló acorde con la preceptiva superior el contenido del numeral 1° del artículo 397 del decreto 2700 de 1991, bajo el entendido de que la detención preventiva es “una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establezca la ley adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso”, y cuya regulación obedece al “natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas...”.¹⁰

En las hipótesis normadas por los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, que son objeto de acusación en la presente causa, de igual modo se torna patente el ejercicio de las facultades que el legislador cumple amparado por la libertad de configuración que le permite, de conformidad con sus preferencias de política criminal, escoger causales de detención preventiva, que siendo adoptadas con la finalidad de perseguir eficazmente el delito, han de estar, sin embargo, acopladas a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental.

¹⁰ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-150 de 1993. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Al señalar en el cuestionado numeral 2º que la detención preventiva procede “cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años”, el legislador se atuvo a un criterio de carácter objetivo que, ante todo, atiende a la gravedad del hecho, establecida a partir del monto de la pena, y en ello no encuentra la Corte que se haya consagrado una causal arbitraria que comporte el sacrificio excesivo de la libertad en aras de la finalidad de actuar en contra del delito, como tampoco encuentra violación de la Carta Política en el atacado numeral tercero, que contiene la lista taxativa de los delitos que en el criterio del legislador merecen la detención, porque las conductas allí referidas atentan contra bienes jurídicos que se juzgan de importancia para el logro de la convivencia y ya la Corte ha indicado que “el control social mediante la protección de bienes jurídicos fundamentales constituye la razón de ser del derecho penal”, y que la correspondiente indicación de los bienes jurídicos tenidos por valiosos y que son, por ende, merecedores de protección, es tarea que dentro de la estructura de un Estado de Derecho compete al legislador.¹¹

Refiriéndose a las causales previstas en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal y en particular a las que ahora se examinan, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de advertir acerca de “la entidad de los delitos por los cuales una persona puede ser detenida preventivamente”¹² y, en contra de lo que cree el actor, la Corporación considera que las normas legales que fijan y precisan los supuestos en los que a una persona se le puede privar de la libertad, constituyen garantía del derecho que de esa forma desarrollan.

En ese sentido la Convención Americana, invocada por el demandante, remite al ordenamiento jurídico interno, haciendo énfasis en que las causas y las condiciones que pueden dar lugar a la privación de la libertad son las “**fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas**”, y, según lo ha puntualizado la Corte, en eso consiste, justamente, la excepcionalidad de las medidas que como la detención preventiva afectan la libertad: en que son instrumentos a los cuales “únicamente puede apelarse en los casos previstos por la ley y dentro de sus rigurosos límites, sin perjuicio de las garantías que aseguren la comparecencia del sindicado al pertinente juicio y su disponibilidad para la ejecución del fallo...”.¹³

Ahora bien, en materia de derecho a la libertad personal también opera una reserva judicial, pues para la reducción de una persona a prisión, arresto o detención es indispensable que medie mandamiento escrito de autoridad judicial competente. El carácter excepcional que se predica de la detención preventiva

¹¹ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-549 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹² Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-558 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-106 de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

impone que su aplicación por los jueces se encuentre precedida del análisis estricto y de la evaluación seria y ponderada de las circunstancias involucradas en el caso concreto, ya que la remisión que la Constitución hace a los supuestos de restricción del derecho regulados legalmente no supone que los encargados de aplicarlos gocen de un pleno arbitrio al momento de apreciar si se justifica o no afectar la libertad.

El juez no puede perder de vista que más allá de su simple naturaleza de medida cautelar y de la índole procesal de las normas referentes a la prisión provisional, lo que en el fondo se debate es una limitación del derecho a la libertad personal y, debido a ello, a su adopción no ha de procederse de manera mecánica o automática, como si se tratara de un acto procesal cualquiera, sino examinando caso por caso y en plena concordancia con los criterios legales interpretados a la luz de las normas constitucionales y “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, procurando siempre la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la libertad individual.

A las precauciones que en atención al carácter excepcional de la detención preventiva ha de observar al juez al adoptar la medida, se suman las que debe tener en cuenta para que no se prolongue más allá de un lapso razonable. Sobre el particular ha dicho la Corte:

*“Los artículos 29 de la Constitución y 9° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”.*¹⁴

¹⁴ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las razones expuestas a lo largo de esta providencia conducen a conclusiones contrarias a las que defiende el actor en su demanda; en efecto, ha quedado demostrado que la preceptiva acusada no vulnera los artículos 28 y 93 de la Constitución Política y, de otra parte, se ha reiterado que la detención preventiva no es una pena, que su aplicación es compatible con la presunción de inocencia y que por ello no entraña desconocimiento del principio de buena fe que de ser llevado a extremos como los pretendidos por el actor impediría el cumplimiento de funciones como la que la propia Carta encomienda a la Fiscalía General de la Nación, encargada de "Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento" (art. 250-1).

También se ha insistido en que la detención preventiva no comporta una "presunción de culpabilidad" pues, de acuerdo con lo anotado, la responsabilidad se determina en la sentencia y al término de un proceso desarrollado con la plenitud de las garantías, por lo cual no se quebranta el artículo 29 superior; argumentos todos que llevan a la Corte a desestimar los cargos formulados en contra de los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal que, en consecuencia, serán declarados exequibles.

Finalmente, es de interés destacar que las denuncias que el demandante hace al referirse a la "ineficacia de nuestros aparatos de investigación y juzgamiento", al hacinamiento carcelario o a "la perversión que en nuestro ordenamiento jurídico se ha hecho" de la detención preventiva, aluden a factores que no implican la inconstitucionalidad de los numerales acusados, puesto que "el juicio de constitucionalidad comporta la comparación de las normas demandadas con la preceptiva superior, y no se funda en la confrontación de los postulados constitucionales con prácticas nocivas que la aplicación errada de una disposición sea capaz de generar y tampoco en la pura sospecha de que el objetivo de una norma vaya a ser desvirtuado en la fase de su aplicación".¹⁵

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁵ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-657 de 1996. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—En comision—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE: El doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, no asistió a la sesión de sala plena, celebrada el día diez de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA NoC-338
julio 17 de 1997

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES-Facultad de limitar valor de cada sorteo de loterías oficiales

El que la ley fije el régimen propio de los monopolios rentísticos, no implica en manera alguna que no pueda delegar en las Asambleas aspectos como el relativo al valor de los sorteos de las loterías. Ello es lógico, porque son las Asambleas las llamadas a determinar el tamaño de la respectiva lotería, de acuerdo con la capacidad fiscal de cada departamento. No puede ser la misma la lotería de Antioquia que la del Amazonas o del Vichada.

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES-Facultad para reglamentar juegos permitidos

Los juegos permitidos también pueden ser reglamentados por las Asambleas Departamentales, de conformidad con la facultad que la Constitución les asigna en el numeral 8 del artículo 300: "Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal". Y su facultad para gravarlos aparece consagrada inequívocamente en el numeral 4 del mismo artículo: "Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales".

Referencia: Expediente D-1495

Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 5º de la ley 64 de 1923 y 62, numeral 18, y 195 del decreto 1222 de 1986.

Actor: Julio César López Espinosa.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número treinta y uno (31), a los diez y siete (17) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Julio César López Espinosa, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6°, y 241, numeral 5°, de la Constitución Política, demandó la constitucionalidad de los artículos 5° de la ley 64 de 1923; 62 numeral 18, y 195 del decreto 1222 de 1986.

Por auto del trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996), el Magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República y al señor Presidente del Congreso, con el objeto de que, si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la normas demandadas.

A. Normas acusadas.

El siguiente es el texto de las normas acusadas como inconstitucionales.

*“Ley 64 de 1923
(Octubre 20)*

“Sobre loterías.

“El Congreso de Colombia

“ART. 5°. Las Asambleas Departamentales podrán limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales.

*“DECRETO 1222 DE 1986
(Abril 18)*

“Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 3ª De 1986 y oída la Comisión Asesora a que ella se refiere,

“DECRETA:

“TITULO IV

“De las Asambleas

“CAPITULO III

“D e las atribuciones y prohibiciones generales de las Asambleas:

"ART. 62. Son funciones de las Asambleas:

"18. Reglamentar y gravar los juegos permitidos

"TITULO VI

"De los bienes y rentas departamentales

"CAPITULO XV

"loterías

ART. 195. Las Asambleas Departamentales podrán limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales"

B. La demanda.

El actor considera que las normas acusadas, infringen los artículos 189 numeral 11 y 336 de la Constitución Política.

Considera el actor que cuando los artículos 5° de la ley 64 y 195 del decreto 1222 de 1986, delegan en las asambleas departamentales la facultad de limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales, restringen la competencia del Congreso de organizar, administrar, controlar y explotar los monopolios rentísticos, uno de ellos, las loterías oficiales (artículo 336, numeral 3° de la Constitución).

Por su parte, cuando el artículo 62, numeral 18 del decreto 1222 de 1986, confiere a las asambleas departamentales la facultad de reglamentar lo concerniente a las loterías oficiales, desconoce la potestad reglamentaria que, en esa materia, tiene el Ejecutivo (artículo 189, numeral 11 de la Constitución).

C. Concepto del Procurador General de la Nación.

Por medio de oficio No. 1209, de marzo tres (3) de 1997, el señor Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, pidiendo declarar la exequibilidad de las normas acusadas.

Para el Ministerio Público, las normas demandadas son exequibles, como quiera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 5° de la Constitución, el Congreso tiene la facultad de atribuir determinadas competencias a las asambleas departamentales, entre ellas, reglamentar lo concerniente a las loterías oficiales. Por esta razón, considera que las normas demandadas son exequibles.

Así mismo, la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República, ya que la Constitución otorga tal facultad a otras autoridades administrativas, para que reglamenten asuntos de su competencia, y en el caso de la normas acusadas, sólo se reconoce competencia a las asambleas para reglamentar una materia que no es del resorte exclusivo del Presidente de la República.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Procede la Corte a dictar la decisión que corresponde a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse demandado normas que son parte de una ley (64 de 1923) y de un decreto ley (1222 de 1986), de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Dos son los argumentos en que basa el actor su demanda de inconstitucionalidad: el primero, que el artículo 336 de la Constitución, en su inciso tercero, dispone que la "organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental", por lo cual dos de las normas demandadas (artículo 50. de la ley 64 de 123 y 195 del decreto 1222 de 1986), no podían delegar en las asambleas departamentales la facultad de limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales. El segundo, que el artículo 62, numeral 18, de la ley 64 de 1923, atribuyó a las Asambleas la función de reglamentar y gravar los juegos permitidos", atribución que implica la violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que confiere al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes para asegurar su cumplida ejecución, facultad que esta norma arrebató al Presidente y confía a las Asambleas.

Se analizarán, en su orden, estos dos cargos.

Tercera.- Facultad de las Asambleas para limitar el valor de cada sorteo de las loterías oficiales.

Por medio de la ley 64 de 1923, el Congreso de la República reglamentó el funcionamiento de las loterías. Es decir, sin decirlo, porque no existía en la Constitución anterior una norma igual al inciso tercero del artículo 336 de la actual, fijó el régimen propio de las loterías.

Dentro de ese régimen atribuyó a las Asambleas la facultad de fijar el límite de cada sorteo.

Pues bien: durante la vigencia de la anterior Constitución, el Congreso podía, por medio de leyes, "Conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales" (7a. atribución del Congreso, artículo 72). Y las Asambleas podían ejercer las demás funciones que les señalaran la Constitución y la ley (numeral 11 del artículo 187 de la Constitución anterior).

En la Constitución vigente se reproduce exactamente la atribución sobre concesión de facultades especiales a las Asambleas: según el numeral 5 del artículo 150, puede el Congreso, por medio de leyes, "Conferir atribuciones especiales a las Asambleas departamentales". Y las Asambleas cumplen, además de las funciones señaladas en los primeros diez numerales del artículo 300, las demás que les asignen la Constitución y la ley (numeral 11, artículo citado).

El que la ley fije el régimen propio de los monopolios rentísticos, no implica en manera alguna que no pueda delegar en las Asambleas aspectos como el relativo al valor de los sorteos de las loterías. Ello es lógico, porque son las Asambleas las llamadas a determinar el tamaño de la respectiva lotería, de acuerdo con la capacidad fiscal de cada departamento. No puede ser la misma la lotería de Antioquia que la del Amazonas o del Vichada.

Sería absurdo, además, que unas normas ceñidas a la Constitución anterior, en la cual se reconocía a los departamentos "independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución" (art. 182, inciso primero), fueran contrarias a la que hoy nos rige, que les reconoce esa misma autonomía, y aun la amplía (artículos 287, inciso primero y 298 inciso primero).

En consecuencia, el cargo que se examina no puede prosperar, y así se declarará en esta sentencia.

Cuarta.- Facultad de las Asambleas Departamentales para reglamentar los juegos permitidos.

Los juegos permitidos también pueden ser reglamentados por las Asambleas Departamentales, de conformidad con la facultad que la Constitución les asigna en el numeral 8 del artículo 300: "Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal". Y su facultad para gravarlos aparece consagrada inequívocamente en el numeral 4 del mismo artículo: "Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales".

En este caso (el de la reglamentación de los juegos permitidos) la demanda se origina en un ostensible error del actor: éste confunde la potestad reglamentaria de las leyes, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, atribuída al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, con las facultades reglamentarias que tienen las Asambleas Departamentales, según el artículo 300 de la misma Constitución (numerales 1, 2, 8, 10 y 11). Facultades reglamentarias también asignadas a los Concejos en lo de su competencia (numerales 1, 7, 9 y 10 del artículo 313 de la Constitución).

Tampoco prospera este cargo.

III.- DECISION.

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

RESUELVE:

Decláranse **EXEQUIBLES** el artículo 5o. de la ley 64 de 1923, el numeral 18 del artículo 62 del decreto ley 1222 de 1986, y el artículo 195 del mismo decreto ley.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No C-347
julio23 de 1997

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Domicilio en Colombia

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera. El fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAMENTO-Laudo debe someterse al procedimiento del exequatur

El laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequatur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento.

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Controversias civiles

Al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción. El arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la

ley prever que esas misma partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL-Necesidad de elemento extranjero

Si el contrato se celebra "con persona nacional", no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional. So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero.

Referencia: Expediente D-1514

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1° (parcial) y 4° (parcial) de la ley 315 de 1996 "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones"

Demandante: Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, según consta en acta número treinta y tres (33) de la Sala Plena, a los veintitrés (23) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Juan Pablo Cárdenas Mejía, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 1° (parcial) y 4° (parcial) de la ley 315 de 1996.

Por auto del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación en lista, para asegurar la intervención ciudadana. Así mismo, dispuso comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente del Congreso de la República. Igualmente, dio traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor.

Cumplidos los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto del señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. Normas demandadas.

El siguiente es el texto de las normas acusadas, con la advertencia de que se subraya lo acusado.

*"Ley Número 315 de 1996
(Septiembre 12)*

"Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones"

"El Congreso de Colombia

DECRETA:

"Artículo 1º- Criterios determinantes: Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

"1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.

"2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

"3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

"4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de dos o más Estados y las partes así lo hayan convenido expresamente.

"5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

"PARÁGRAFO.- En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

"...

"Artículo 4º- El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

"En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas

de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional.”

B. La demanda.

La ley de la que hacen parte las normas acusadas, establece los criterios que se deben tener en cuenta para la constitución de un tribunal de arbitramento de carácter internacional. Si se analiza cada uno de los casos previstos, a excepción del demandado, en ellos hay un elemento objetivo que involucra la aplicación de dos o más leyes de distintos Estados, hecho que hace necesario que las partes acuerden la ley sustancial que habrá de aplicarse en caso de conflicto.

Dentro de este contexto, las normas acusadas desconocen los artículos 4º; 6º y 95 de la Constitución, que establecen el deber de nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y las leyes, pues permiten que las partes en una relación contractual, sin ningún elemento que permita presumir que ella es de carácter internacional, puedan pactar el arbitraje de esta naturaleza, y por ende, la ley sustancial que se aplicará en caso de que se produzca una controversia, sustrayéndose así al deber constitucional de cumplir con la legislación colombiana.

Sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional, pero no aquellas donde la voluntad de las partes es la que determina la aplicación de una determinada ley internacional, sin existir razón objetiva para ello. Esto, además, desconoce el derecho a la igualdad, pues sólo aquellos que tienen los medios para asumir los costos de un tribunal de esta naturaleza, podrán pactar su conformación.

El artículo 4º es inconstitucional, además, porque la contratación en donde el Estado es parte, debe sujetarse al principio de legalidad. Por tanto, no puede existir un contrato del Estado con un nacional al que no pueda aplicársele el estatuto general de contratación, por el sólo hecho de pactarse la cláusula de arbitramento de carácter internacional.

Mientras no exista un elemento en la relación contractual que permita inferir que se está en presencia de un conflicto que involucra la aplicación de leyes de dos o más Estados, las partes están obligadas a solucionar sus diferencias según la ley interna. Por esta razón, el aparte acusado del artículo 4º desconoce, además, el artículo 150, numeral 25 de la Constitución, pues es el Congreso, y no las partes, el que establece las normas que han de regir la contratación estatal.

El artículo 4º acusado, sería constitucional, en la medida en que se interprete que la cláusula arbitral de carácter internacional sólo puede pactarse cuando el contrato se va a ejecutar en el exterior, o si se cumple con alguno de los criterios

que se señalan en el artículo 1° de la ley acusada, o si se prevé financiación a largo plazo por entidades de carácter internacional. Así mismo, sería constitucional pactar la constitución del tribunal internacional, pero sin que las partes puedan escoger la ley sustancial que habrá de aplicarse.

C. Intervención ciudadana.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de las normas parcialmente acusadas, no se presentó escrito alguno.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

El tres (3) de marzo de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, en el que pide declarar **EXEQUIBLES** los apartes acusados de los artículos 1° y 4° de la ley 315 de 1996.

Para el Ministerio Público, las normas acusadas deben ser analizadas bajo el esquema e importancia que la Constitución de 1991 otorgó a las relaciones internacionales. Así, dentro del contexto de su globalización, los mecanismos para la solución de conflictos juegan un papel primordial, donde el arbitramento es considerado como un instrumento ágil y efectivo para la solución de las disputas surgidas en el marco de estas relaciones.

Dentro de este contexto, las normas que rigen el arbitramento, deben tener como pilar fundamental la autonomía de las partes para someter sus diferencias a la solución de un árbitro y escoger la ley sustancial que habrá de aplicarse. Así, se puede libremente decidir que las controversias se definirán por un tribunal de arbitramento internacional, sin que ello desconozca norma alguna del ordenamiento constitucional. La decisión de las partes, al disponer que la ley aplicable a la relación contractual no será la interna, adiciona el elemento de carácter internacional que hecha de menos el demandante.

Sin embargo, no puede perderse de vista que para que el laudo arbitral que se profiera, pueda surtir efectos dentro del ordenamiento interno, debe agotar el mecanismo del exequatur, con el objeto de que sus disposiciones no vulneren el orden público, o constituyan fraude a la ley interna. Por tanto, el exequatur garantiza que Constitución y la ley se respeten.

En este sentido, el numeral 3° del artículo 1°, y el aparte acusado del artículo 4°, de la ley 315 de 1996, no se oponen a la Constitución.

Adicionalmente, y en relación con el artículo 4°, considera el Ministerio Público que no existe razón alguna para sustraer al Estado de la posibilidad de pactar el arbitramento internacional, si se reúnen los requisitos exigidos por el legislador para ello.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Procede la Corte Constitucional a dictar la decisión correspondiente a este asunto, previas las siguientes consideraciones

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda presentada contra normas que hacen parte de una ley (numeral 4, artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Sostiene el demandante que el numeral 3 del artículo 1o. de la ley 315 de 1996, es contrario a la Constitución, pues permite que las partes en una controversia en que no hay un solo elemento internacional, sometan tal controversia a un arbitraje internacional. En su opinión, la norma es contraria, en particular, a los artículos 4o., 6o. Y 95 de la Constitución, como también al artículo 13 de la misma.

Por análogas razones, afirma que también es contrario a la Constitución un aparte del artículo 4o. de la misma ley, porque permite que en el contrato estatal que se celebre con una persona nacional, en el cual tampoco hay elemento extranjero, se pacte que las diferencias que surjan se sometan a un tribunal arbitral internacional.

Se analizarán, en consecuencia, estos argumentos.

Tercera.- Algunas reflexiones sobre el arbitramento.

La Corte Constitucional en sentencia C-294/95, analizó así lo relativo al arbitramento y sus relaciones con la autonomía de la voluntad:

“Tercero.- Análisis del inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

“La Constitución anterior no preveía expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, al decidir demandas de inexecutableidad contra normas que regulaban el arbitramento, las declaró exequibles. En la sentencia de mayo 29 de 1969, por ejemplo, estimó que si el arbitramento es de carácter privado, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución.

“Por el contrario, agregaba la Corte Suprema, si se piensa que el arbitramento tiene carácter jurisdiccional y que, por lo mismo, los árbitros son verdaderos

jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la Constitución determinaba que “La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia”. Para la Corte Suprema, los tribunales de arbitramento eran de los “demás tribunales y juzgados que establezca la ley” y por ello administraban justicia.

“Pero, había, además, una razón elemental para considerar constitucional el arbitramento: si ninguna norma de la Constitución prohibía renunciar a un derecho cuando la renuncia sólo afectara los intereses del titular del mismo derecho, y éste tuviera capacidad dispositiva, nada podría prohibir el que su titular confiara la suerte de ese derecho a la decisión de un tercero, es decir, del tribunal de arbitramento.

“Recuérdese, además, que el arbitramento siempre ha versado sobre asuntos susceptibles de transacción, que ocurran entre personas capaces legalmente.

“Toda controversia sobre la constitucionalidad del arbitramento quedó, sin embargo, superada por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, que contempla expresamente la administración de justicia por conciliadores y árbitros, así:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

“A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, “en los términos que determine la ley”.

“En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es ésta:

“Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.

*“Y se dice que ésta es la diferencia fundamental, porque si los árbitros administran justicia **“en los términos que determine la ley”**, también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio.*

“Cuarto.- Límites que establece el inciso cuarto del artículo 116 en relación con la administración de justicia por los árbitros.

“Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

*“La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, **transitoriamente**. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.*

*“La segunda, ya insinuada, que **son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar**, en derecho o en conciencia.*

*“Y una última, que los árbitros administran justicia **“en los términos que determine la ley”**. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.*

*“Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando **tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?***

*“De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. **Naturales** las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.*

“Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro.

“A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad. De conformidad con este principio, dispone el artículo 15 del Código Civil:

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

“Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por “las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil.

“Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1o. del decreto 2279 de 1989, establece: “Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico”. Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2o. del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”. Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”.

“En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.

“Restricciones semejantes han sido prácticamente universales. Así, el artículo 806 del Código Italiano de Procedimiento Civil, de 1940, dispuso:

*“**Compromiso.**- Las partes podrán hacer decidir por árbitros las controversias entre ellas surgidas, salvo las previstas en los artículos 429 y 459, las que se refieran a cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no puedan ser objeto de transacción”. El artículo 429 de tal Código versa sobre las “controversias individuales de trabajo”, y el 459, sobre “controversias en materia de previsión y asistencia obligatorias”.*

“Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando sólo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de árbitros?

"Y, si sobre las obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que los conflictos a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución?"

"En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

"Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución.

"A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución." (Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Jorge Arango Mejía).

Cuarta.- Interpretación del numeral 3º. del artículo 1º.

El actor ha interpretado el numeral 3, demandado, de una sola manera: las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir, un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación, por las siguientes razones.

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio.

Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia.

Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera.

Debe tenerse en cuenta, además, que el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público.

Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del *exequatur*, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero "Que no se opongá a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento."

Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción.

No hay que olvidar que el arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Dispone el inciso cuarto del artículo 116:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.

Quinta.- Análisis de la parte demandada del artículo 4°.

En lo relativo al artículo 4o. de la ley, que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993, encuentra la Corte que le asiste razón al actor, porque si el contrato se celebra "con persona nacional", no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional.

So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero.

En consecuencia, la expresión “como también en aquellos con persona nacional”, del artículo 4º demandado, será declarada inexecutable.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero.- Declárase **EXEQUIBLE**, en los precisos términos de la parte motiva de esta sentencia, el numeral 3 del artículo 1o. De la ley 315 de 1996, “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones.”

Segundo.- Declárase **INEXEQUIBLE** la siguiente expresión del artículo 4o. de la ley 315 de 1996, que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993: “... como también en aquellos con persona nacional...”.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
—Con Salvamento de voto—

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-347
julio 23 de 1997**

**PRINCIPIO DE SOBERANIA POPULAR-Alcance/PRINCIPIO DE
SOBERANIA POPULAR-Legislador no puede trasladar facultades normativas
a autoridades extranjeras (Salvamento de voto)**

El ejercicio de la soberanía popular, significa, sobre todo, la capacidad exclusiva del pueblo colombiano, bien directamente, ora a través de los órganos constitucionalmente habilitados para ello, de hacer y aplicar el derecho, pues de esta manera se ejerce el poder de supraordenación consustancial a la condición de soberano. No obstante, mientras se mantenga el modelo constitucional, tal poder de mando se ejerce a través de los mecanismos de participación directa e indirecta que ha diseñado el constituyente y, en este último evento, se delega a los órganos que conforman el poder público, para que éstos lo ejerzan en los términos que la Constitución establece. Al amparo del principio de soberanía popular, puede afirmarse que la obligación de obedecer el derecho se deriva de la legitimidad constitucional que ostenta la fuente de la cual emana. En estas condiciones, no puede el legislador, so pena de violar la soberanía, trasladar, en todo o en parte, sus facultades normativas propias a otros órganos o entidades, nacionales o extranjeros, que no encuentran habilitación constitucional para producir derecho. En general, afecta la soberanía la norma infra-constitucional que traslada la competencia de crear, ejecutar o aplicar el derecho, a órganos distintos de los que han sido constitucionalmente facultados para ello, o aquella que vacía de contenido las competencias de las instituciones que integran el poder público y, en suma, la que dota a ciertas entidades de facultades de mando que corresponden directamente al pueblo o a los órganos públicos que emanan de la voluntad popular.

**ARBITRAJE INTERNACIONAL-Legislador convierte en facultativo
ordenamiento jurídico mercantil/PREEMINENCIA A LIBERTAD
CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Sometimiento a
Tribunal de Arbitramento ubicado por fuera del domicilio/LIBERTAD
CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Existencia de un
interés público constitucional (Salvamento de voto)**

El legislador considero que era conveniente convertir en facultativo todo el ordenamiento jurídico mercantil, en el caso en el cual las partes de un negocio de esta naturaleza apelaran a un arbitraje con sede en un lugar distinto a aquél en el cual tienen su domicilio. En este evento, los contratantes quedan en plena libertad para pactar las leyes del contrato, las que serán obligatorias, no por provenir de uno u otro órgano, sino por virtud de su voluntad contractual. A través de las normas demandadas, el legislador no está cediendo, a otra autoridad, su facultad de hacer las leyes. Lo que en realidad sucede es que está adoptando, al amparo de la cláusula general de competencia, la decisión de otorgar preeminencia a la libertad contractual y, para ello, transforma ciertas normas de orden legal que tienden a la protección de otros bienes y valores, en facultativas, lo que, prima facie, no viola la Constitución. Ciertamente, en principio, nada en el texto fundamental permite afirmar que en ejercicio de sus facultades, le está proscrito al legislador “desregular” ciertos ámbitos o convertir en facultativas, normas que otrora tenían carácter de obligatorias. No obstante, debe preguntarse si puede el legislador proteger, de manera exclusiva, el derecho fundamental a la libertad en órbitas en las cuales, si bien hay un predominio de los intereses individuales, puede fácilmente identificarse la existencia de un interés público constitucional.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La libertad no es el único bien constitucional relevante en el ámbito mercantil/APLICACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE LA CONSTITUCION/NORMAS FACULTATIVAS- Excede las facultades del legislador por convertir en facultativos imperativos constitucionales (Salvamento de voto)

So pretexto de ejercer las competencias que le son propias, no puede el legislador excluir de ciertos ámbitos constitucionalmente relevantes, la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto excede la competencia puramente legislativa y viola los artículos 4, 6 y 95 de la Carta, la decisión que pretende restar eficacia a la Constitución, bien por que impide su aplicación directa, ya porque somete a la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas legales que garantizan la protección de valores, bienes y derechos constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que convertir en facultativa, en forma indiscriminada, una parcela del ordenamiento jurídico que regula ámbitos constitucionalmente relevantes, equivale a convertir en facultativa la aplicación - directa o indirecta - de la Constitución, lo que a todas luces supera las facultades del legislador. En un Estado orientado por el principio de la autonomía de la voluntad, el ámbito de libertad negocial de las personas, en cuanto respecta a bienes transables, es apreciable. En estas materias, el derecho debe limitarse a regular aquellos aspectos que se consideran de interés constitucional y que, por lo tanto, no son internamente negociables o disponibles, pues garantizan los mínimos que se consideran indispensables para la promoción del orden justo de que trata el artículo 2° de la Carta. No obstante, las normas restantes, pueden ser libremente acordadas por las partes. Lo dicho hasta ahora, tampoco permite afirmar que deban expulsarse del sistema jurídico las normas facultativas. El hecho de que el ordenamiento

sea obligatorio no implica, necesariamente que cada una de las normas que lo componen deba establecer una disposición imperativa. Por el contrario, son comunes y legítimas las normas facultativas que establecen "lo jurídicamente permitido". No obstante, excede las facultades del legislador, la decisión a través de la cual se convierten en facultativos los imperativos constitucionales o las disposiciones legales que garantizan que, en el tráfico jurídico privado, se respeten los valores, principios y derechos que la Carta consagra.

PRINCIPIO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY EN MATERIA MERCANTIL-Carácter facultativo de normas con interés público constitucional sometida a las partes/**LIBERTAD CONTRACTUAL**-Ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación de restantes disposiciones constitucionales (Salvamento de voto)

Lo que resulta francamente contrario al principio de aplicación territorial de la ley, es que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales, no obstante, existe un interés público constitucional -como las relaciones mercantiles- adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes. Ello equivale a admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones. En efecto, en nombre de la libertad contractual, la ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación directa o indirecta de las restantes disposiciones constitucionales, pues el legislador no está habilitado para restringir la fuerza normativa del derecho constitucional en aquellos espacios en los cuales, por su naturaleza y por los intereses en juego, ello resulta pertinente.

PRINCIPIO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY-Excepción por asunto mercantil de carácter internacional/**PRINCIPIO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY**-No se viola por arbitramento internacional de negocios jurídicos mercantiles internacionales (Salvamento de voto)

En tratándose de un asunto mercantil de carácter internacional, concurren, normalmente, dos o más ordenamientos jurídicos de estados soberanos e independientes, con igual derecho a regular el asunto. En estas condiciones, no existe una regla de preferencia que ordene resolver el conflicto de leyes a favor del ordenamiento colombiano, pues no puede predicarse de éste un "mejor derecho" de aquél que ostenta el ordenamiento extranjero, para imponerse a las partes al momento de resolver una eventual controversia. En estos eventos, admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definan, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias.

Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o más ordenamientos jurídicos. Se trata, simplemente, de aceptar que si bien la soberanía implica hacia adentro de las fronteras del Estado el poder de mandar sin excepción, hacia afuera, sólo se traduce en una garantía de independencia, pero de ninguna manera de superioridad. La figura del arbitramento internacional respecto de negocios jurídicos mercantiles de carácter internacional no viola el principio de aplicación territorial de la ley.

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL-Controversias mercantiles de carácter internacional (Salvamento de voto)

El arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional, encuentra fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas. Ciertamente, para que este postulado constitucional resulte realmente efectivo, es necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada "sociedad internacional de comerciantes", uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional, respecto de los cuales existe un conflicto de leyes o de intereses de dos o más estados soberanos. La adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la internacionalización de las relaciones comerciales. Existen razones constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional.

ARBITRAJE INTERNACIONAL-Inexistencia de elemento internacional por domicilio y negocio comercial en el país (Salvamento de voto)

Personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

UNCITRAL-Objeto básico (Salvamento de voto)

La UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos.

PRINCIPIO GENERAL DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY-No puede quedar librado a la mera voluntad de particulares/ARBITRAJE INTERNACIONAL-Renuncia injustificada a protección de derechos de conformidad con legislación colombiana (Salvamento de voto)

El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley - entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional. Adicionalmente, no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano. En suma, los pactos arbitrales, suscritos al amparo de las normas demandadas, implican un desconocimiento del principio constitucional de territorialidad de la ley - y la Constitución - y, en especial, una renuncia injustificada al derecho fundamental a la protección judicial de los derechos surgidos de conformidad con la legislación colombiana.

CARÁCTER INTERNACIONAL DE UN CONTRATO-Nacionalidad de las partes no es condición suficiente para determinarlo (Salvamento de voto)

No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. A la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la

jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato. Sin embargo, nada obsta para que la Corte proponga innovaciones jurídicas que pueden resultar más o menos sugestivas, para lo cual la propuesta deberá, por lo menos, justificarse adecuadamente en los motivos de la providencia.

Referencia: Expediente D-1514

Actor: Juan Pablo Cárdenas Mejía

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3° del artículo 1°, y el artículo 4° (parcial) de la Ley 315 de 1996, "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

I. Con todo respeto me aparto de la sentencia de la Corte. Por las razones que expuse al presentar la ponencia original, y que reitero en el presente salvamento de voto, considero que el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 ha debido ser declarado inexecutable. Por su parte, el artículo 4 de la misma Ley ha debido ser objeto de una decisión de exequibilidad condicionada.

A mi juicio, las disposiciones legales que inopinadamente desplazan la aplicación directa o indirecta de la Constitución, en aquellos ámbitos que la propia Constitución considera relevantes, son inexecutable. En consecuencia, dado que para el Estado Social de Derecho las relaciones mercantiles son constitucionalmente relevantes, no puede aceptarse la vigencia de una norma legal que, sin razón suficiente, impide aplicar las normas constitucionales a estos importantes espacios de relación humana. Sin embargo, creo que en algunos casos cabe admitir una excepción a este principio y aceptar que las partes de un negocio mercantil puedan acordar la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional. Se trata de aquellos casos en los cuales se presente un genuino conflicto de leyes que genera incertidumbre y obstaculiza el desarrollo del comercio internacional o, eventualmente, de la celebración de acuerdos internacionales que tienden a la integración internacional o a la defensa de los derechos humanos. No obstante, las normas demandadas no se encuentran en ninguno de estos eventos, pues se limitan a indicar que, por el mero acuerdo de voluntades, los conflictos que surjan en torno a un contrato mercantil celebrado en Colombia, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes o servicios que se encuentran o serán prestados dentro del territorio nacional, sin ningún efecto sobre el comercio internacional y, en suma, sin que concurra ningún elemento internacional, pueden ser excluidos del ámbito de irradiación de la Constitución.

Para la Corte, el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 es exequible siempre que una de las partes tenga nacionalidad extranjera. A mi juicio, por las razones que brevemente se exponen en la ponencia original, es el domicilio y no la nacionalidad lo que dota a un acuerdo mercantil de relevancia internacional. De otra parte, la diferenciación fundada en la nacionalidad de las partes contratantes viola flagrantemente el principio de igualdad, el cual excluye la discriminación y, desde el punto de vista sustantivo, promueve la igualdad material. Adicionalmente, la decisión resulta internamente contradictoria y sus motivos insuficientes para entender la condición que se impone para aceptar un límite a la fuerza de irradiación de las disposiciones constitucionales. Parece como si la mayoría súbitamente hubiese perdido la conciencia de lo que estaba en juego.

Los motivos que justifican mi posición, se encuentran planteados *in extenso* en la ponencia original que no fue aceptada por la Corte. Algunos de tales argumentos fueron tácitamente recogidos en la decisión de la cual me aparto, sin que la mayoría hubiera extraído de ellos sus reales consecuencias. Por tal razón, considero pertinente transcribir, casi integralmente, el texto de la ponencia original. Sin embargo, la decisión de la Corte merece algunas consideraciones adicionales, que serán realizadas al final del texto.

II. Exposición de las razones que justifican la declaración de inexecutable del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 y de la executable condicionada del artículo 4 de la misma Ley (Texto de la ponencia original presentada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz no acogida por la mayoría)

1. El actor demanda, por razones de inconstitucionalidad, dos disposiciones de la ley 315 de 1996, que se contraen a establecer sendos eventos en los cuales habrá de surtir efectos, dentro del territorio nacional, un acuerdo en materia de arbitramento internacional.

La primera norma es el numeral 3° del artículo 1° de la ley precitada, que autoriza a las partes de un negocio mercantil, pactar una cláusula de arbitramento internacional, con la sola condición de que el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en el cual tienen su domicilio. Podría indicarse que esta norma admite dos interpretaciones diversas. Según una primera interpretación - que corresponde a la del demandante -, se refiere a personas que tienen su domicilio en el mismo Estado y pactan que el lugar del arbitramento se fije fuera de éste. La segunda interpretación, considera que las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes y acuerdan en que el arbitraje tendrá lugar en un tercer Estado, distinto de aquél de su respectivo domicilio. No obstante, esta segunda interpretación está explícitamente consagrada en el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 315 de 1996, que determina que podrá ser internacional el arbitraje cuyas partes, al momento de celebrar el pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes. En razón de las anteriores consideraciones, la única interpretación razonable de la norma

acusada es aquella según la cual se habilita a las partes de un negocio mercantil para convenir un arbitramento internacional, cuando estas tienen su domicilio en el mismo Estado y pactan que el lugar del arbitramento sea el de un país extranjero.

En segundo término, el demandante cuestiona la facultad que atribuye el artículo 4° de la ley 315 - que modifica el artículo 70 la ley 80 de 1993 - a las entidades públicas con capacidad de contratación, para pactar en un contrato estatal *celebrado con contratistas nacionales* - "**persona nacional**" -, una cláusula de arbitramento internacional, sin que resulte necesario que concurra alguna circunstancia que imprima al contrato principal el carácter de contrato mercantil internacional.

2. Con arreglo a las disposiciones legales vigentes y, en especial, las contenidas en la Ley 315 de 1996, la habilitación a las partes de un contrato mercantil para que sometan un asunto litigioso al conocimiento de un tribunal internacional de arbitraje tiene, al menos, cuatro efectos relevantes. En primer lugar, posibilita que las partes convengan el derecho sustancial aplicable conforme al cual los árbitros deberán resolver la controversia (Ley 315 de 1996, artículo 2°). De otro lado, las facultades para determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo, la nacionalidad de los árbitros y su sede. Adicionalmente, la existencia de un pacto arbitral determina que, si alguna de las partes lo incumple y recurre a la justicia ordinaria para la solución de algún conflicto, la otra parte podrá proponer la excepción previa de falta de jurisdicción (C.P.C., artículo 97-1) con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral (Ley 315 de 1996, artículo 1°, parágrafo). Por último, determina que el fallo que profiera el tribunal de arbitramento cuya sede se encuentre fuera del territorio nacional sea considerado como un laudo arbitral extranjero (Ley 315 de 1996, artículo 3°) el que, por ende, puede ser incorporado al derecho interno colombiano a través del procedimiento conocido como *exequatur* (C.P.C., artículos 693 a 695).

3. Para el actor las citadas normas violan los artículos 4, 6, 13 y 95 de la Carta, al establecer una injustificada excepción al deber constitucional de nacionales y extranjeros en territorio colombiano, de someterse a las leyes y a la Constitución Política. A su juicio, el arbitraje internacional, con las consecuencias que apareja - tales como la facultad que se confiere a las partes para elegir la ley sustancial y procesal aplicable -, sólo es constitucionalmente legítimo cuando concurren circunstancias en las cuales no es imperativa la aplicación de la ley colombiana. Así por ejemplo, cuando existen múltiples leyes aplicables - conflicto de leyes en el espacio - sin que, en principio, una de ellas pueda prevalecer sobre las otras. En este caso, nada impide que se defiera a las partes la decisión sobre el derecho sustancial conforme al cual habrá de resolverse la controversia. Adicionalmente, opina que el artículo 4° de la Ley 315 vulnera el artículo 150-25 de la Carta. En su criterio, "la contratación de la administración pública se sujeta por mandato constitucional al estatuto que expida el Congreso de la República. De modo que salvo que se trate de contratos internacionales, porque así lo permite el artículo

226 de la Carta, no es posible permitir a las partes en un contrato estatal someterlo a la ley que mejor les parezca". Respecto de esta disposición, entiende el demandante que es posible declarar una exequibilidad condicionada, tal y como será expuesto en aparte posterior de este salvamento.

Sin desconocer las diferencias que pueden existir entre las relaciones contractuales privadas y aquellas que involucran al Estado, el problema jurídico que plantea la demanda radica, fundamentalmente, en determinar si resulta legítimo, a la luz del ordenamiento constitucional, que los conflictos que surjan en torno a un negocio mercantil celebrado en Colombia, entre personas domiciliadas en el país, respecto de bienes ubicados en el territorio nacional, que habrá de ser ejecutado dentro del Estado y que no involucra intereses del comercio internacional, puedan someterse, por voluntad de las partes, a un tribunal internacional de arbitramento, con las consecuencias que ello apareja.

Para resolver la cuestión planteada resulta indispensable definir si las disposiciones demandadas afectan o comprometen el principio de la soberanía popular (C.P. art. 3) y las consecuencias que de este se derivan. En consecuencia, se debe analizar si tales normas violan el principio de aplicación territorial de la ley nacional (C.P. art. 2,4,6,95 y 116), al deferir a las partes del contrato la decisión sobre la ley sustancial aplicable.

El ejercicio interno de la soberanía y el principio de aplicación territorial de la ley nacional

4. La primera cuestión que hay que resolver radica en determinar si las normas demandadas, al admitir que, por expresa voluntad de las partes, un conflicto mercantil, que interesa exclusivamente al ordenamiento colombiano, sea resuelto por un tribunal de arbitramento extranjero, conforme al ordenamiento jurídico que libremente hubieren seleccionado, viola el principio de soberanía popular (C.P. art. 3) y, en particular, el principio de territorialidad de la ley (C.P. art. 4, 6, 95).

El ejercicio de la soberanía popular (C.P. art. 3), significa, sobre todo, la capacidad exclusiva del pueblo colombiano, bien directamente, ora a través de los órganos constitucionalmente habilitados para ello, de hacer y aplicar el derecho, pues de esta manera se ejerce el poder de supraordenación consustancial a la condición de soberano. No obstante, mientras se mantenga el modelo constitucional, tal poder de mando se ejerce a través de los mecanismos de participación directa e indirecta que ha diseñado el constituyente y, en este último evento, se delega a los órganos que conforman el poder público, para que éstos lo ejerzan en los términos que la Constitución establece.

El poder normativo del pueblo y sus representantes, se manifiesta, fundamentalmente, en las notas de validez y eficacia del ordenamiento legal. En

estos términos, puede afirmarse que, del principio de soberanía interna (C.P. art. 3), se deriva el deber de sujeción al derecho en el territorio nacional, consagrado entre otros, de manera expresa, en los artículos 4, 6, 95, 116, 229 y 230 de la Carta. Las primeras normas citadas, establecen la obligación de los nacionales y extranjeros en Colombia, de acatar la Constitución y las leyes, y de respetar y obedecer a la autoridad. A su turno, los artículos 6, 116 y 230 consagran la responsabilidad de los servidores públicos y, especialmente, de quienes administran justicia, de aplicar, en el territorio nacional, las normas jurídicas y, excepcionalmente, la equidad cuando el derecho legislado así lo autorice. Por su parte, el artículo 229 garantiza el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia para la defensa de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico.

5. Al amparo del principio de soberanía popular, puede afirmarse que la obligación de obedecer el derecho se deriva de la legitimidad constitucional que ostenta la fuente de la cual emana. En estas condiciones, no puede el legislador, so pena de violar la soberanía, trasladar, en todo o en parte, sus facultades normativas propias a otros órganos o entidades, nacionales o extranjeros, que no encuentran habilitación constitucional para producir derecho.

En general, afecta la soberanía la norma infra-constitucional que traslada la competencia de crear, ejecutar o aplicar el derecho, a órganos distintos de los que han sido constitucionalmente facultados para ello, o aquella que vacía de contenido las competencias de las instituciones que integran el poder público y, en suma, la que dota a ciertas entidades de facultades de mando que corresponden directamente al pueblo o a los órganos públicos que emanan de la voluntad popular.

6. Podría sostenerse que las normas demandadas, al permitir que controversias sobre contratos mercantiles celebrados y ejecutados en Colombia, entre colombianos, se resuelvan al margen del ordenamiento mercantil nacional y conforme al derecho de otros estados, violan el principio de aplicación territorial de la ley nacional y, en consecuencia, la soberanía. Para fundar esta tesis, se diría que tales disposiciones permiten la creación de ínsulas dentro del territorio nacional, inmunes al poder normativo del legislador y, en cambio, reguladas por autoridades que no están constitucionalmente habilitadas para crear derecho.

No obstante, las disposiciones estudiadas y, en general, la adopción de la figura del tribunal internacional de arbitramento, no transfieren a autoridades de otros estados, la función de producir derecho. En estricto rigor, lo que hacen tales normas es entregar, a las partes de un contrato mercantil, la libertad plena para definir integralmente las reglas aplicables al contrato. Pero ello no equivale a trasladar, a autoridades extranjeras, la función de legislar. Nadie, en el territorio colombiano, queda, por virtud de los preceptos estudiados, sometido a leyes foráneas o a decisiones de autoridades de otros estados. Simplemente, las partes del contrato, deciden, autónomamente, someterse a las normas que, en ejercicio

de su libertad negocial, han acordado, y que pueden coincidir materialmente con el contenido de leyes de otros estados.

En otras palabras, las disposiciones demandadas no le otorgan o traspasan facultades constitucionales propias del congreso, a autoridades extranjeras, sino que confieren a las partes de un contrato mercantil, la atribución de definir, integralmente, el contenido de sus contratos, pudiendo éstas optar por apelar, subsidiariamente, en todo o en parte, al derecho del Estado que mejor les convenga. La razón que justifica la obligatoriedad inter-partes de las normas foráneas en el territorio nacional, no es otra que la libertad contractual (C.P. art. 16 y 333) y no, la autoridad de la fuente que las produce.

En síntesis, el legislador considero que era conveniente convertir en facultativo todo el ordenamiento jurídico mercantil, en el caso en el cual las partes de un negocio de esta naturaleza apelaran a un arbitraje con sede en un lugar distinto a aquél en el cual tienen su domicilio. En este evento, los contratantes quedan en plena libertad para pactar las leyes del contrato, las que serán obligatorias, no por provenir de uno u otro órgano, sino por virtud de su voluntad contractual.

Se trata, en consecuencia, de un evento en el cual el legislador opta por dar primacía absoluta a la libertad de las partes (C.P. art. 16), cuando estas han decidido someter sus controversias contractuales a un tribunal de arbitramento ubicado fuera del lugar en el cual tienen su domicilio. En términos lógicos, lo que ocurre es que, verificado el supuesto contemplado en la disposición demandada - el pacto arbitral en las condiciones anotadas -, por ministerio de la ley, otras normas, del mismo rango, se convierten en disposiciones facultativas, que pueden ser adoptadas o desplazadas según el interés contractual de las partes. Ciertamente, en estas circunstancias, personas que habitan el territorio nacional, quedan eximidas del cumplimiento de normas mercantiles, pero ello sucede porque tales normas, por decisión del propio legislador, adquieren carácter facultativo.

En suma, a través de las normas demandadas, el legislador no está cediendo, a otra autoridad, su facultad de hacer las leyes. Lo que en realidad sucede es que está adoptando, al amparo de la cláusula general de competencia, la decisión de otorgar preeminencia a la libertad contractual y, para ello, transforma ciertas normas de orden legal que tienden a la protección de otros bienes y valores, en facultativas, lo que, *prima facie*, no viola la Constitución. Ciertamente, en principio, nada en el texto fundamental permite afirmar que en ejercicio de sus facultades, le está proscrito al legislador "desregular" ciertos ámbitos o convertir en facultativas, normas que otrora tenían carácter de obligatorias.

7. Sin embargo, podría afirmarse que si bien es aceptable que en materia mercantil rija el principio de plena libertad para diseñar el contenido material de un contrato, conferir a las partes la facultad de elegir el ordenamiento que habrá de aplicarse a un determinado conflicto - autonomía conflictual -, viola el principio

de aplicación territorial de la ley nacional. Lo anterior, significaría aceptar que las partes pueden pactar todas las normas que consideren adecuadas para la ejecución del contrato, pero que al momento de apelar a un ordenamiento jurídico de un estado nacional, están obligadas a recurrir al ordenamiento nacional.

En el fondo, este argumento resulta de una defensa meramente simbólica y formalista del principio de aplicación territorial de la ley nacional. En efecto, si se acepta la plena autonomía material, las partes, en vez de apelar mediante una referencia expresa al ordenamiento que mejor les convenga, podrían incorporar, integralmente, al texto del contrato, las normas de dicho ordenamiento. A pesar de que los dos eventos descritos llevan a idéntico resultado, los defensores de la tesis planteada considerarían que sólo en el primero de ellos hay una afrenta a la Constitución, lo que a todas luces resulta inaceptable.

No obstante, debe preguntarse si puede el legislador proteger, de manera exclusiva, el derecho fundamental a la libertad (C.P art. 16) en órbitas en las cuales, si bien hay un predominio de los intereses individuales, puede fácilmente identificarse la existencia de un interés público constitucional.

¿En el marco de un Estado social de Derecho, puede afirmarse que la libertad es el único bien constitucional relevante en el ámbito mercantil?.

8. Ciertas relaciones sociales, en razón de su naturaleza, tienen fundamentalmente un interés privado. Así, por ejemplo, las relaciones mercantiles que interesan, sobre todo, a las partes trabadas en los respectivos negocios. En estas circunstancias, es imprescindible que el legislador garantice y proteja el derecho a la libertad negocial de tales sujetos. Sin embargo, en un Estado social de derecho, que opera en el contexto de una economía social de mercado, no puede admitirse que el único valor constitucionalmente relevante en tales espacios relacionales sea la libertad contractual. El reconocimiento constitucional de la desigualdad material que genera, usualmente, ausencia de autonomía real de ciertos sujetos, contra lo cual el Estado debe actuar positivamente (C.P. art. 13, 16 y 333), la importancia colectiva que tiene el mercado como espacio propicio para la realización de necesidades primarias de los habitantes (C.P. 334), las facultades de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 333) y el carácter social de la propiedad (C.P. art. 58 y 333), entre otros, constituyen razones suficientes para sostener que, desde una perspectiva constitucional, la libertad no es el único postulado que ha de ser garantizado en las relaciones comerciales.

9. El conjunto de valores, principios y derechos que en un Estado social de Derecho deben irradiar las relaciones privadas y, en particular, las relaciones mercantiles, - uno de los cuales, pero no el único es la libertad -, despliega su eficacia bien a través de la aplicación directa de las normas constitucionales - por el juez de tutela o por el juez natural -, ora mediante su reconocimiento por el legislador en el ordenamiento infraconstitucional.

En efecto, por medio de la aplicación directa de la Constitución, los operadores jurídicos aseguran la vigencia de los diversos intereses fundamentales en todos aquellos ámbitos relevantes para el derecho. No obstante, usualmente los bienes, valores, principios y derechos constitucionales que deben ser protegidos en las relaciones entre particulares, se garantizan a través del derecho legislado, en lo que se puede denominar una *aplicación indirecta de la Constitución*. Esto no significa que la ley se limite a desarrollar mandatos constitucionales, pues otra parte de la legislación, se compone de decisiones fruto de la libertad de configuración del legislador, que definen reglas que las mayorías políticas han encontrado oportunas o convenientes, y que no constituyen desarrollo material de la Constitución. Adicionalmente, no sobra recordar que, aún cuando se trate de desarrollar la Constitución, el legislador tiene un campo de libertad suficiente para definir la manera como habrán de protegerse y ponderarse los intereses constitucionales.

10. So pretexto de ejercer las competencias que le son propias, no puede el legislador excluir de ciertos ámbitos constitucionalmente relevantes, la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto excede la competencia puramente legislativa y viola los artículos 4, 6 y 95 de la Carta, la decisión que pretende restar eficacia a la Constitución, bien por que impide su aplicación directa, ya porque somete a la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas legales que garantizan la protección de valores, bienes y derechos constitucionales. En este sentido, puede afirmarse que convertir en facultativa, en forma indiscriminada, una parcela del ordenamiento jurídico que regula ámbitos constitucionalmente relevantes, equivale a convertir en facultativa la aplicación - directa o indirecta - de la Constitución, lo que a todas luces supera las facultades del legislador.

Lo anterior no significa que el Estado deba regular integralmente todas las posibles circunstancias eventualmente relevantes para el derecho, o que no haya un espacio para la definición inter-partes de normas jurídicas. En un Estado orientado por el principio de la autonomía de la voluntad (C.P. art. 16), el ámbito de libertad negocial de las personas, en cuanto respecta a bienes transables, es apreciable. En estas materias, el derecho debe limitarse a regular aquellos aspectos que se consideran de interés constitucional y que, por lo tanto, no son internamente negociables o disponibles, pues garantizan los mínimos que se consideran indispensables para la promoción del orden justo de que trata el artículo 2° de la Carta. No obstante, las normas restantes, pueden ser libremente acordadas por las partes.

Lo dicho hasta ahora, tampoco permite afirmar que deban expulsarse del sistema jurídico las normas facultativas. El hecho de que el ordenamiento sea obligatorio no implica, necesariamente que cada una de las normas que lo componen deba establecer una disposición imperativa. Por el contrario, son comunes y legítimas las normas facultativas que establecen "lo jurídicamente

permitido". No obstante, excede las facultades del legislador, la decisión a través de la cual se convierten en facultativos los imperativos constitucionales o las disposiciones legales que garantizan que, en el tráfico jurídico privado, se respeten los valores, principios y derechos que la Carta consagra.

En síntesis, lo que resulta francamente contrario al principio de aplicación territorial de la ley (C.P. art. 4, 6 y 95), es que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales, no obstante, existe un interés público constitucional - como las relaciones mercantiles - adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes. Ello equivale a admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones. En efecto, en nombre de la libertad contractual, la ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación directa o indirecta de las restantes disposiciones constitucionales, pues el legislador no está habilitado para restringir la fuerza normativa del derecho constitucional en aquellos espacios en los cuales, por su naturaleza y por los intereses en juego, ello resulta pertinente.

En este punto de la cuestión debatida, debe preguntarse si, al amparo de las afirmaciones realizadas, es legítimo que el ordenamiento acoja la figura del arbitramento internacional, cuando ella conlleva la pérdida de fuerza vinculante del derecho interno y, en especial, de las normas constitucionales.

Compatibilidad de la figura del arbitramento internacional con el principio de aplicación territorial de la ley nacional

11. De las afirmaciones realizadas, podría deducirse que la Constitución prohíbe el arbitraje comercial internacional o, al menos, la posibilidad de que las personas pacten el derecho material aplicable al contrato y, en uso de esta facultad, puedan desatender, en el territorio nacional, los imperativos que la Constitución impone.

Ciertamente, la autorización legal para deferir a un colegio de árbitros la solución de conflictos mercantiles al margen de la legislación colombiana, constituye una limitación del principio de territorialidad de la ley y, por lo tanto, de la aplicación - directa o indirecta - de la constitución. No obstante, ello no implica *necesariamente* una lesión a la soberanía nacional, ni un exceso de las facultades del legislador.

Las razones que justifican constitucionalmente la adopción de la figura del arbitramento internacional y la correlativa restricción al principio de territorialidad de la ley, surgen de las condiciones que caracterizan y explican la existencia de este instituto jurídico en el derecho internacional privado.

En la doctrina y la jurisprudencia internacionales, existe consenso en afirmar que el arbitraje comercial internacional se caracteriza por dos elementos esenciales: (1) mercantilidad; y, (2) internacionalidad.

La primera de estas características determina que el arbitraje comercial internacional sólo es aplicable para resolver aquellos conflictos surgidos del intercambio de bienes, servicios o valores transigibles, que interesa a la economía de por lo menos dos países. A su turno, la internacionalidad establece que sólo los conflictos de carácter internacional pueden ser sometidos al conocimiento de un tribunal internacional de arbitramento.

Ahora bien, en principio, en el derecho internacional privado, el carácter internacional de un litigio se define con base en criterios puramente jurídicos (nacionalidad de las partes, nacionalidad del domicilio de las partes, lugar de ejecución del contrato, etc.) que constituyen el punto de contacto de dos o más ordenamientos jurídicos nacionales que, al entrar en colisión, actual o virtual, suelen generar conflictos de leyes. Adicionalmente una parte de la doctrina define la "internacionalidad" a partir de criterios eminentemente económicos, extraídos del fondo del litigio que da lugar al procedimiento arbitral, y que atienden a la virtual confluencia de intereses de distintos estados o del comercio internacional respecto del objeto de la controversia. En este sentido, se ha considerado que las necesidades o los intereses del comercio internacional resultan afectados cuando se presenta un movimiento de bienes o de servicios o un pago que trasciende las fronteras de un país o que compromete la economía o la moneda de más de un Estado.

Con independencia de los criterios que sobre esta materia puedan adoptarse, cuando se trata de un asunto de carácter internacional, en el cual se plantea necesariamente un conflicto de leyes, nada impide que sean los propios particulares que han actuado más allá de su propia comunidad política, quienes decidan, *Ex ante* o una vez ha surgido la controversia, cuál es la ley sustancial y procesal conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el conflicto.

En efecto, en tratándose de un asunto mercantil de carácter internacional, concurren, normalmente, dos o más ordenamientos jurídicos de estados soberanos e independientes, con igual derecho a regular el asunto. En estas condiciones, no existe una regla de preferencia que ordene resolver el conflicto de leyes a favor del ordenamiento colombiano, pues no puede predicarse de éste un "mejor derecho" de aquél que ostenta el ordenamiento extranjero, para imponerse a las partes al momento de resolver una eventual controversia.

En estos eventos, admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definan, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas

que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias. Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o más ordenamientos jurídicos.

A este respecto, no sobra recordar que, incluso bajo la Constitución anterior, que no patrocinaba expresamente la internacionalización de las relaciones comerciales, la Corte Suprema de Justicia estableció que el principio de territorialidad no era aplicable cuando un determinado contrato o acto jurídico contuviera elementos de carácter internacional (*vgr.* ejecución en el exterior), eventualidad que autorizaba el sometimiento a leyes o jurisdicciones foráneas. Con relación a este punto, la Corte expresó:

“ ... (E)l legislador colombiano no está facultado por la Carta para deponer la soberanía unilateralmente ni para autorizar que para hechos que sucedan dentro del territorio colombiano se ejerzan funciones públicas con arreglo a sistemas o por organismos distintos de los que la propia Constitución establece.

Esta afirmación de soberanía no implica, sin embargo, que la ley colombiana y la competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales tenga que extenderse forzosamente fuera del territorio y cobijar a personas extranjeras que se encuentren fuera, por el solo hecho de haber contratado con Colombia, aunque las prestaciones respectivas hayan de cumplirse en el exterior.

Esta afirmación de soberanía no encajaría dentro del criterio de territorialidad acogido por los artículos 10 y 16 de la constitución y por nuestro sistema legislativo, con algunas excepciones (Ej: arts. 19 y 20 C.C.), e implicaría el desconocimiento del derecho internacional como ordenamiento indicado para solucionar los eventuales conflictos de regímenes o jurisdicciones entre estados independientes”¹.

Se trata, simplemente, de aceptar que si bien la soberanía implica hacia adentro de las fronteras del Estado el poder de mandar sin excepción, hacia afuera, sólo se traduce en una garantía de independencia, pero de ninguna manera de superioridad. En este sentido, puede afirmarse que la figura del arbitramento internacional respecto de negocios jurídicos mercantiles de carácter internacional no viola el principio de aplicación territorial de la ley.

12. Adicionalmente, el arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles *de carácter internacional*, encuentra

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1986 (MP. Hernando GómezOtálora).

fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas (C.P. preámbulo y artículos 9º, 226 y 227). Ciertamente, para que este postulado constitucional resulte realmente efectivo, es necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada “sociedad internacional de comerciantes”, uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional, respecto de los cuales existe un conflicto de leyes o de intereses de dos o más estados soberanos.

En efecto, la internacionalización de las relaciones económicas, apareja la realización de contratos mercantiles que, en razón de su carácter internacional, vincula a dos o más ordenamientos jurídicos. En estas condiciones, resulta indispensable, establecer mecanismos confiables, eficaces y flexibles, susceptibles de adaptarse a las condiciones del tráfico internacional, para solucionar los conflictos jurídicos que se susciten alrededor de tales contratos.

En las condiciones anotadas, la adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la internacionalización de las relaciones comerciales. Frente a la existencia de ordenamientos jurídicos heterogéneos, que contienen reglas disímiles e incluso contradictorias, el derecho interno de los estados interesados en fomentar las relaciones internacionales, debe ofrecer a las personas involucradas en negocios internacionales, una regla que les permita saber con exactitud cuales son las normas que se les han de aplicar, a fin de que puedan adaptar a ellas su comportamiento y estimar sus expectativas. Y, como quedo dicho, *en tratándose de conflictos de carácter mercantil e internacional*, una regla que respeta por igual la supremacía interna de los estados y su carácter independiente y paritario en el plano internacional, es la de deferir a las partes la elección del derecho aplicable.

En suma, existen razones constitucionales que justifican que el legislador habilite a las partes para someter un conflicto a arbitramento internacional, siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional.

13. No obstante, las hipótesis de que tratan las normas demandadas - personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional -, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del

cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

14. Podría sostenerse que tales hipótesis están fundadas en un principio de derecho internacional reconocido por Colombia y, por lo tanto, encuentran fundamento en el artículo 9 de la Carta. Ciertamente el artículo 1° de la Ley 315 de 1996 está inspirado en lo dispuesto por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, a la que se efectuaron algunas modificaciones de carácter meramente idiomático². En este sentido, se advierte que el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 315 de 1996, acusado por el demandante, encuentra su origen en el artículo 1(3)(b)(i) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, que señala:

“Un arbitramento es internacional si:

a) las partes que suscriben el pacto arbitral tienen, al momento de suscribirlo, el asiento de sus negocios en diferentes estados; o

b) uno de los siguientes lugares está localizado fuera del Estado en el cual las partes tienen el asiento de sus negocios:

i) el lugar del arbitraje si ello ha sido determinado en, o de conformidad con, el pacto arbitral;

ii) cualquier lugar donde una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial debe ser cumplida o el lugar con la cual el objeto del litigio está más estrechamente conectado; o

c) las partes acordaron expresamente que el objeto del pacto arbitral está relacionado con más de un estado” (negritas de la Corte).

En este orden de ideas, podría pensarse que, en la norma demandada, el Legislador se limitó a plasmar una hipótesis contemplada por el derecho internacional y que, por ende, al aprobarla extendió su aceptación frente a la misma (C.P., artículo 9°).

Sin embargo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL no es una norma de derecho internacional con carácter vinculante para aquellos estados que decidan incorporarla a su legislación interna. En efecto, la UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objeto básico consiste en proponer normas que unifiquen el derecho comercial internacional. De esta forma, esa comisión recoge las que, a su juicio, constituyen

² *Gaceta del Congreso*, Año IV, N° 231, agosto 10 de 1995, p. 14.

las tendencias más relevantes del derecho comercial internacional en torno a un punto específico, las plasma en un proyecto que las codifica y, luego, las somete a la consideración de la comunidad de naciones, recomendando su aprobación o incorporación a los respectivos derechos internos. En esta medida, es necesario recabar que la Ley Modelo carece de todo carácter coactivo y sus normas distan mucho de ser principios de derecho internacional que deban ser honrados por la comunidad de estados.

Adicionalmente, cabe indicar que la tendencia actual del derecho internacional privado en esta materia, consiste en someter a arbitramento internacional sólo aquellos litigios intrínsecamente internacionales, esto es, aquellos que afecten las necesidades o los intereses del comercio internacional. Al respecto no es ocioso mencionar que la doctrina mayoritaria establece que el recurso a la jurisdicción internacional constituye un evento de carácter excepcional. Al respecto, coinciden en indicar que la hipótesis consagrada en el artículo 1(3)(b)(i) transcrito, desnaturaliza el concepto mismo de internacionalidad, toda vez que no es comprensible por qué la mera voluntad de las partes, tendría el efecto de someter eventuales litigios al arbitraje internacional. Esta hipótesis, podría llegar a autorizar la evasión o el fraude a la ley nacional aplicable a un determinado conflicto.

En síntesis, el sometimiento al principio general de territorialidad de la ley -entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional-, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional.

Adicionalmente, no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Una renuncia tal, sólo puede ser reconocida y avalada por el Estado colombiano, cuando concurren circunstancias que la hagan útil y estrictamente necesaria para el logro de fines constitucionalmente relevantes. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano.

En suma, los pactos arbitrales, suscritos al amparo de las normas demandadas, implican un desconocimiento del principio constitucional de territorialidad de la ley - y la Constitución - y, en especial, una renuncia injustificada al derecho fundamental a la protección judicial de los derechos surgidos de conformidad con la legislación colombiana (C.P., artículos 29 y 229).

En consideración a las razones antes expuestas, debe entenderse que las hipótesis normativas contempladas en el numeral 3° del artículo 1° y en el artículo 4° de la Ley 315 de 1996, no se encuentran constitucionalmente justificadas.

Decisión condicionada y principio de conservación del derecho

15. Uno de los principios que orienta la interpretación constitucional es el “principio de la conservación del derecho”, en virtud del cual, los tribunales constitucionales deben evitar excluir del ordenamiento, una decisión legislativa cuando exista la posibilidad de ajustar su interpretación a la Constitución. A este respecto la Jurisprudencia de la Corporación ha indicado:

“El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución³”.

En consecuencia, si una disposición admite una interpretación acorde a la Constitución, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento, puesto que el fallo condicionado es una forma de resguardar al máximo la voluntad política del legislador, sin desconocer la primacía de las disposiciones constitucionales.

Sólo procede una decisión condicionada, en el evento en el cual las varias interpretaciones resulten válidas como consecuencia, bien de la amplitud del texto de la disposición normativa, ora de la aplicación directa de un mandato constitucional, para suplir el vacío dejado por el legislador. Sin embargo, lo que resulta inaceptable es que la interpretación nazca de una conexidad arbitraria del texto normativo con el contenido de otra disposición legal, que no ha sido estudiada por la Corte o que ha sido expedida con fines diversos o para ser aplicada a un campo distinto de aquel afectado por la disposición que se estudia. El fallo condicionado no es un expediente para que el juez constitucional, por vía de interpretación, cree derecho.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

16. La parte demandada del artículo 4 de la Ley 315 de 1996, consagra(ba) una habilitación para que las personas públicas que han celebrado un contrato mercantil con un contratista nacional en las condiciones descritas por la misma disposición, pudieran someter sus diferencias contractuales a un arbitramento internacional, pese a que dicho contrato careciera de un elemento internacional. El demandante considera que, en este caso, procede el fallo condicionado, para lo cual a su juicio deberá indicarse que tal proposición se aplica en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la misma ley, o de otra manera advertirse que en este caso las partes no pudieran pactar la ley sustancial aplicable al contrato. Por último, considera el demandante que, para que proceda el arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos en un contrato estatal celebrado con persona nacional, se requiere que concurra alguna de las circunstancias adicionales consagradas en el mismo artículo 4, a saber, que se trate de *“contratos (...) en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”*.

A mi juicio, las distintas hipótesis de hecho consagradas en el artículo 4 no son alternativas - como lo pretende el demandante - sino, por el contrario, corresponden a requisitos concurrentes. Si ello no fuere así, la parte arriba transcrita del citado artículo resultaría inútil, pues bastaría con indicar que todo contrato estatal celebrado con *“personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional (...) podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional”* para que queden incluidos los contratos *“en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”*.

En estas condiciones, la única interpretación ajustada al principio del efecto útil de las normas jurídicas, es aquella en virtud de la cual se admita que la norma parcialmente demandada - hoy declarada inexecutable - autoriza(ba) a las partes pactar un arbitramento internacional con independencia de la nacionalidad del contratista, siempre que se trate de contratos *“en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”*. No obstante, la interpretación que se expone no satisface el requisito que exige la Constitución para admitir un tribunal internacional de arbitramento, pues no se trata, *necesariamente*, de contratos de carácter internacional.

Tampoco podría proceder la declaración de exequibilidad de la norma condicionando su aplicación a la concurrencia de circunstancias contenidas en disposiciones normativas que no han sido estudiadas por la Corporación o en disposiciones que, como el artículo 1 de la misma ley, fueron creadas para operar en el campo de los contratos privados y en modo alguno pensadas para el ámbito de la contratación administrativa. Por último, no resulta razonable ni ajustado a

los principios de lealtad y certeza jurídica, condicionar la exequibilidad de tal disposición a una restricción de los efectos del arbitraje internacional - inaplicación del artículo 2 de la misma ley -, pues ello tendría idéntico resultado al de una declaración de inexecutableidad.

17. A mi juicio, el aparte demandado del artículo 4º es inexecutable, no en razón de que esté constitucionalmente prohibido que los conflictos sobre un contrato mercantil celebrado entre una entidad pública y un contratista nacional sean sometidos a un tribunal internacional de arbitramento, sino porque tales condiciones resultan insuficientes para justificar la restricción al principio de soberanía, entendido como la vigencia en el territorio, de las normas constitucionales. En efecto, si un contrato de las características anotadas tuviere vínculos necesarios con dos o más ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, carácter internacional, nada impediría que las partes acudieran a un tribunal internacional de arbitramento para solucionar sus diferencias. Lo que se exige entonces, para que tal disposición resulte ajustada a la Carta, es que concurra una circunstancia que dote al contrato principal de carácter internacional. En otras palabras, el precepto legal demandado, por su generalidad, admite múltiples hipótesis, pero sólo se ajustan a la Carta aquellas en las cuales concurre una circunstancia que dota al contrato principal de carácter internacional.

Ahora bien, no es esta Corporación la llamada a indicar los casos en los cuales puede afirmarse que un contrato tiene carácter internacional. Como ya se estudio, es este un tema polémico que debe ser definido, en primera instancia por el legislador atendiendo a los criterios del derecho internacional y, particularmente, a los casos en los cuales existe un conflicto de leyes en el espacio o un acuerdo de derecho público internacional. No obstante, existen algunos eventos en los cuales hay una total coincidencia respecto del carácter internacional de un contrato. En efecto, no cabe ninguna duda del tal condición en aquellos contratos que van a ser ejecutados, necesariamente, en un Estado distinto de aquél en el cual las partes tienen su domicilio. En este evento, como en ningún otro, el contrato está en contacto con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales y, en consecuencia, dará lugar a un eventual conflicto de leyes.

Con independencia de los restantes criterios que sobre esta materia puedan adoptarse, cuando se trata de un asunto que claramente tiene carácter internacional, en el cual surge necesariamente un conflicto de leyes, nada obsta, como quedó expresado, para que las partes pacten un tribunal internacional de arbitramento, así se trate de un contrato estatal. En estricta aplicación del principio de conservación del derecho, hubiera podido afirmarse que en los contratos estatales, de carácter mercantil, celebrados "con persona nacional", en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, era lícito pactar que las diferencias surgidas del contrato se sometan a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional, siempre que el mencionado contrato

necesariamente se ejecute en territorio distinto al del Estado Colombiano. Pese a que se trata de una hipótesis de no común ocurrencia, sería la única que podía ser considerada y en la cual, claramente, la norma demandada habría resultado exequible.

No sobra advertir que este condicionamiento es procedente sólo respecto del artículo 4 parcialmente demandado, pues en cuanto se relaciona con el numeral 3 del artículo 1, el mismo no haría otra cosa que repetir lo dispuesto por el propio legislador en el numeral 2 de la misma norma, que literalmente indica:

Artículo 1º.- Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: (...)

2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal (...)

(Hasta acá, con algunas pocas modificaciones formales, la ponencia original)

III. Comentarios adicionales a la decisión contenida en la sentencia C-347 de 1997

1. Según la sentencia de la cual me aparto, el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996 es exequible siempre que una de las partes del contrato tenga nacionalidad extranjera, pues ello permite afirmar que aquel tiene “un elemento extranjero”. Varias son las glosas que pueden formularse a esta regla. Sin embargo, por razones de tiempo y de espacio, me limito a anotar las más evidentes.

2. No parece claro que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional. Hoy por hoy, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, sostienen este aserto. Por el contrario, a la luz de todos los criterios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, definitivamente puede afirmarse que, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato. Sin embargo, nada obsta para que la Corte proponga innovaciones jurídicas que pueden resultar más o menos sugestivas, para lo cual la propuesta deberá, por lo menos, justificarse adecuadamente en los motivos de la providencia. Con todo respeto, considero que este no es el caso.

3. El trato diferenciado en razón de la nacionalidad de las partes de un contrato mercantil celebrado ejecutado y liquidado en Colombia viola flagrantemente el principio de no discriminación (C.P. art. 13).

En primer término, puede comprobarse sin mayor dificultad que no existe ningún argumento, objetivo y razonable, que justifique el hecho de que, en territorio colombiano, los extranjeros - personas naturales o jurídicas - puedan decidir libremente las normas que regularán los contratos mercantiles que celebren, mientras que, de otra parte, se exige a los nacionales colombianos que se sometan a la legislación interna. Para efectos de la celebración y ejecución de este tipo de contratos es absolutamente irrelevante la nacionalidad de las partes contratantes. En otras palabras, en las relaciones mercantiles, los nacionales y los extranjeros están en idénticas circunstancias y, en consecuencia, nada justifica que unos y otros tengan distintos derechos y obligaciones.

Pero el problema no reside, simplemente, en que no exista una razón suficiente para justificar la diferencia de trato que genera la decisión de la Corte. El asunto, es mucho más grave, pues esta diferencia está fundada en uno de los criterios que, *prima facie*, se encuentran prohibidos por el artículo 13 de la Constitución - el origen nacional de las personas - y que, según jurisprudencia reiterada de esta misma Corporación, sólo pueden ser utilizados como fundamento de un trato disímil cuando sea absolutamente necesario para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que cuando se apela a uno de los criterios que, en principio, aparecen prohibidos por la Constitución, para establecer un trato diferenciado, aumenta la intensidad con la cual debe ser realizado el juicio de igualdad. Así por ejemplo, esta Corte ha indicado que si *"la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo"*⁴. Y sobre el mismo tema, posteriormente indicó: *"Conforme a ese "test" de igualdad fuerte, sólo se podrían considerar admisibles aquellas clasificaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado"*⁵.

En suma, en criterio de esta Corporación, *"para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente "sospechosos" supere el juicio de igualdad, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persigue un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que hay datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que busca obtener es mayor que el daño que procura; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas*

⁴ Sentencia T-230 de 1994. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política⁶ (Sentencia T-352 de 1997).

Me pregunto entonces, ¿en que consiste el objetivo constitucionalmente imperioso que persigue la decisión de la Corte?, ¿hay datos suficientes para afirmar que la medida definida por esta Corporación resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida?, ¿la diferencia que se establece entre nacionales y extranjeros es efectivamente indispensable para alcanzar tal propósito?, ¿acaso el beneficio que busca obtener es mayor que el daño que produce?. No encuentro respuesta satisfactoria a ninguna de estas preguntas y, aunque la encontrara, ¿no ha debido la propia Corte aportar las razones que, en términos del *test* que ella misma ha elaborado, justifican el trato diferenciado en razón del origen nacional de las personas?.

Resulta, por lo menos, desconcertante, verificar que la decisión de la Corte, - a través de la cual se establece una condición fundada en un criterio *prima facie* prohibido por el artículo 13 de la Carta, para la aplicación de una norma legal -, no supera siquiera los pasos más elementales del "*test*" de constitucionalidad que la misma institución ha diseñado para evaluar las decisiones del legislador.

4. No sobra indicar que la decisión de la cuál me aparto, no sólo compromete el principio de no discriminación contenido en el artículo 13 de la Carta, sino el mandato imperativo que surge del artículo 4 en virtud del cuál "*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*". Según la sentencia los extranjeros en Colombia, no tienen el deber de obedecer las normas constitucionales a la hora de efectuar y ejecutar, en territorio nacional, un contrato mercantil. Cabría preguntarse al respecto, ¿cuál es el principio imperativo que justifica que los extranjeros se eximan del cumplimiento de normas constitucionales en territorio colombiano?.

5. Adicionalmente, la decisión adoptada afecta el compromiso del Estado social de derecho con la promoción de la igualdad real y efectiva.

En efecto, de la sentencia parece derivarse el postulado en virtud del cual las relaciones mercantiles se encuentran libradas por entero al reinado de la autonomía de la voluntad, dentro de los expresos y precisos límites que le impone el Código Civil. Un aserto de tal naturaleza se encontraría fundado en dos premisas centrales: (1) la separación entre el derecho público y el derecho privado, en virtud de la cual la Constitución es una norma eficaz sólo respecto de los poderes públicos

⁶ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencias T-422 de 1992, T-230 de 1994, T- 563 de 1994, T-288 de 1995, T-422 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-530 de 1993, C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-022 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

mientras que las relaciones privadas están sometidas a las leyes civiles y mercantiles, que, entonces, tienen idéntica jerarquía material a la que ostenta la Constitución y (2) las personas que componen la sociedad contemporánea se encuentran en las mismas condiciones de igualdad, libertad y autonomía para pactar de consuno derechos y obligaciones correlativas. En consecuencia, el Estado debe limitarse a hacer cumplir los acuerdos pactados y a evitar que los mismos quebranten las normas de orden público consagradas en el estatuto civil. Por supuesto, desde la perspectiva de la Constitución vigente, estas dos premisas son falsas.

En el Estado social de derecho no es de recibo la separación estricta entre derecho público y derecho privado. Las leyes civiles y mercantiles no son hoy las únicas normas aplicables a los contratos entre particulares, pues la Constitución y, en particular, el catálogo de los derechos fundamentales, tiene un notable efecto de irradiación en estos ámbitos. De otro lado, la desigualdad material entre las personas y la correlativa diferencia en términos de libertad y autonomía - sobre la que no es necesario ahondar; basta echar un vistazo a la realidad circundante - han sido expresamente reconocidas por el texto constitucional al imponer al Estado la obligación clara e ineludible de promover las condiciones materiales para que la igualdad sea real y efectiva. En esos términos, la sentencia parece proferida más a la luz del llamado *constitucionalismo clásico* que creía - o quería creer - en un *homo iuridicus* abstracto e ideal, que al amparo del nuevo modelo de Constitución que reconoce la desigualdad material existente y, en consecuencia, la desigual autonomía con la que los hombres acuden a satisfacer, a través del mercado, sus necesidades.

Ya en la práctica, si por ejemplo, una persona *de nacionalidad extranjera* es la única proveedora de un insumo necesario para acometer un proceso productivo nacional, y desea que sus contratos se sometan a las leyes de un Estado distinto, - que, por ejemplo, desconocen normas sobre la calidad del producto o los derechos del consumidor -, nada podría hacer el productor nacional, necesitado de ese insumo. Y no se trata de asuntos banales. Podemos estar hablando de la producción de medicamentos o de alimentos, o del fomento del agro y la industria nacional. La condición de desigualdad en la que se encuentra el comprador nacional, le obligaría a acogerse a las reglas que le impone su contraparte extranjera, no sólo en cuanto respecta a la sustancia del contrato, sino, incluso al ordenamiento en virtud del cual se resolverá un eventual conflicto. Nada más apartado del imperativo constitucional de promover la igualdad real y efectiva, que someter a las personas residentes en el territorio, que por cualquier circunstancia se encuentran en una relación de desigualdad que disminuye su autonomía, a la decisión plenamente autónoma de la parte extranjera, al margen, incluso, de las normas internas que patrocinan la igualdad. Todas las leyes que, en el territorio nacional, garantizan la defensa de los derechos de la parte "débil", quedan reducidas a meros consejos, merced a la voluntad del contratante extranjero. Y, sin embargo, esta ruptura de la igualdad en las condiciones sustanciales de la contratación, no se puede corregir *a posteriori*, a través del mero control del laudo extranjero.

6. Sobre este último asunto, es importante hacer una anotación. La Corte cree resolver los eventuales problemas que podría generar su decisión, al establecer que “el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público”, lo que será verificado a través del procedimiento de *exequatur*, tal y como se establece en el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar, esta advertencia en nada resuelve la discriminación que la decisión establece. En segundo término, está claro que el *exequatur* se limita simplemente a garantizar que no se ejecute en el territorio, una decisión que, franca y abiertamente, contraría las normas de “orden público”. Sin embargo, en este proceso no se hace - ni por su naturaleza se podría hacer - un análisis sustancial de la decisión judicial a fin de identificar si, por ejemplo, el fallador aplicó la hermenéutica constitucional que garantiza la promoción de la igualdad real y efectiva, o las disposiciones internas que protegen los derechos de quien no tuvo oportunidad real de negociar las condiciones del contrato. En otras palabras, este trámite no resuelve los problemas de constitucionalidad que afectan la decisión de la Corte.

7. No sobra indicar que resulta, por lo menos, extraño que la Corte hubiera diseñado, para efectos de realizar un fallo condicionado, la novedosa tesis de que es internacional el contrato celebrado entre dos personas de distinta nacionalidad y, sin embargo, no hubiese advertido que la segunda norma demandada podía ser exequible si se aplicaba a contratos ejecutados en un lugar distinto de aquel en el cual las partes tienen su domicilio. Tesis, esta última, menos novedosa que la primera y, por ello, de más fácil aceptación a la hora de aplicar el principio de conservación del derecho que, supongo, es el que justifica la decisión condicionada.

Lamentablemente, ante la magnitud del daño producido, la única esperanza que queda, para restablecer la igualdad quebrantada, es que el Congreso de la República en el futuro derogue el numeral 3 del artículo 1 demandado. De otra manera, la Corte se verá constreñida a resolver las inconsistencias generadas, a través de decisiones de tutela, sin que ello, necesariamente, garantice un restablecimiento pronto y seguro de la igualdad.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA NO. C-350
Julio 29 de 1 1997

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DERECHO A LA INFORMACION
- Relación / LEY ORDINARIA DE TELEVISION - Imprudencia trámite de
ley estatutaria

El objeto de la ley 335 de 1996 fue regular, de conformidad con los mandatos de los artículos 75, 76 y 77 de la Carta Política, el servicio público de la televisión y no desarrollar y complementar el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la C.P. Dadas las características de dicho servicio público, a través del cual, haciendo uso del espectro electromagnético, bien público de propiedad de la Nación, las personas pueden realizar, y de hecho realizan a nivel masivo en sus diferentes dimensiones el derecho fundamental a la información, pues la televisión les permite a éstas informar, ser informadas y fundar medios masivos de comunicación, es inevitable que sus disposiciones se relacionen con dicho derecho fundamental, es decir que ellas desarrollen o se refieran a algunas facetas de ese derecho, lo que no implica que se identifiquen o confundan el derecho mismo a la información con un medio de comunicación que sirve para su materialización. La ley 335 de 1996, si bien se relaciona con aspectos importantes del derecho a la información, "no llega a regular su núcleo esencial".

POTESTAD REGLAMENTARIA - No es exclusiva del Presidente de la
República

La potestad reglamentaria, que se puede definir como "la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real", en el paradigma del Estado social de derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución. A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la Constitución Política de 1991 consagró un "sistema difuso" de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. En algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos

diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirla inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador. El ejercicio de la potestad reglamentaria le corresponde en principio al Presidente de la República, en otros casos, la competencia del ejecutivo tiene origen directamente en la Constitución. En otros casos, pero con carácter excepcional, el Constituyente extendió directamente la capacidad de ejercer la potestad reglamentaria a otros organismos del Estado.

**JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION -
Inconstitucionalidad facultad dada a Registraduría de reglamentar elección de
miembros**

El Congreso, al desarrollar el artículo 77 de la Carta Política, que le otorgó facultades para “disponer” lo relativo al nombramiento de los miembros de la junta directiva del organismo rector de la televisión a los que se refieren los literales c y d del artículo 1 de la ley 335 de 1996, debía producir, como en efecto lo hizo, “un enunciado abstracto”, cuya realización será posible previa la activación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues ni el Constituyente le otorgó directamente esa facultad a ningún otro organismo del Estado, ni existe ninguna razón válida que justifique y legitime el traslado de la misma, por medio de la ley, a un organismo administrativo, no obstante la especialidad de éste. La potestad reglamentaria en el caso de la norma atacada le corresponde al Presidente de la República, pues no se presenta ninguno de los elementos que harían posible configurar alguna de las excepciones aplicables a ese principio general, motivo por el cual el legislador no podía atribuirla a un organismo como la Registraduría, que está supeditado a los mandatos de la ley y a los reglamentos del ejecutivo, para cumplir con las funciones especializadas que el Constituyente le encomendó.

**JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION -
Asistencia del Ministro de Comunicaciones a sesiones / AUTORIDADES
ADMNISTRATIVAS - Coordinación de actuaciones / COLABORACION
ARMONICA ENTRE ORGANOS DEL ESTADO**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta Política, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, objetivo que en el caso que se analiza se propicia de manera clara a través de la norma impugnada, pues sin afectar la autonomía que el Constituyente le otorgó al ente rector de la televisión, impone a los organismos responsables de la gestión y manejo del espectro electromagnético en lo relacionado con el servicio público de la televisión, un espacio común para la deliberación y coordinación de los asuntos que les atañen, en el cual el titular de la cartera de Comunicaciones podrá manifestarse, a través de opiniones y conceptos, siempre y cuando se refiera a aspectos técnicos que

correspondan a la órbita de su competencia, lo cual no puede entenderse como una interferencia indebida, mucho menos si se tiene en cuenta que la norma atacada autoriza al ministro para "asistir" a la junta directiva de la CNTV, no para constituirse en parte de la misma. Lo cual significa que su actuación no puede en ningún momento obstruir ni invadir la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, y por tanto debe limitarla estrictamente al aspecto que se ha señalado. La imposición de ese espacio común de coordinación, sirve a la realización de las disposiciones del artículo 113 superior, norma que establece que los diferentes órganos del Estado, incluidos los autónomos e independientes, no obstante tener funciones separadas deberán colaborar armónicamente para la realización de sus fines.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Cumplimiento de funciones de ejecución supeditado a la ley

El cumplimiento de las funciones de ejecución de la CNTV está supeditado a la ley, en la medida en que sus normas constituyen el marco que las nutre y las delimita. Cosa distinta es que dicha entidad cuente con autonomía para hacerlo, no pudiendo el legislador, ni sustituirla asumiendo directamente las funciones de dirección y ejecución de la política que el defina, ni invadir sus competencias, como lo señala la actora, a través de normas legales que contengan decisiones que se traduzcan en definiciones concretas sobre aspectos específicos propios del ente ejecutor.

SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION - Determinación de política estatal y dirección / SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION - Régimen de prestación

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Definición

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Otorgamiento

La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado.

CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Sujetos que intervienen

En cuanto a los sujetos que intervienen en la concesión de servicios públicos, se tiene que ellos son: el concedente, que es quien otorga la concesión, que siempre habrá de ser una persona pública; el concesionario, que es a quien se le otorga la concesión que puede ser una persona privada, pública, natural o jurídica; y los usuarios en cuyo beneficio se otorga la concesión.

**CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Relaciones
jurídicas que surgen**

En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan.

**CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Naturaleza
jurídica**

El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.

**CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS - Afectación por
ley posterior / CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS
DE TELEVISION - Modificación por ley posterior que afectan al
concesionario / MOTIVOS DE INTERES PUBLICO -
Debe ceder el interés particular**

Los términos de los contratos de concesión de servicios públicos, incluidos los que adjudican espacios públicos de la televisión, pueden verse afectados por las disposiciones de una ley posterior a aquella que regía en el momento de su celebración, inclusive en lo que tiene que ver con los derechos, obligaciones y prerrogativas del concesionario como contratista particular, siempre y cuando esas nuevas disposiciones traduzcan motivos de interés público o bienestar general, que como tales superen el interés particular: "En suma el interés de la comunidad está siempre por encima del interés del individuo, sea cual fuere el origen de su reconocimiento y protección jurídica... aún en las concesiones de naturaleza contractual el concesionario particular está sujeto a las modificaciones reglamentarias producidas por la administración concedente en atención a las exigencias del servicio público o a los imperativos del interés social".

CONCEPCION PERPETUA DE ESPACIOS DE TELEVISION -
 Inconstitucionalidad de normas que consagraban prórrogas sucesivas e
 ilimitadas

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Igualdad de oportunidades para
 acceder a su uso

En tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo.

PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE
TELEVISION - Restricción acceso uso del espectro electromagnético /
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Democratización en el uso /
PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE
TELEVISION - Prohibición

Si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que "todos" los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta. La prórroga a que se refiere el artículo 40 de la Ley 14 de 1991, se traduciría en un tratamiento preferente para aquellas personas que hayan sido concesionarias, que excluye definitivamente la posibilidad de que otras que no lo hayan sido compitan con ellas, lo cual implica discriminación para las segundas, sin que exista una "justificación objetiva y razonable" que legitime ese distinto trato. Si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, restringía el acceso democrático e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella

constituye una "forma de censura". Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, vulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia.

PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Existencia de expectativa susceptible de modificación por legislador

En el momento en el que el legislador expidió la norma impugnada, "el derecho" a la prórroga no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal estuviera protegido por el artículo 58 superior. Apenas existía una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por parte del legislador, el cual decidió prohibir las prórrogas, con el objeto de propiciar una mayor democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y de garantizar la igualdad de oportunidades para todos aquellos que aspiraran a utilizarlo, para fundar medios masivos de comunicación, decisión que afectó a los contratos vigentes a la fecha de expedición de la norma atacada y a aquellos que se celebren con posterioridad. Es obvio, por sustracción de materia, que la CNTV quedaba relevada de la obligación que tenía, consagrada en el artículo 50 de la ley 182 de 1995, de expedir el reglamento aplicable para determinar si procedía o no dicha prórroga.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION DE CANALES PUBLICOS - Diferencias respecto de contratos de operación de canales privados

No encuentra la Corte que las disposiciones impugnadas violen el derecho a la igualdad del que son titulares los concesionarios de espacios de televisión de canales públicos, pues los supuestos de hecho que sustentan el contrato que ellos celebran con el Estado, son sustancialmente diferentes de los que servirán de base para la celebración de contratos de concesión cuyo objeto será operar canales privados, teniendo el legislador libertad para, a través de la ley, darles un tratamiento diferente.

TELEVISION - Poder de penetración y cobertura

La televisión es el medio masivo de comunicación al que más poder de penetración se le atribuye en la sociedad moderna; a ella se le hace responsable de la consolidación de un nuevo paradigma de vida, un paradigma cuyo epicentro es un individuo que, determinado por la complejidad y densidad del contexto en el que se desenvuelve,

necesita, para relacionarse con otros, para poder realizar actos de comunicación que afectan y determinan su vida diaria, de intermediarios, necesidad que en gran medida suplió la tecnología con la televisión; de hecho, a través de ella se han cimentado las bases de una nueva cultura, en la cual el dominio del poder político y económico lo determina, en gran medida, la capacidad de orientar la toma de decisiones de la opinión pública, decisiones que van desde aquellas relacionadas con el sistema político del que hacen parte las personas, hasta aquellas que caracterizan y definen su cotidianidad, esto es, sus hábitos de consumo. Es tal su poder de penetración y su cobertura, que incluso actualmente se discute si su uso es o no, efectivamente, una decisión libre y personal, o si su fuerza ha hecho de ella una imposición tácita a la cual el hombre de la modernidad, y de la postmodernidad, está supeditado.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Participación en la gestión y fiscalización / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Participación en la gestión y fiscalización del servicio de televisión

La televisión afecta en términos sustantivos la vida diaria del individuo, y que, a través de ella, quienes tengan acceso al uso del espectro electromagnético para fundar medios masivos de comunicación, tendrán la posibilidad de permear el tejido social y de encauzar el derrotero del grupo o comunidad que toman como "objeto", afectando y determinando sus modelos de vida. De ahí que la participación de los individuos que conforman esos determinados grupos o comunidades, en la definición de las políticas que la rijan, en la ejecución de dichas políticas y en la prestación misma del servicio en términos de programación, actividades todas en las que subyacen decisiones que los afectan, en el esquema de un Estado social de derecho, se convierta en un imperativo, en un fin esencial del Estado. Si se tiene en cuenta que la televisión es un servicio público, se encuentra que es obligación ineludible del legislador determinar "las formas de participación" de los usuarios del servicio, en la gestión y fiscalización del mismo y de las entidades responsables de su prestación, con lo que se identifica un fundamento más de rango constitucional para la realización del principio de participación, en lo que a la televisión se refiere, como imperativo en el Estado social de derecho.

PRINCIPIO DE PARTICIPACION CIUDADANA EN SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION

En el caso del servicio público de la televisión, el legislador tiene la responsabilidad de regular, a través del diseño de mecanismos y sistemas eficaces, el principio de participación ciudadana, pues, dadas sus características, la televisión es un servicio que afecta de manera sustancial e indiscriminada la vida de sus usuarios, los cuales, dada la cobertura creciente del mismo, equivalen prácticamente a la totalidad de la población.

**OPERADORES DE CANALES PRIVADOS - Mecanismo de autocontrol /
SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Diseño de mecanismos de
participación ciudadana para la gestión y fiscalización**

El precepto impugnado no regula ni desarrolla sistemas o mecanismos de participación ciudadana para la gestión y fiscalización del servicio público de televisión; dicha norma consagra un mecanismo de auto-control que deberán implementar los operadores de canales privados, cuyas características, en nada contrarían el ordenamiento superior, motivo por el cual la Corte lo declarará exequible, pero en el entendido de que no se trata de la regulación de una forma de participación ciudadana, que permita el ejercicio autónomo e independiente de ese derecho-deber por parte de los usuarios del servicio de televisión, sistema que el legislador deberá diseñar e implementar de manera perentoria y en el menor tiempo posible, pues de lo contrario estaría desconociendo mandatos fundamentales de la Carta Política.

**CANALES NACIONALES DE OPERACION PRIVADA - Sociedades
anónimas / ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Acceso de mayor número
de personas**

La sociedad anónima es, en sentir de esta Corporación, una de las más importantes formas asociativas consagradas en el sistema jurídico económico colombiano, como quiera que a través de ellas se canalizan más recursos de capital para emprender grandes obras o actividades económicas complejas y costosas como sería el caso de la prestación del servicio de televisión a través de los canales nacionales de operación privada. En este orden de ideas, la sociedad anónima, como verdadero factor de desarrollo económico y social, permite la participación democrática del capital en el crecimiento sectorial de las telecomunicaciones. El ajuste de las normas sobre quórum y mayorías, la reestructuración del sistema de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto, la reglamentación del mecanismo de creación de sociedad anónima por constitución sucesiva, entre otras importantes innovaciones, representan un significativo aliciente para el mercado accionario y el acceso de los ciudadanos a la propiedad. La Corte ha determinado que la exigencia de que sean personas jurídicas organizadas como sociedades anónimas es el medio más eficaz para garantizar el acceso del mayor número de personas al uso de un bien público restringido, por razones técnicas, como el espectro electromagnético; porque esa modalidad de sociedad garantiza el desarrollo de los principios de efectividad de los derechos fundamentales y de proporcionalidad, al permitir el ejercicio del derecho a la información de un amplio número de personas naturales, que como accionistas de sociedades anónimas pueden, si lo desean, fundar medios masivos de comunicación. Para la Corte, la norma atacada es constitucional en el entendido de que las sociedades anónimas a las que ella se refiere son sociedades cuyo capital en su totalidad se integra mediante ofertas destinadas al público en general, y siempre que conserven ese carácter, como lo entienden las normas especiales que regulan estas actividades.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Garantía de objetividad e independencia / **COMISION NACIONAL DE TELEVISION** - Directrices que orienten la determinación de la programación de canales públicos / **INRAVISION** - Determinación programación del canal público atendiendo directrices de la CNTV

La garantía de objetividad e independencia en la toma de decisiones, en lo que tiene que ver con el servicio público de la televisión, deriva directamente del artículo 77 de la Constitución, que establece que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución, estará a cargo de un ente autónomo, valga decir de la CNTV. En ese sentido, es claro que la dirección y ejecución de la política que produzca el legislador para el servicio público de la televisión, incluida la definición de directrices que orienten la determinación de la programación de los canales públicos, le corresponde a la CNTV, lo que no es óbice, pues en nada contraría las disposiciones de la Carta Política, para que una entidad estatal como Inravisión, en su calidad de operador de los canales públicos, esté habilitada para determinar la programación del canal de interés público, canal educativo o Señal Colombia, tal como lo establece la norma impugnada, siempre y cuando lo haga, en cumplimiento del artículo 77 de la C.P., siguiendo las directrices, políticas y orientaciones de la CNTV, pues sólo así se garantizará la objetividad en la información y el interés general.

ESTADO Y CONCESIONARIO DE ESPACIOS PUBLICOS Y CANALES PRIVADOS DE TELEVISION - Trato diferenciado en términos contractuales

Las relaciones entre el Estado y los concesionarios de espacios públicos de televisión, y entre el Estado y los concesionarios de canales privados, son de fondo diferentes, por lo que generan dos tipos de contratos, cuyos supuestos de hecho son distintos, lo que implica que en principio no exista razón válida para que el legislador esté obligado a brindarles a los contratistas de unos y otros un tratamiento idéntico; en el primer caso, el Estado se reserva la operación directa de unas frecuencias del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de la televisión, dando en concesión espacios a particulares seleccionados mediante el proceso de licitación; en el segundo las frecuencias las asigna, también por licitación, a particulares, personas jurídicas, que directamente operarán el canal. Es claro entonces que los supuestos de hecho que sirven de sustento para definir las condiciones mismas de la prestación del servicio, en términos contractuales, determinan diferencias sustanciales.

CONCESIONARIO DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Espacios para transmisión de programas institucionales cubre canales privados

En cuanto a la acusación de violación por parte del legislador del artículo 1 de la Carta, por anteponer el interés particular de los operadores privados de televisión al

interés general, al no atribuirles a éstos las obligaciones que si les impuso a los concesionarios de espacios públicos, de destinar espacios para la transmisión de programas institucionales que desarrollen asuntos de interés general o utilidad común, vale aclarar, que la omisión en el texto de la norma impugnada no exonera a los operadores privados de las obligaciones que se derivan del ordenamiento superior, ni a las autoridades pertinentes de producir la normativa que sea necesaria para el efecto, normativa que obviamente deberá atender las características y la naturaleza de las relaciones que establece el Estado con dichos operadores, consignadas en los contratos de concesión que con ellos celebre, que como quedó dicho, son esencialmente diferentes a las de los concesionarios de espacios públicos de televisión. Las obligaciones que la norma impugnada impone a los concesionarios de las cadenas 1 y A, también cubren a los concesionarios de canales privados, los cuales, valga recordar, deberán reservar el 5% del total de su programación para presentación de programas de interés público y social; esas obligaciones deberá fijarlas la CNTV, en una razonable proporción, en los contratos de concesión que celebre con los operadores privados, por tratarse de la prestación de un servicio público.

TELEVISION SATELITAL - Determinación de política por legislador y dirección y ejecución por CNTV

El Congreso determinó la política que se deberá aplicar en materia de televisión satelital, la cual deberá ser dirigida y regulada por el ente rector de la televisión tal como lo ordena la Constitución, con lo que se da cabal cumplimiento a los artículos 76 y 77 superiores, que definen el régimen especial aplicable cuando se trata del servicio público de la televisión, que le atribuye al legislador la definición de la política general aplicable y a un ente autónomo, la CNTV, la dirección y ejecución de la misma, régimen que materializa, para el caso específico de la televisión, el mandato del artículo 365 de la Carta Política.

DERECHO A LA INFORMACION - Derecho complejo

En nuestro ordenamiento superior el derecho a la información tal como se plasmó en el artículo 20 de la C .P., corresponde a lo que se denomina un derecho complejo, en cuanto incluye, y así quedó consagrado en el mandato superior, como objeto de protección las diferentes formas y manifestaciones a través de las cuales los individuos pueden realizarlo: el derecho a la libertad de expresión, el derecho a informar y recibir información veraz, objetiva e imparcial, y el derecho a fundar medios masivos de comunicación. Eso implica que la información que se suministre a través de medios masivos de comunicación, específicamente de la televisión, debe reunir unas especiales características para que contribuya efectivamente a la realización paralela de los derechos fundamentales de cada individuo receptor, específicamente de aquellos a los que se refiere el artículo 20 de la Constitución y no contraríe ninguna disposición del ordenamiento superior.

INFORMACION POR TELEVISION - Alcance

A diferencia de la prensa escrita, que le permite al receptor analizar la información que se le brinda, confrontarla, discernirla, volver a ella una y otra vez, la información que proviene de medios masivos como la televisión, es una información en extremo concisa, fragmentada, con la cual se "bombardea" al espectador, quien apenas tiene tiempo de captar las imágenes, previa y unilateralmente seleccionadas por el emisor, y de escuchar la interpretación que de las mismas éste hace. Tales diferencias hacen necesario singularizar algunas de las características del derecho a la información, en cuanto derecho a recibirla y suministrarla y en cuanto posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, cuando ellos se realizan a través de la televisión

DERECHO A LA INFORMACION - Incremento progresivo de participación de ciudadanos

Se evoluciona del modelo de representación al modelo de participación, el cual encuentra posibilidad de realización en los procesos comunicativos que se desarrollan a partir del uso de los medios masivos de comunicación, los cuales tienen la capacidad de facilitar, o entorpecer si lo hacen con irresponsabilidad, la adopción de decisiones públicas a través de la dialéctica, "del diálogo de argumentos y de intereses" de todos los participantes. Así como una comunicación libre es requisito esencial para la existencia de una sociedad libre, una comunicación abierta a todos, en igualdad de condiciones, es indispensable para la realización del Estado democrático.

DERECHO A LA INFORMACION POR TELEVISION - Alcance / DERECHO A LA INFORMACION - Realización efectiva como garantía de la democracia

La realización del derecho fundamental a la información, a través de un medio masivo de comunicación como la televisión, incide de manera definitiva en el proceso de conformación de la opinión pública, que es la que tiene la responsabilidad, en un Estado democrático y participativo, de legitimar o deslegitimar el ejercicio del poder, capacidad de la cual dependerá el fortalecimiento y consolidación de la democracia. Lo anterior implica, que cualquier interferencia en ese proceso, bien sea que provenga del poder político, del poder económico, o de los mismos medios, atenta no sólo contra los derechos individuales de las personas comprometidas, actores en el proceso, sino contra las bases y fundamentos del Estado democrático.

DERECHO A RECIBIR INFORMACION - No interferencia poderes del Estado y producción de normativa necesaria

La garantía del libre ejercicio del derecho a recibir información, implica la garantía paralela de no interferencia de los poderes del Estado en la obtención, producción y

suministro de la misma por parte de los medios masivos de comunicación, y exige de dichos poderes públicos la producción de la normativa necesaria para impedir que otras fuerzas sociales obstruyan su ejercicio.

EL ESTADO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION - Responsabilidades

El Estado frente a los medios masivos de comunicación, asume tres tipos de responsabilidades: el primero, no interferir, obstruir o impedir, haciendo un uso del poder que detenta, el desarrollo libre y autónomo de las funciones que les competen a dichos medios; el segundo, producir, a través de los órganos legitimados para el efecto, la normativa que sea necesaria para impedir que otras fuerzas sociales o poderes impidan el ejercicio del derecho a informar, a ser informado y a fundar medios masivos de comunicación, sin violar con ello las demás disposiciones del ordenamiento superior; y el tercero, propiciar y garantizar el ejercicio pleno por parte de todos sus titulares de los derechos fundamentales, los cuales a su vez son garantía del desarrollo efectivo del derecho a la información.

MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION - Emisión de información de manera objetiva

Quien emite la información, especialmente a través de medios masivos de comunicación y específicamente de la televisión, dada la cobertura que tiene su labor y el impacto de la misma en la opinión pública, está en la obligación de hacerlo de manera objetiva, ciñéndose a los hechos, orientando a la opinión pública y de ser el caso alertándola, pero nunca manipulándola para imponer sus propias convicciones o hacerla útil a sus intereses, pues con ello no sólo vulneraría los derechos fundamentales de terceros, sino que atentaría contra los fundamentos mismos del Estado democrático.

PRINCIPIO DE EQUILIBRIO INFORMATIVO - Información veraz, imparcial y objetiva/SOBREINFORMACION - Alcance

El emisor necesita de garantías, especialmente por parte del Estado, que le permitan cumplir con su función de manera oportuna, sin interferencias ni presiones, de tal forma que a su vez él pueda garantizar una información "veraz, imparcial y objetiva", producto de la aplicación del principio de equilibrio informativo, que se traduce, según lo expertos, en la capacidad de evitar el fenómeno de la sobre-información, entendida como exceso de información, que la ahoga, "al someter al receptor a una lluvia de eventos sobre los cuales éste no puede meditar por cuanto son expulsados inmediatamente por otros acontecimientos, impidiéndole observar, percibir los contornos, los matices que aportan los fenómenos, y encegucándolo con un alud informativo que banaliza los hechos".

SUBINFORMACION - Alcance

El emisor ha de evitar el fenómeno de la sub- información, bien sea que se origine en él o en el Estado, entendida ésta como información superficial, escasa, dirigida, la cual antes que profundizar en la realidad la desdibuja; por eso sirve a los objetivos de manipulación y especialmente de desinformación; cuando ella se impone por parte del Estado, lo que éste pretende es no dejar "ver" lo que acontece, "el sistema camufla la verdadera información y el temor que este mismo inspira hace decir a cada cual lo que le toca decir".

PSEUDOINFORMACION - Alcance

En cuanto a la pseudo-información, falsa información, la prohibición de producirla se convierte para el emisor en un imperativo ético, cuyo desconocimiento vulnera no sólo al individuo, el cual aspira a encontrar en los medios de comunicación un instrumento mediático, "...que lo ponga en contacto con mundos diversos a partir de los cuales el puede ejercer su autonomía", sino a la sociedad entera que ve afectada su capacidad de participación y decisión en cuanto demos soberano, lo que implica que la prohibición asuma también el carácter de imperativo jurídico.

MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION - Surgimiento de la responsabilidad

La responsabilidad de los medios masivos de comunicación no se limita a asumir y aceptar las decisiones judiciales cuando el receptor, que se considere afectado con su función, adelante acciones concretas ante esas instancias, ella surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de información por parte de un determinado medio de comunicación.

MEDIOS DE COMUNICACION - Necesidad de evitar presiones e interferencias

La obligación del Estado de rodear a los medios de comunicación de todas las garantías que sean necesarias para que éstos puedan cumplir con la función social que les corresponde, dado que su desarrollo y funcionamiento constituyen base fundamental de un Estado democrático, evitando presiones e interferencias provenientes de los poderes que lo conforman, o de otros poderes o fuerzas de la sociedad, va paralela a la obligación de los medios de ejercer su derecho a informar y cumplir sus funciones con responsabilidad. Es decir, que el punto de equilibrio que requiere una sociedad democrática cuyo paradigma es el Estado social de derecho, se encuentra en el momento en el que coinciden unos medios de comunicación libres, profesionales, no supeditados ni vinculados a ningún poder, esto es responsables, y un Estado cuyos poderes se hayan constituido legítimamente, respetuoso y promotor de la libertad de información

en sus diferentes manifestaciones, y sometido a los mandatos que sobre la materia contienen la Constitución y la ley, que acepte como sustento del sistema democrático el papel fiscalizador y orientador de los medios de comunicación, sin pretender obstruirlos o impedir que ejerzan su función esencial.

MEDIOS DE COMUNICACION - Alcance de la responsabilidad

La responsabilidad de los medios implica el cumplimiento de una labor orientadora, pedagógica, que a tiempo que informe también eduque para el ejercicio de la libertad, concepto que en ética equivale al ejercicio de la autonomía, tarea muy delicada, que exige los más altos niveles de profesionalismo e independencia, pues si se sobrepasan sus linderos, se incursiona en el terreno de la manipulación.

LIBERTAD DE INFORMACION - Límites

El periodista y en general los medios de comunicación, tienen derecho a informar libremente, lo que significa tener acceso a la fuentes de información, seleccionar lo que cabe como noticia y la forma de presentarla, sin presiones ni interferencias de ninguna clase u origen, mucho menos del Estado, pero esa libertad encuentra límite en el deber ineludible de suministrar a sus receptores información veraz y objetiva, lo que exige, entre otras cosas, y así usualmente lo consignan en los códigos deontológicos que esos colectivos se imponen, fundamentar y contrastar la información antes de entregarla al público, no confundir la información con la opinión, rectificar, si es del caso, informaciones falsas o imprecisas, valerse de métodos dignos para obtener información, no aceptar gratificaciones de terceros, ni utilizar en beneficio propio informaciones; sólo así contribuirán al fortalecimiento de la democracia y por ende a la realización del paradigma propio del Estado social de derecho.

MEDIOS DE COMUNICACION - Dimensiones de la responsabilidad social

La responsabilidad en la primera de las dimensiones es un ejercicio que compete y se agota en el mismo medio de comunicación, en el emisor, quien se presume cuenta con la suficiente capacidad para dotar de responsabilidad todas las actuaciones que debe surtir en el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información que transmite. Esta dimensión no admite intervención del Estado, pues cualquiera se convertiría fácilmente en censura; por el contrario, la segunda dimensión, que sólo cobra vigencia si la primera por cualquier circunstancia ha sido ineficaz, es impuesta y exigida por los poderes del Estado; ella es concreta, específica, referida a una situación particular, y se ocasiona única y exclusivamente si el receptor que se siente afectado impulsa ante las autoridades competentes las acciones que le brinda la ley: tutela, acciones de tipo penal, acciones de tipo civil tendientes a que los perjuicios sean resarcidos, etc.

DERECHO A LA INFORMACION - Límites no pueden confundirse con censura

Los límites al ejercicio del derecho fundamental a la información, no se pueden confundir con la censura. Los límites sirven para evitar que colisionen entre sí los diferentes derechos fundamentales, o para determinar, en una situación concreta, si efectivamente hubo o no vulneración de un derecho en pro de desarrollar otro de la misma categoría; caso distinto es el de la censura, la cual consiste "en una limitación concreta, más perfilada que los límites... que se opone a la libertad de expresión del pensamiento: una restricción de la posibilidad de actuar sin trabas que es característica de la prensa, que cuenta con una amplia tradición en los Estados autoritarios".

EVALUACION DE INFORMACION POR COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Constituye censura

El legislador tiene plena capacidad, si lo considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la C.P., para determinar como política aplicable al servicio público de la televisión, la evaluación periódica de los contratos de concesión que se celebren para la prestación del mismo, no de la información que éstos suministren. Lo que no puede hacer, como en efecto lo hizo, es ordenar que se evalúe la información que ellos entregan al público, pues ello implica convertir ese procedimiento en un instrumento de censura a su servicio, lo que además de atentar contra los fundamentos mismos de la democracia, viola flagrantemente el artículo 20 de la Constitución y desconoce tratados internacionales suscritos por el país dando paso también a la violación del artículo 93 superior. La evaluación tal como quedó consignada en el párrafo impugnado, es un instrumento de censura y lo es, entre otros, por los siguientes motivos: Porque el ejercicio libre de interferencias por parte de todos los titulares del derecho a la información en sus distintas manifestaciones, es condición esencial para que se conforme una sólida y libre opinión pública, a la cual le corresponderá legitimar o no los poderes constituidos, actuación con la que contribuirá de manera definitiva a la consolidación o debilitamiento de la democracia; en consecuencia, la evaluación, al impedir y obstaculizar la libre conformación de la opinión pública, que a su vez ocasiona la obstrucción del ejercicio del derecho a la libre participación de los ciudadanos en los asuntos que los afectan, la cual encuentra posibilidades de realización en los procesos comunicativos que se realizan a través de los medios masivos de comunicación, ocasiona la violación de los artículos 1 y 2 de la C.P. Propicia los fenómenos de la sub-información y la pseudo-información, lo que contradice el núcleo esencial de los derechos consagrados en el artículo 20 de la C.P.

EVALUACION CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Atribución legislativa de competencia perteneciente a la CNTV

*El legislador podía determinar como política aplicable al servicio público de la televisión la evaluación periódica del desarrollo de los contratos de concesión, no de la información u opiniones que los medios beneficiarios de los mismos transmitan a través de su programación; sin embargo no se limitó a definir como política esa evaluación periódica de los contratos de **concesión** celebrados para la prestación del servicio público de la televisión, sino que la desarrolló minuciosa y detalladamente, estableciendo los criterios y parámetros a aplicar, los puntajes máximos para cada uno de ellos, y las consecuencias que se producirán ante la no obtención de los mínimos por él establecidos; es decir, que para la materia se auto-proclamó interventor y ejecutor y convirtió al ente rector de la televisión, que es un ente autónomo e independiente, en su instrumento para efectuar un ejercicio cuya finalidad es decidir si se aplica o no a los concesionarios del servicio público de la televisión una sanción: la declaratoria de caducidad, lo cual sin duda vacía de contenido las funciones de intervención y dirección que según la Constitución le corresponden a la CNTV, y acarrea la violación de los artículos 76 y 77 de la Constitución, además del desconocimiento de los mandatos de los artículos 121 y 136 superiores, pues el legislador se atribuyó a sí mismo una función que la Constitución le otorgó a otra autoridad.*

Ref.: Expedientes D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574 (acumulados).

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial), 2, 8, 10 (parcial), 11 (parcial), 13 (parcial), 16 (parcial), 20 (parcial), 21 (parcial), 25, 26, 28 (parcial) de la Ley 335 de 1996, "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones".

Actores: Gustavo Petro Urrego, José del Carmen Cuesta Novoa, Andrés Martínez, José Angel Fonseca Cadena, Luis Antonio Vargas Alvarez, Marcela Monroy Torres, María Teresa Garces Lloreda, Carlos Dario Barrera Tapias, Javier Dario Restrepo, María Teresa Herrán de Restrepo, Augusto Ramírez Ocampo y Armando Novoa García.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

ANTECEDENTES

A través de escritos independientes, posteriormente acumulados por decisión de la Sala Plena de la Corte, adoptada el día 23 de enero de 1997, los ciudadanos Gustavo Petro Urrego, Jose Del Carmen Cuesta Novoa, Andres Martinez, Jose

Angel Fonseca Cadena, Luis Antonio Vargas Alvarez, Marcela Monroy Torres, Maria Teresa Garces Lloreda, Carlos Dario Barrera Tapias, Javier Dario Restrepo, Maria Teresa Herran, Augusto Ramirez Ocampo Y Armando Novoa Garcia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Nacional, presentaron ante la Corte Constitucional las demandas de la referencia contra los artículos 1 (parcial), 2, 8, 10 (parcial), 11 (parcial), 13 (parcial), 16 (parcial), 20 (parcial), 21 (parcial), 25, 26, 28 (parcial) de la Ley 335 de 1996, "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones".

Una vez admitidas las demandas, se ordenó la práctica de las comunicaciones de rigor constitucional y legal, se fijaron en lista los negocios y simultáneamente se dio traslado de los mismos al Despacho del Procurador General de la Nación, señalándole, que con fundamento en el artículo 9 del Decreto 2067 de 1991, algunos de los actores solicitaron a la Corte trámite de urgencia para las demandas por motivos de interés público y que esta Corporación había decidido darle dicho trámite al proceso.

LAS NORMAS ACUSADAS

El texto de las disposiciones acusadas es del siguiente tenor:

*"LEY 335 DE 1996
(diciembre 20)*

"Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea, la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones

EL Congreso de Colombia

DECRETA:

"Artículo 1º. El artículo 6o. de la Ley 182 de 1995 quedará así:

"La Comisión Nacional tendrá una Junta Directiva compuesta por cinco (5) miembros, los cuales serán elegidos o designados por un período de dos (2) años, reelegibles hasta por el mismo período, de la siguiente manera:

"a) Dos (2) miembros serán designados por el Gobierno Nacional;

"b) Un (1) miembro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión, según reglamentación del gobierno nacional para tal efecto;

"c) Un (1) miembro de las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas con personerías jurídicas vigentes por los siguientes gremios que participan en la realización de la televisión: Actores, directores y libretistas, productores, técnicos, periodistas y críticos de televisión, elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas. El acto administrativo de legalización y posesión los hará el Presidente de la República.

*"La Registraduría Nacional del Estado Civil **reglamentará y vigilará** la elección nacional del respectivo representante;*

"d) Un (1) miembro por las ligas y asociaciones de padres de familia, ligas de asociaciones de televidentes, facultades de educación y de comunicación social de las universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente. Elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas.

"El acto administrativo de legalización y posesión lo hará el Presidente de la República.

*"La Registraduría Nacional del Estado Civil **reglamentará y vigilará** la elección nacional del respectivo representante.*

"Parágrafo transitorio. Las elecciones y designaciones a que se refiere este artículo, tendrán lugar para la integración de la Junta Directiva que reemplazará a la actual, al finalizar el período de cuatro (4) años para el cual fueron elegidos y designados sus miembros.

"Artículo 2°. El titular del Ministerio de Comunicaciones podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión con voz pero sin voto. Para tal efecto el Secretario de la Junta citará con anticipación al Ministro y le enviará la relación de los temas a tratar.

"Artículo 8. El artículo 43 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

«Artículo 43. Régimen de prestación del servicio de televisión por suscripción. A partir de la presente ley la Comisión reglamentará las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto.

»Parágrafo 1°. Con el fin de fomentar la formalización de la prestación del servicio de televisión por suscripción, de manera tal que la Comisión Nacional de Televisión pueda así efectuar los recaudos de los derechos que corresponden al Estado y velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo con la legislación nacional y los acuerdos

internacionales sobre la materia y a fin que esta entidad pueda regular y controlar la calidad de tal servicio en forma efectiva, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, la Comisión Nacional de Televisión deberá elaborar e implementar un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada a un plazo de cinco (5) años, el cual debe consultar, además de los mandatos generales de esta ley, las siguientes directrices:

»El Plan promoverá prioritariamente, la creación de servicios zonales y Municipales o Distritales, de acuerdo con la población censada en el último censo elaborado por el DANE en el año de 1993.

»1. Nivel Zonal.

»A partir de la vigencia de la presente ley, se crean las siguientes zonas para la prestación del servicio de televisión por suscripción.

»a. Zona norte, compuesta por los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia y Sucre.

»b. Zona central, compuesta por los departamentos de Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

»c. Zona Occidental, compuesta por los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca.

»En cada una de las zonas anteriormente señaladas y considerando su población total, la Comisión Nacional de Televisión adjudicará una concesión por cada 3.000.000 de habitantes.

»Los prestatarios del nivel zonal podrán extenderse a otras zonas y cubrir la totalidad del territorio, siempre y cuando hayan cumplido con los programas planteados a la Comisión Nacional de Televisión en el marco de la respectiva licitación pública.

»2. Nivel Municipal o Distrital:

»a. Se adjudicará una concesión en municipios cuya población sea inferior a un millón (1.000.000) de habitantes ;

»b. Se adjudicarán hasta dos concesiones en municipios o distritos cuya población esté comprendida entre un millón uno (1.000.001) y tres millones (3.000.000) de habitantes;

»c. Se adjudicarán hasta tres concesiones en municipios o distritos cuya población supere los tres millones (3.000.000) de habitantes.

»(...).¹

»Artículo 10°. El artículo 49 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

«Todos los contratos de concesión que se celebren a partir de la vigencia de la presente Ley, serán adjudicados por las dos terceras partes de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y ésta podrá delegar su firma en el Director de la entidad.

»El término de duración de los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública, que se adjudiquen para programación general y para realización de noticieros a partir del 1o. de enero de 1998, será de seis (6) años, de acuerdo con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión para el efecto.

»En todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables.

»Además de las causales de caducidad previstas en la ley, darán lugar a la terminación del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, aquellas causales pactadas por las partes.

»Hasta el 1o. de enero de 1998, el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión a que se refiere la Ley 14 de 1991, seguirá siendo manejado por el Instituto Nacional de Radio y Televisión. A partir de esta fecha, los concesionarios con contratos vigentes, deberán estar inscritos en el registro único de operadores del servicio de televisión a que se refiere el literal a. del artículo 48 de la Ley 182 de 1995. Para este efecto, Inravisión deberá remitir la información correspondiente a la Comisión Nacional de Televisión.

»La Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión, teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso de los servicios de televisión, el pluralismo informativo y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

»Parágrafo transitorio. Sin perjuicio de lo estipulado en la presente ley con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, otorgados mediante licitación Pública número 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996, se respetarán los términos originalmente convenidos para su vigencia pero sin opción de prórroga alguna».

"Artículo 11. Los operadores privados del servicio de televisión deberán reservar el 5% del total de su programación para presentación de programas de interés público y social. Uno de estos espacios se destinará a la Defensoría del Televidente. El Defensor del televidente será designado por cada operador privado del servicio de televisión.

"Artículo 13. El artículo 56 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

«A partir del 1o. de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

»Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

»Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

»En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

»De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

»Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

»No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.

»...».

"Artículo 16. El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

«El Instituto Nacional de Radio y Televisión es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa Industrial y Comercial del Estado conformada

por la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura. Tendrá como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión. Así mismo corresponde a Inravisión la **determinación de la programación**, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la Televisión Cultural y Educativa en los términos de la presente Ley.

»Inravisión tendrá autonomía presupuestal y administrativa de acuerdo con su naturaleza jurídica y en desarrollo de su objeto social podrá constituir entre sí o con otras personas naturales jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación y autorización y a sus respectivos estatutos.

»El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquel que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión.

»Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior.

»En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto.

»Trimestralmente la CNTV enviará a las honorables Comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación pormenorizada de las transferencias. Si las honorables Comisiones encontrasen que las transferencias materia de este artículo no fuesen suficientes, procederá a ejercer sobre la Comisión Nacional de Televisión el respectivo control político. La señal del canal Cultural, Educativo y Recreativo del Estado o Señal Colombia de Inravisión, será de carácter y cubrimiento nacional en las bandas que ofrezcan las mejores condiciones técnicas de calidad y cubrimiento.

»Salvo el Director Ejecutivo, el secretario General, los Subdirectores, los Jefes de Oficina y de División, los demás funcionarios seguirán como trabajadores oficiales y gozarán del amparo que la Constitución y la presente ley les otorga.

»Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público.

»Parágrafo 1o. Inravisión será el responsable de determinar la programación del Canal de Interés Público o Señal Colombia.

»Parágrafo 2o. Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de Desarrollo de la Televisión pública, y será pagadero trimestralmente.

»Previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 182 de 1995, la CNTV teniendo en cuenta los estudios pertinentes, decidirá el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley, previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones.

»...».

”Artículo 20. La Cadena tres emitirá la Televisión Educativa, de acuerdo con la programación definida por Inravisión, de conformidad con los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional y las funciones establecidas para la Comisión Nacional de Televisión.

”Incluirá programas de educación formal no formal e informal, de educación laboral, de bachillerato que actualmente divulga la Radio Nacional de atención educativa a poblaciones y de educación sobre el ambiente, dirigidos a niños, jóvenes y adultos, sin distingo de raza, religión y condición social.

”De la misma manera, las cadenas Uno, y A cederán espacios a las instituciones gubernamentales para la emisión de programas encaminados a la educación de los ciudadanos, especialmente en áreas de salud, educación, servicios públicos, desarrollo cultural, derechos humanos y economía solidaria. **Para ello la Comisión Nacional de Televisión oír las propuestas del Gobierno Nacional y dará prioridad a estos programas.**

”Parágrafo 1o. Las asignaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de los programas a que se refiere este artículo, se harán de acuerdo con lo que para el efecto disponga el Plan nacional de Desarrollo, y atendiendo las propuestas para sus presupuestos de gastos y que para tales efectos presenten los Ministerios de Comunicaciones, de Educación Nacional, la Dirección General de Inravisión y la Comisión Nacional de Televisión.

”Parágrafo 2o. El Estado garantizará a los grupos étnicos el acceso permanente el uso del espectro electromagnético y a los servicios públicos de Telecomunicaciones y medios Masivos de Comunicación del Estado, la creación de sus propios medios de comunicación en sus diferentes modalidades y la

realización del Plan de Desarrollo para los grupos étnicos, con criterio de equidad, reconocimiento de la diferenciación positiva, la igualdad de oportunidades y justicia distributiva acorde a la Legislación de las Comunidades, con el objeto de garantizar sus derechos étnicos, culturales y su desarrollo integral.

"Ordéñese al Ministerio de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión que a partir de un mes de sancionada la ley, expidan de manera especial los mecanismos legales necesarios para tal efecto acorde a las leyes de los grupos étnicos.

"Artículo 21. El servicio de televisión satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee para este sistema, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca. Cuando a través de este sistema se presten otros servicios de telecomunicaciones se requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

"En todo caso cualquiera que sea la reglamentación o permiso siempre causará el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que determine.

"...

"Artículo 25. A partir de la vigencia de la presente Ley para evaluación y declaratoria de caducidad de los contratos de concesión vigentes o que se celebren con posterioridad a esta Ley para la prestación del servicio público de televisión, la Comisión Nacional de Televisión, deberá tener en cuenta entre otros criterios, los siguientes parámetros:

"Sobre un puntaje total de 1.000 puntos, el concesionario deberá cumplir con un mínimo del ochenta por ciento (80%) de dicho puntaje total así:

"Puntos

| | |
|--|-------|
| - Contenido de la programación | 250 |
| - Calidad de la programación | 300 |
| - Cumplimiento de las obligaciones contractuales | 350 |
| - Experiencia | 100 |
| | <hr/> |
| "Total | 1.000 |

"Sin perjuicio de las demás causales previstas en la ley y en las estipulaciones contractuales, los contratos que no obtengan el ochenta

por ciento (80%) del puntaje indicado o que no hayan obtenido al menos 200 puntos para el renglón de contenido, y al menos 300 puntos para el renglón de cumplimiento de las obligaciones contractuales, deberán ser objeto de declaratoria de caducidad, entendiéndose que el no cumplimiento de estas condiciones afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato de forma tal que conduce a su paralización.

"Parágrafo. En los contratos para la realización de noticieros y programas de opinión, se evaluará y calificará el renglón de contenido en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado.

"La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

"Artículo 26. A más tardar en febrero de 1997 la Comisión Nacional de Televisión deberá evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los actuales concesionarios de espacios de televisión vigentes, de conformidad con las normas y principios vigentes para la época de su celebración.

"Esta revisión deberá efectuarla por lo menos cada seis (6) meses.

"...

"Artículo 28. Deróganse los artículos 11, artículo 36, numeral 2o., artículo 37, numeral 2o. artículo 38, artículo 39, artículo 40 y artículo 50 de la Ley 182 de 1995. En general se derogan y modifican las disposiciones legales y reglamentarias que sean contrarias a lo previsto en la presente ley. En las materias no reguladas por la presente ley se aplicará lo dispuesto en las Leyes 14 de 1991 y 182 de 1995.

"...".

LA DEMANDA

A. Normas constitucionales que se consideran infringidas.

Los demandantes consideran que las disposiciones acusadas vulneran los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 16, 20, 25, 26, 29, 58, 73, 74, 75, 76, 77, 83, 93, 103, 112, 113, 120, 122, 136, 150, 189 num.11, 152 lit.a, 153, 333, 334, 336, 365. Uno de los actores también considera violado el numeral 3 del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

B. Competencia.

Por dirigirse las demandas contra disposiciones que forman parte de una ley de la República, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, según lo dispone el artículo 241-4 de la Carta Política.

Consideración Previa.

Dado el número de artículos demandados, algunos de los cuales son impugnados por varios de los actores, y los diversos argumentos que ellos presentan para sustentar las respectivas acusaciones, la Corte Constitucional se pronunciará de conformidad con el siguiente esquema metodológico: realizará el análisis individual y específico de cada una de las disposiciones acusadas, para ello en cada caso transcribirá el texto de la norma subrayando las disposiciones impugnadas, señalando a continuación los cargos que contra ella se formulen y las disposiciones de la Carta que se consideran vulneradas; luego se sintetizará el correspondiente concepto del Ministerio Público, así como el de otros intervinientes si los hubiere; posteriormente se consignarán las consideraciones de la Corte que servirán de fundamento a la respectiva decisión.

C. Fundamentos de la demanda.

¿La ley 335 de 1996, de la cual hacen parte las disposiciones impugnadas, debió tramitarse y expedirse como una ley estatutaria?

Previo al análisis de cada una de las disposiciones impugnadas, la Corte resolverá la acusación presentada por la libelista Marcela Monroy Torres, en el sentido de que la ley 335 de 1996, ley ordinaria, debió ser tramitada y expedida como una ley estatutaria, pues de prosperar la solicitud de inexecutable sustentada en ese argumento, no habría lugar al análisis de los demás cargos de inconstitucionalidad.

La acusación específica de la actora se puede sintetizar de la siguiente manera: dado que el legislador, a través de las disposiciones de la ley 335 de 1996, desarrolló aspectos relacionados con el derecho fundamental a la información, y específicamente adoptó medidas que restringen la libertad de expresión, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a del artículo 152 de la C.P., ésta debió tramitarse como una ley estatutaria; en consecuencia, al haber sido tramitada y expedida como una norma legal ordinaria, el legislador incurrió en la violación del mencionado artículo 152 superior.

El artículo 152 de la C.P. dice:

“Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

"a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.

"b. Administración de justicia.

"c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos ; estatuto de la oposición y funciones electorales.

"d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.

"e. Estados de excepción".

La pregunta que deberá resolver la Corte, es si efectivamente, a través de la Ley 335 de 1996, por la cual se modificó parcialmente la Ley 14 de 1991 y la ley 182 de 1995, se creó la televisión privada en Colombia y se dictaron otras disposiciones; se reguló, como lo afirma la actora, el derecho fundamental a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución, pues si ello se verifica, esa materia en efecto debería haber sido tramitada a través de una ley estatutaria.

Si se tiene en cuenta que la Ley 14 de 1991 dictó normas sobre el servicio de la televisión y radiodifusión oficial, y que la ley 182 de 1995 reglamentó el servicio de televisión y formuló políticas para su desarrollo y para la democratización del acceso al mismo, a tiempo que estableció normas para la contratación de los respectivos servicios y reestructuró las entidades del sector de telecomunicaciones, es claro que el objeto de la Ley 335 de 1996 fue regular, de conformidad con los mandatos de los artículos 75, 76 y 77 de la Carta Política, el servicio público de la televisión y no desarrollar y complementar el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la C.P.

Ahora bien, dadas las características de dicho servicio público, a través del cual, haciendo uso del espectro electromagnético, bien público de propiedad de la Nación, las personas pueden realizar, y de hecho realizan a nivel masivo en sus diferentes dimensiones el derecho fundamental a la información, pues la televisión les permite a éstas informar, ser informadas y fundar medios masivos de comunicación, es inevitable que sus disposiciones se relacionen con dicho derecho fundamental, es decir que ellas desarrollen o se refieran a algunas facetas de ese derecho, lo que no implica que se identifiquen o confundan el derecho mismo a la información con un medio de comunicación que sirve para su materialización.

La televisión es un servicio público, como tal regido por las disposiciones de los artículos 76, 77, 365 y 369 de la C.P, que le atribuyen al legislador ordinario competencia para establecer el régimen jurídico al cual estarán sometidos, y para regular lo referido a los derechos y deberes de los usuarios del mismo, el régimen para su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio, aspectos todos que se desarrollan

en la ley 335 de 1996, la cual si bien se relaciona con aspectos importantes del derecho a la información, “no llega a regular su núcleo esencial”¹, por lo que no le asiste razón a la demandante cuando afirma que dicha ley debió tramitarse como una ley estatutaria.

Las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales, ha dicho la Corte,

“...tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se vaciaría la competencia del legislador ordinario...”

“Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Con base en los anteriores argumentos la Corte desestima la acusación de la actora, que sostiene que la Ley 335 de 1996, al tramitarse como una ley ordinaria, desconoció los mandatos del literal a. del artículo 152 de la Constitución Política.

Artículo 1º, Ley 335 de 1996.

“Artículo 1º. El artículo 6o. de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“La Comisión Nacional tendrá una Junta Directiva compuesta por cinco (5) miembros, los cuales serán elegidos o designados por un período de dos (2) años, reelegibles hasta por el mismo período, de la siguiente manera:

“a) Dos (2) miembros serán designados por el Gobierno Nacional;

“b) Un (1) miembro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión, según reglamentación del gobierno nacional para el efecto;

“c) Un (1) miembro de las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas con personerías jurídicas vigentes por los siguientes gremios que participan en la realización de la televisión: Actores, directores y libretistas, productores, técnicos, periodistas y críticos de televisión, elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas. El acto administrativo de legalización y posesión los hará el Presidente de la República.

“La Registraduría Nacional del Estado Civil reglamentará y vigilará la elección nacional del respectivo representante;

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-311 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

"d) Un (1) miembro por las ligas y asociaciones de padres de familia, ligas de asociaciones de televidentes, facultades de educación y de comunicación social de las universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente. Elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas.

"El acto administrativo de legalización y posesión lo hará el Presidente de la República.

*"La Registraduría Nacional del Estado Civil **reglamentará** y vigilará la elección nacional del respectivo representante.*

"Parágrafo transitorio. Las elecciones y designaciones a que se refiere este artículo, tendrán lugar para la integración de la Junta Directiva que reemplazará a la actual, al finalizar el período de cuatro (4) años para el cual fueron elegidos y designados sus miembros".

Cargo de inconstitucionalidad.

Esta disposición modificó el contenido del artículo 6 de la Ley 182 de 1995, y estableció que le corresponderá a la Registraduría Nacional del Estado Civil **reglamentar** la elección democrática que se deberá surtir para elegir, como miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, a un representante de las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas (literal c), y a un representante de las ligas y asociaciones de padres de familia, televidentes, y facultades de educación y comunicación social de las universidades legalmente reconocidas (literal d).

Para la demandante, doctora María Teresa Garcés Lloreda, esa facultad que el legislador le otorgó a través de la norma impugnada a la Registraduría Nacional del Estado Civil, vulnera lo dispuesto en el artículo 120 y en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, al atribuirle potestad reglamentaria, la cual según ella es privativa del Presidente de la República, a una entidad que si bien tiene a su cargo la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, deberá hacerlo siempre dentro del marco legal que determine el Congreso y reglamente el Gobierno, lo que le impide a dicho organismo asumir legítimamente la tarea reglamentaria que le encomendó el legislador, sin violar con ello, además de las disposiciones superiores señaladas, también el principio de separación de funciones de los diferentes órganos del Estado, consignado en el artículo 113 de la C.P.

El Concepto del Ministerio Público.

En opinión del Procurador General de la Nación, las disposiciones impugnadas del artículo 1° de la ley 335 de 1996, son constitucionales por las siguientes razones:

a) La potestad reglamentaria que la Constitución radica en forma principal y general en el Presidente de la República, no puede considerarse exclusiva ni excluyente, pues el mismo Estatuto Superior faculta a otros entes u organismos del Estado para regular determinados aspectos. Cita, a manera de ejemplo, entre otras, las atribuciones de dicho carácter que el Constituyente le otorgó a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, artículos 235-6, 237-6 y 241-11 de la C.P.; a la misma Comisión Nacional de Televisión, artículo 77 C.P.; al Consejo Electoral, artículo 265-9-11 de la C.P. y a las Asambleas Departamentales, artículo 300-1 C.P.

b) Cuando el legislador, anota el Procurador, a través de las disposiciones impugnadas resolvió deferir a la Registraduría la reglamentación de la elección de dos de los miembros de la CNTV, específicamente de aquellos a los que se refieren los literales c y d del artículo 1 de la ley 335 de 1996, atribución que no aparece consagrada en el Estatuto Superior, estaba habilitado para hacerlo, pues tal como lo ha señalado esta Corporación, dado que en relación con la Comisión Nacional de Televisión la Constitución no precisó ninguna regla material sobre la forma concreta de participación de las personas y las asociaciones, le corresponde al legislador la importante tarea de ampliar los espacios de democracia participativa.

c) Señala también el Ministerio Público, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la C.P., al Congreso no le fue atribuida la función reguladora en relación con la elección de los miembros a los que aluden los literales c y d del artículo acusado; en dicho asunto lo que le corresponde es disponer lo necesario para que se regule la materia, luego le era dado, como lo hizo, habilitar a una autoridad pública especializada para reglamentar lo relacionado con la elección de esos dos miembros del ente rector de la televisión.

d) Por último, anota el Procurador, es clara la competencia que le asiste al Registrador para realizar la función que le atribuyó el Congreso, pues el artículo 266 de la C.P. le confía al ente que el dirige las funciones que consagra la disposición citada y además aquellas "que establezca la ley".

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La ciudadana Martha Constanza Guerra Rodríguez, interviniendo en calidad de apoderada del Ministerio de Comunicaciones, defiende la constitucionalidad del artículo citado y pide su declaratoria de exequibilidad, basando su solicitud en las amplísimas facultades otorgadas a la ley por el artículo 77 de la Carta Constitucional, en el sentido de regular lo atinente a los miembros y funcionamiento de la Comisión Nacional de Televisión; además, dice, si se tiene en cuenta que no existe competencia privativa radicada en cabeza del Presidente de la

República para ejercer la potestad reglamentaria de las leyes, puede el legislador, en casos excepcionales como el presente, investir de dicha facultad a funcionarios administrativos distintos como el Registrador Nacional del Estado Civil.

Consideraciones de la Corte.

Al analizar el contenido de los artículos 76 y 77 de la C.P., es claro que el Constituyente quiso determinar de manera expresa, primero, que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley estaría a cargo de un organismo de derecho público autónomo y sujeto a un régimen legal propio, y segundo, que la dirección y ejecución de las funciones de dicho organismo le corresponderían a una junta directiva integrada por cinco miembros, estableciendo que dos de ellos los designaría el Gobierno nacional y otro sería escogido entre los representantes de los canales regionales.

En cuanto a los dos restantes quiso el Constituyente que fuera el legislador, a través de la ley, el que determinara su origen o representación y dispusiera lo relativo a su nombramiento.

En un primer desarrollo legislativo contenido en el artículo 6 de la ley 182 de 1995, que es precisamente la norma que modifica la disposición impugnada que se analiza, el legislador determinó que esos dos miembros representarían, uno a las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas por los gremios que participan en la realización de la televisión y otro a las ligas y asociaciones legalmente reconocidas, de televidentes, padres de familia, e investigadores vinculados a universidades; con estas decisiones el legislador le abrió espacio a representantes de la sociedad civil en general y específicamente a los usuarios del servicio público de la televisión, los cuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 369 de la Carta Política tienen el derecho y el deber de participar en la gestión y fiscalización de los entes estatales encargados de un servicio público.

Ahora bien, establecía dicha norma que esos dos miembros de la Junta Directiva de la CNTV, serían elegidos por la Cámara de Representantes el primero y por el Senado el segundo, de acuerdo con el reglamento que para el efecto expidiera el gobierno nacional. Ese procedimiento de designación, que atribuía a las Cámaras legislativas la función electoral de designar a los representantes de la sociedad civil en la junta directiva del ente rector de la televisión, fue declarado contrario al ordenamiento superior por esta Corporación, pues con él el Congreso, desconociendo disposiciones de la Carta Política, en especial los artículos 113 y 136-1 de la C.P., se dotaba a sí mismo de una competencia que sólo tendría si de manera expresa el Constituyente se la hubiera otorgado, por lo que, dijo la Corte "...aceptar que el Congreso dispone de una facultad de nombramiento general —adicional a la que en algunos casos le otorga la

Constitución—, equivale a crear el instrumento que podría conducir a practicar injerencias vetadas por la Carta.²

Posteriormente el legislador, a través del artículo 1 de la ley 335 de 1996, que es la norma objeto de impugnación que se estudia, modificó los apartes del comentado artículo 6 de la ley 182 de 1995 que después del pronunciamiento de la Corte quedaron vigentes, estableciendo que la elección de los dos miembros a los que se refieren los literales c y d de dicha norma, le corresponderá efectuarla, *democráticamente*, a las mismas organizaciones que serán representadas, las cuales procederán a hacerlo con base en la reglamentación que al efecto expida la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que también deberá vigilar el desarrollo del proceso.

Tal disposición es la impugnada. En esta oportunidad el cargo de inconstitucionalidad también tiene que ver con el procedimiento que determinó el Congreso para la elección de los miembros representantes de la sociedad civil y usuarios del servicio en la junta directiva de la CNTV, pues si bien se estableció que la escogencia de dichos miembros le corresponde efectuarla de manera democrática a las mismas organizaciones que ellos representarán, es decir que se consagró una forma de elección con participación directa de la sociedad civil y sin interferencia de los poderes públicos, la reglamentación y vigilancia del respectivo proceso electoral se le encomendó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo que en opinión de la actora es contrario al artículo 120 y al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, pues se le atribuye a un organismo de carácter administrativo ¹ potestad reglamentaria que, en su opinión, es propia y privativa del Presidente de la República.

La potestad reglamentaria, que se puede definir como “...la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley...[para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real...³”, en el paradigma del Estado social de derecho no es exclusiva del Presidente de la República, cosa distinta es que a éste, dado su carácter de suprema autoridad administrativa del Estado, le corresponda por regla general esa atribución. A este respecto la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que la Constitución Política de 1991 consagró un “sistema difuso” de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario, lo que significó, sin lugar a duda, un cambio fundamental respecto del ordenamiento superior consignado en la Carta de 1886.

En algunas ocasiones, y así lo entendió el Constituyente, es necesario extender esa potestad a autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo, a los cuales es posible atribuirlos inclusive por vía legal, pues sólo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador.

² Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

³ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

En efecto, el ejercicio de la potestad reglamentaria le corresponde en principio al Presidente de la República, quien con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P. puede y debe reglamentar directamente la ley cuando ello sea indispensable para hacer posible su cumplimiento; en otros casos, la competencia del ejecutivo tiene origen directamente en la Constitución, con lo que se produce lo que la jurisprudencia ha denominado “deslegalización de materias en favor de la administración”.

En otros casos, pero con carácter excepcional, el Constituyente extendió directamente la capacidad de ejercer la potestad reglamentaria a otros organismos del Estado, como ocurre en el consignado en el artículo 265-9 de la C.P.

La pregunta que surge entonces es si las disposiciones impugnadas, a través de las cuales el legislador le atribuyó a la Registraduría Nacional del Estado Civil la facultad de reglamentar el proceso electoral que se debe surtir para la elección, por parte de las organizaciones a las que se refieren los literales c y d del artículo 1 de la ley 335 de 1996, de sus representantes en la Junta Directiva de la CNTV, encuentran fundamento en alguno de los presupuestos enunciados como excepcionales, o si por el contrario ella hace parte de aquellas que por principio le corresponden al Presidente de la República.

En el caso sub-examine, el Congreso, al desarrollar el artículo 77 de la Carta Política, que le otorgó facultades para “disponer” lo relativo al nombramiento de los miembros de la junta directiva del organismo rector de la televisión a los que se refieren los literales c y d del artículo 1 de la ley 335 de 1996, debía producir, como en efecto lo hizo, “un enunciado abstracto”, cuya realización será posible previa la activación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues ni el Constituyente le otorgó directamente esa facultad a ningún otro organismo del Estado, ni existe ninguna razón válida que justifique y legitime el traslado de la misma, por medio de la ley, a un organismo administrativo, no obstante la especialidad de éste.

La potestad reglamentaria en el caso de la norma atacada le corresponde al Presidente de la República, pues no se presenta ninguno de los elementos que harían posible configurar alguna de las excepciones aplicables a ese principio general, motivo por el cual el legislador no podía atribuirla a un organismo como la Registraduría, que, como lo señala la demandante, esta supeditado a los mandatos de la ley y a los reglamentos del ejecutivo, para cumplir con las funciones especializadas que el Constituyente le encomendó.

Por lo dicho la Corte declarará inexecutable la expresión “*reglamentará y*” de los literales c y d del artículo 1 de la ley 335 de 1996, aclarando, no obstante que ella no fue impugnada, que la función de vigilancia que las mismas normas le atribuyen al organismo electoral en los procesos de elección a que ellas se refieren, se ajusta a las disposiciones del ordenamiento superior.

Artículo 2, Ley 335 de 1996.

“Artículo 2o. El titular del Ministerio de Comunicaciones podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión con voz pero sin voto. Para tal efecto el Secretario de la Junta citará con anticipación al Ministro y le enviará la relación de temas a tratar”.

Cargo de inconstitucionalidad.

A través de esta disposición el legislador autorizó la asistencia, a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, con voz pero sin voto, del titular del Ministerio de Comunicaciones. En opinión de la demandante María Teresa Garcés Lloreda, esa disposición viola los artículos 76 y 77 de la C.P., pues al incluir en la Junta Directiva de la CNTV, cuya conformación determinó el mismo Constituyente, un tercer miembro designado por el gobierno nacional, no obstante que éste no tenga voto, se resquebraja el equilibrio en la composición y la autonomía de dicho organismo, dado que el gobierno se coloca en “situación de franca supremacía”, ante la innegable influencia que el ministro puede ejercer en las decisiones, las cuales quedarán supeditadas, en contra de los mismos principios rectores de la Carta, a los objetivos y propósitos del gobierno de turno.

El concepto del Ministerio Público.

El Procurador General de la Nación considera que el artículo 2 de la ley 335 de 1996 es constitucional, pues, dice, como lo ha señalado la misma Corte Constitucional en anteriores pronunciamientos, el gobierno, a través del Ministro de Comunicaciones, debe tener la posibilidad de coordinar con la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión las medidas que la misma adopte, siempre y cuando ellas se relacionen con asuntos de carácter técnico cuyo manejo esté bajo su dirección y responsabilidad; en esta perspectiva no encuentra el Ministerio Público que la norma atacada contraríe ningún precepto de la Carta Política.

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La interviniente en nombre y representación del Ministerio de Comunicaciones, defiende la constitucionalidad del artículo en mención, argumentando que la presencia del Ministro de Comunicaciones en las deliberaciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, debe entenderse en cumplimiento del principio de colaboración armónica entre órganos de la administración que la misma Constitución ordena, el cual permitirá coordinar las políticas que en materia de televisión defina el legislador y ejecute la CNTV, con el resto de servicios de telecomunicaciones.

Intervenciones ciudadanas.

El ciudadano José Fernando Méndez Parodi considera que este artículo vulnera los artículos 75, 76, 77 y 113 de la Constitución Política, dado que, en su concepto, permitir por vía legal la presencia del señor Ministro de Comunicaciones en las deliberaciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, aunque sin voto, rompe con el principio de autonomía inherente a ese organismo, dada la capacidad de influencia que tiene un funcionario de las condiciones de un ministro, la cual se fortalece aún más cuando dos de los cinco miembros de dicha junta provienen del gobierno, por lo que es viable pensar, según él, que ellos, buscando ser reelegidos, muy seguramente tomarán sus decisiones de acuerdo con lo que el titular de la cartera de Comunicaciones les indique, circunstancia que propicia el incumplimiento de la intención del Constituyente, de garantizar la imparcialidad y ejercicio democrático en la ejecución de las políticas en materia de televisión.

Consideraciones de la Corte.

La televisión es un medio de comunicación que requiere para su realización del uso del espectro electromagnético, el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la C.P. es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión del Estado, que está en la obligación de garantizar igualdad de oportunidades para el acceso a su uso.

Esas funciones de gestión y control del espectro electromagnético, que como se dijo son propias del Estado, cuando se relacionan con el servicio público de la televisión deben cumplirlas, de una parte el Ministerio de Comunicaciones, organismo al que le corresponde el manejo de la política del servicio público de las telecomunicaciones a nivel general, y de otra la CNTV, organismo autónomo que tiene a su cargo la dirección y ejecución de la política que para el servicio de televisión determine el Congreso:

“Recuérdese que es el gobierno, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, quien debe adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación, y control de todos los servicios de dicho sector (art. 1 ley 72 de 1989)” (Corte Constitucional Sentencia C-189 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a la Comisión Nacional de Televisión ha dicho esta Corporación:

“En el caso particular del servicio de televisión, la intervención estatal en el espectro electromagnético, de acuerdo con los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, está a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen propio, que de conformidad con la ley 182 de 1995, es la Comisión Nacional de Televisión.

La autonomía entregada a esa entidad, tiene como propósito fundamental evitar que la televisión sea controlada por grupos políticos o económicos, tratando siempre de conservar su independencia en beneficio del bien común; dicha intención se expresó en las diferentes discusiones que sobre el tema adelantó la Asamblea Nacional Constituyente, que coincidieron en la necesidad de crear un organismo de intervención en la televisión, independiente y autónomo” (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Es obvio, que las funciones que corresponden a uno y otra deben armonizarse, estar precedidas de ejercicios de coordinación que garanticen el cabal cumplimiento de los objetivos propios de cada organismo, y sobre todo que garanticen la eficiencia en la prestación del servicio de conformidad con las normas constitucionales y legales que lo rigen.

Como lo dijo también esta Corporación,

“...vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la Carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias, pues cualquier entidad pública por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la Ley.

“La Carta Política, al disponer la creación de lo que hoy es la Comisión Nacional de Televisión, en ningún momento pretendió aislar a la entidad de otros órganos del Estado que por naturaleza manejan la política del servicio de telecomunicaciones a nivel general, como lo es, en primer término el Ministerio de Comunicaciones, más aún, cuando las funciones de gestión y control del espectro electromagnético asignado por la Constitución Política al Estado, la ejerce también el Ministerio de Comunicaciones” (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta Política, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, objetivo que en el caso que se analiza se propicia de manera clara a través de la norma impugnada, pues sin afectar la autonomía que el Constituyente le otorgó al ente rector de la televisión, impone a los organismos responsables de la gestión y manejo del espectro electromagnético en lo relacionado con el servicio público de la televisión, un espacio común para la deliberación y coordinación de los asuntos que les atañen, en el cual el titular de la cartera de Comunicaciones podrá manifestarse, a través de opiniones y conceptos, siempre y cuando se refiera a aspectos técnicos que correspondan a la órbita de su competencia, lo cual no puede entenderse como una interferencia indebida, mucho menos si se tiene en cuenta que la norma atacada autoriza al ministro para “asistir” a la junta directiva de la CNTV, no para constituirse en parte de la misma. Lo cual significa que su actuación no puede en

ningún momento obstruir ni invadir la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, y por tanto debe limitarla estrictamente al aspecto que se ha señalado.

“Al Ministerio de Comunicaciones, como organismo principal de la administración para el manejo de las comunicaciones, se le ha asignado por la ley la función de coordinar los diferentes servicios que prestan las entidades que participan en el sector de las comunicaciones, sin que exista razón jurídica alguna para excluir a la Comisión Nacional de Televisión” (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Distinto sería si el legislador le hubiera otorgado voto al Ministro, pues una decisión en ese sentido si sería contraria a la voluntad del Constituyente, porque afectaría la autonomía que le otorgó con rango superior al ente que aquel creó para dirigir la política que en materia de televisión determine la ley, al desconocer su conformación, también definida sin lugar a equívoco o adición por el Constituyente, el cual determinó de manera expresa el número de miembros de la junta directiva del ente rector de la televisión y de ellos cuántos representarían al gobierno.

De otra parte, la imposición de ese espacio común de coordinación, sirve a la realización de las disposiciones del artículo 113 superior, norma que establece que los diferentes órganos del Estado, incluidos los autónomos e independientes, no obstante tener funciones separadas deberán colaborar armónicamente para la realización de sus fines. Por todo lo anterior la Corte declarará exequible el artículo 2 de la ley 335 de 1996.

Artículo 8º, Ley 335 de 1996.

“Artículo 8. El artículo 43 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

«Artículo 43. Régimen de prestación del servicio de televisión por suscripción. A partir de la presente ley la Comisión reglamentará las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto.

»Parágrafo 1o. Con el fin de fomentar la formalización de la prestación del servicio de televisión por suscripción, de manera tal que la Comisión Nacional de Televisión pueda así efectuar los recaudos de los derechos que corresponden al Estado y velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo con la legislación nacional y los acuerdos internacionales sobre la materia y a fin de que esta entidad pueda regular y controlar la calidad de tal servicio en forma efectiva, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, la Comisión Nacional de Televisión deberá elaborar e implementar un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada

a un plazo de cinco (5) años, el cual debe consultar, además de los mandatos generales de esta ley, las siguientes directrices:

»El Plan promoverá prioritariamente, la creación de servicios zonales y Municipales o Distritales, de acuerdo con la población censada en el último censo elaborado por el DANE en el año de 1993.

»1. Nivel Zonal.

»A partir de la vigencia de la presente ley, se crean las siguientes zonas para la prestación del servicio de televisión por suscripción.

»a. Zona norte, compuesta por los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia y Sucre.

»b. Zona central, compuesta por los departamentos de Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

»c. Zona Occidental, compuesta por los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca.

»En cada una de las zonas anteriormente señaladas y considerando su población total, la Comisión Nacional de Televisión adjudicará una concesión por cada 3.000.000 de habitantes.

»Los prestatarios del nivel zonal podrán extenderse a otras zonas y cubrir la totalidad del territorio, siempre y cuando hayan cumplido con los programas planteados a la Comisión Nacional de Televisión en el marco de la respectiva licitación pública.

»2. Nivel Municipal o Distrital :

»a. Se adjudicará una concesión en municipios cuya población sea inferior a un millón (1.000.000) de habitantes ;

»b. Se adjudicarán hasta dos concesiones en municipios o distritos cuya población esté comprendida entre un millón uno (1.000.001) y tres millones (3.000.000) de habitantes ;

»c. Se adjudicarán hasta tres concesiones en municipios o distritos cuya población supere los tres millones (3.000.000) de habitantes.

»(...)»”.

Cargo de inconstitucionalidad.

Para la demandante, doctora Marcela Monroy Torres, la función de intervención que le corresponde ejercer a la Comisión Nacional de Televisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución, es de carácter exclusivo y excluyente, pues se trata de una competencia desligada de la ley, de una competencia constitucional normativa; por eso, la única función que en su concepto tiene sobre el tema el Congreso de la República es la de fijar sus políticas, lo que implica que no le está permitido a dicho órgano invadir la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, no pudiendo con sus decisiones hacer nugatoria la competencia reguladora atribuida a ese ente por el Constituyente, a través de una "excesiva, casuística, puntual e inflexible legislación", que deje sin espacio la actuación de la Comisión, pues ello se traduciría en la violación de los artículos 6, 76, 77 y 113 de la Carta Política.

Concepto Fiscal.

Anota el Procurador, que el inciso primero de la norma impugnada le ordena a la Comisión Nacional de Televisión que establezca el régimen de prestación del servicio de televisión por suscripción. Así mismo, que el párrafo 1 y el inciso segundo del mismo le imponen a dicho organismo la obligación de elaborar e implementar un plan de promoción y normalización del servicio de televisión por suscripción, con el objeto de fomentar la formalización del mismo y facilitar el recaudo de los derechos que por este concepto le corresponden al Estado.

Esas disposiciones, señala el Ministerio Público, se avienen a lo establecido en los artículos 76 y 77 de la C.P., pues lo que hizo el legislador a través de ellas fue señalar las políticas que en la materia deben orientar las actuaciones de la Comisión Nacional de Televisión, respetando la autoridad que le reconoció la Carta al ente rector de la televisión.

Es decir, que los aspectos regulados en el inciso primero de la norma acusada corresponden a la órbita de competencia que el Constituyente le fijó al legislador en relación con el servicio de televisión, y por ende son constitucionales, como quiera que se refieren al señalamiento de unos parámetros o directrices que servirán a la Comisión para que con base en ellos pueda dicho organismo, en ejercicio de su autonomía, establecer el régimen del servicio de televisión por suscripción.

En cuanto al párrafo 1 de la norma acusada, éste según el concepto fiscal, en esencia se ajusta a las disposiciones del ordenamiento superior, salvo las expresiones "además" y "las siguientes directrices", las cuales solicita sean declaradas inexequibles por esta Corporación, pues con ellas se condiciona el cumplimiento de funciones que la Comisión Nacional de Televisión debe asumir de manera autónoma, a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del mismo párrafo, los cuales contrarían el ordenamiento superior, específicamente el artículo 77, pues

las decisiones que contienen invaden competencias exclusivas del ente rector de la televisión, con lo que se desvirtúa la autonomía que el Constituyente le reconoció. En consecuencia solicita que dichos numerales también se declaren inexecutable.

Intervenciones oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La apoderada del Ministerio de Comunicaciones defiende la constitucionalidad de este artículo, sosteniendo que la Comisión Nacional de Televisión debe someterse a los límites establecidos por ley, a través de la cual el legislador define sus políticas, planes y programas, dictando para el efecto normas generales, impersonales y objetivas. La autonomía que le es propia a la CNTV, continúa, no puede esgrimirse como argumento para pretender desconocer los límites que el legislador le impone en ejercicio de un mandato de carácter constitucional.

Intervenciones Ciudadanas.

En igual forma, el ciudadano Juan Carlos Chavez Mazorra, defiende la constitucionalidad del artículo 8 de la ley acusada, manifestando que es errado interpretar la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión en el sentido de que ella tiene potestad legislativa, pues anota, es absolutamente clara la primera parte del artículo 77 Constitucional, cuando prescribe que la determinación de las políticas en materia de televisión le corresponde a la ley y no al ente autónomo. Dicha autonomía, apunta, debe entenderse en el sentido de que la CNTV es un organismo independiente frente a las ramas del poder público, pero en manera alguna como si ella lo habilitara como titular de atribuciones propias del Congreso de la República.

Consideraciones de la Corte.

Al pronunciarse esta Corporación sobre el artículo 77 de la C.P. que consagra la autonomía que el Constituyente le atribuyó al ente rector de la televisión, denominado en la ley 182 de 1995 Comisión Nacional de Televisión, dijo:

*“El artículo 77 de la Constitución distingue con claridad entre la **determinación** de la política estatal en materia de televisión —que corresponde a la ley— y la **dirección** de la misma, con arreglo a la ley y sin menoscabo de las libertades consagradas en la Carta, que ha sido confiada al organismo previsto en los artículos 76 y 77 *ibidem*, denominado Comisión Nacional de Televisión por la ley 182 de 1995.*

“... ”

"Pero, claro está, los dos tipos de funciones han sido delimitados por la propia Carta, de tal manera que el aludido ente no puede sustituir al legislador en la determinación de la política de televisión ni en lo relativo a su propia organización y funcionamiento.

"Lo dicho encaja en las previsiones generales del artículo 75 constitucional, sobre el espectro electromagnético. Este es un bien público inalienable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado en virtud de competencias que, en lo que atañe a la televisión, corresponden a la Comisión Nacional de Televisión, pero en los términos que señale la ley" (Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) (Negrillas fuera de texto).

La determinación de una política, entendida ésta como la producción "...de orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado"⁴, implica su concepción y diseño en términos generales; su ejecución, en cambio, implica "...llevar a la práctica, realizar"⁵, definir y adelantar acciones concretas de acuerdo con la política preestablecida; son pues funciones que en el caso que se analiza se complementan, que si bien tienen origen en actores diferentes, la primera está a cargo del legislador y la segunda le corresponde cumplirla al ente rector de la televisión, requieren la una de la otra para la realización del objetivo último: la definición y realización de una política de Estado en lo relacionado con el servicio público de televisión, ajena a las interferencias del gobierno de turno y de los grandes grupos económicos. Esto explica que el Constituyente haya querido garantizar que esos organismos actuaran autónomamente, esto es con independencia el uno respecto del otro.

No obstante, ello no quiere decir que uno y otra no tengan límites a sus actuaciones; el primero, el legislador, deberá diseñar la política del servicio público de la televisión en el marco de las limitaciones que emanan de las normas constitucionales y de la misma ley si es el caso; la segunda, la CNTV deberá, como lo dijo la Corte, intervenir en el manejo y gestión del espectro electromagnético en los términos que le señale la ley.

"...la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley. Sobre la base de la misma, dirige y regula la televisión como ente autónomo" (Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Por lo anterior, no es aceptable, en el caso sub-examine, la tesis de la actora, en el sentido de que la función de la CNTV es una "función desligada de la ley", una función "constitucional normativa" que dicho organismo puede ejercer sin que medie la actividad legislativa, como si lo es, por ejemplo, la facultad normativa

⁴ Definición, Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 1992.

⁵ *Ibidem*.

directa de la cual goza el Banco de la República, que le permite "...regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito", según lo dispone el artículo 371 C.P.; o la función que el Constituyente le otorgó al Consejo Superior de la Judicatura a través del artículo 257-3 superior, para que, cuando no lo haya hecho el legislador, éste pueda "...dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador...".

El cumplimiento de las funciones de ejecución de la CNTV está supeditado a la ley, en la medida en que sus normas constituyen el marco que las nutre y las delimita. Cosa distinta es que dicha entidad cuente con autonomía para hacerlo, no pudiendo el legislador, ni sustituirla asumiendo directamente las funciones de dirección y ejecución de la política que el defina, ni invadir sus competencias, como lo señala la actora, a través de normas legales que contengan decisiones que se traduzcan en definiciones concretas sobre aspectos específicos propios del ente ejecutor.

Ahora bien, deslindados por la propia Carta los campos de acción del legislador y del ente rector de la televisión, es viable concluir que las disposiciones del inciso primero de la norma impugnada se encuadran dentro de lo que es la política que le corresponde determinar al primero en relación con el servicio de televisión por suscripción, es decir que ellas se ajustan a las disposiciones de la Carta.

Igual ocurre con el contenido del párrafo primero de la misma norma, pues sus disposiciones no sólo le imponen al ente rector de la televisión la obligación de implementar un plan de promoción y normalización del servicio de televisión por suscripción, sino que, en consonancia con el carácter autónomo que el Constituyente le atribuyó a dicho ente en su calidad de ejecutor de la política que sobre televisión diseñe el Congreso, le reitera la obligación que tiene de elaborarlo ella misma previamente.

En cuanto a las disposiciones de los numerales 1 y 2 del párrafo en mención, a través de las cuales el legislador creó zonas para la prestación del servicio, determinó topes de población, y condicionó la adjudicación de concesiones al número de habitantes de determinadas áreas, encuentra la Corte que ellas se ajustan en su contenido a las definiciones de política que le corresponde adoptar al legislador, sin que impliquen intervención o interferencia en las competencias de carácter ejecutivo que son propias y exclusivas de la CNTV; es decir, que no hubo, como lo plantea el Ministerio Público, exceso por parte del Congreso en la determinación de dichas condiciones básicas, ni éste asumió a través de esas decisiones funciones que el Constituyente haya radicado en cabeza del ente rector de la televisión. Ellas hacen parte de la política general de prestación del servicio

público de televisión que para una modalidad específica, la de televisión por suscripción, diseñó el legislador, y como tales en nada contrarían el ordenamiento superior por lo que también serán declaradas exequibles por esta Corporación.

Por todo lo anterior la Corte declarará exequibles las disposiciones impugnadas del artículo 8 de la ley 335 de 1996.

Artículo 10, Ley 335 de 1996.

"Artículo 10o. El artículo 49 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

"Todos los contratos de concesión que se celebren a partir de la vigencia de la presente Ley, serán adjudicados por las dos terceras partes de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y ésta podrá delegar su firma en el Director de la entidad.

"El término de duración de los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública, que se adjudiquen para programación general y para realización de noticieros a partir del 1o. de enero de 1998, será de seis (6) años, de acuerdo con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión para el efecto.

"En todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables.

"Además de las causales de caducidad previstas en la ley, darán lugar a la terminación del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, aquellas causales pactadas por las partes.

"Hasta el 1o. de enero de 1998, el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión a que se refiere la Ley 14 de 1991, seguirá siendo manejado por el Instituto Nacional de Radio y Televisión. A partir de esta fecha, los concesionarios con contratos vigentes, deberán estar inscritos en el registro único de operadores del servicio de televisión a que se refiere el literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995. Para este efecto, Inravisión deberá remitir la información correspondiente a la Comisión Nacional de Televisión.

"La Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión, teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso de los servicios de la televisión, el pluralismo informativo y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

"Parágrafo transitorio. Sin perjuicio de lo estipulado en la presente ley con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, otorgados mediante licitación Pública número 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996, se respetarán los términos originalmente convenidos para su vigencia pero sin opción de prórroga alguna".

Primer cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas violan el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Los actores Javier Dario Restrepo y María Teresa Herrán, consideran que las disposiciones impugnadas son violatorias del principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la C.P., en tanto limitan a seis años, improrrogables, la concesión de espacios en los canales de operación pública, mientras que para los operadores concesionarios de canales privados no hay límite; se establece entonces, según ellos, una desigualdad evidente y arbitraria que afecta la libre competencia y coloca en desventaja a los programadores de los canales de operación pública.

Para el actor Luis Antonio Vargas Alvarez, las disposiciones impugnadas también violan el artículo 13 de la Constitución, al generar un trato discriminatorio para los concesionarios de espacios de televisión pública, para quienes el hecho de haber contratado con el Estado se convierte en una causal de inhabilidad no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, mientras para el resto de contratistas del Estado ese es un aspecto que se evalúa favorablemente como experiencia. La inhabilidad se refiere, dice, a un inconveniente especial, o a ciertas características predicables de un individuo, que no obstante tener la capacidad no puede contratar con la administración; por ello no es viable, anota, incluir dentro de las inhabilidades la experiencia previa que brinda el haber sido contratista del Estado, lo que de paso, en el caso concreto de los concesionarios de espacios de televisión, contraría también el respeto a los derechos adquiridos que protege la Carta, y desconoce los derechos y disposiciones a los que se refieren los artículos 16,20,25,26,58,73,74,75, 77 y 112 de la Carta Política.

Segundo cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas del artículo 10 de la ley 335 de 1996, impiden el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y contrarían el derecho a la información y el derecho a fundar medios masivos de comunicación, lo que implica la violación del artículo 20 de la Constitución.

El actor Luis Antonio Vargas Alvarez, considera que el legislador, al negar de manera definitiva la posibilidad de que se prorroguen los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, lo que hizo fue imponer una "forma disfrazada de censura", contrariando lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución, pues

con dicha prohibición impide el ejercicio del derecho de los periodistas y comunicadores de expresar y difundir libremente su pensamiento y opiniones y el derecho de todos de informar y recibir información veraz e imparcial.

El mismo cargo lo formula la libelista Marcela Monroy Torres, para quien las disposiciones impugnadas atentan contra la libertad de expresión y la libertad de fundar medios masivos de comunicación a las que se refiere el citado artículo 20 superior, pues "...la modificación arbitraria de las reglas contractuales constituye una forma indirecta de censura en tanto tiene carácter retaliatorio".

Tercer cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas contrarían los principios de igualdad de oportunidades, pluralismo y competencia consagrados en el artículo 75 de la C.P. para acceder al uso del espectro electromagnético.

Algunos de los demandantes consideran que las disposiciones acusadas son contrarias al principio de pluralismo que consagró el Constituyente en el artículo 75 de la C.P., dado que restringe el acceso de los profesionales de la comunicación al servicio público de la televisión, lo que ocasiona que al receptor de dicha información se le entregue la misma de manera parcial y deformada, dada la ausencia de competencia; señalan, que como lo ha dicho esta Corporación, "...la libertad de acceso y el pluralismo que caractericen a la T.V. ...pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más aún, de los grupos económicos dominantes", situaciones que encuentran espacio propicio en la disposición impugnada.

Por su parte el ciudadano Luis Antonio Vargas Alvarez, considera transgredido el artículo 75 de la C.P., porque según él la norma atacada desconoce el principio de igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro electromagnético que consagra el mandato superior.

Cuarto cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas violan los artículos 58, 76 y 77 de la C.P.

La ciudadana Marcela Monroy Torres, sostiene que el inciso tercero del artículo 10 de la ley 335 de 1996, que establece que "en todo caso" los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables", viola el ordenamiento superior, específicamente los artículos 76, 77 y 58 de la Carta Política. Los primeros, esto es los artículos 76 y 77, porque con su contenido el Congreso invadió la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, ente al cual, en ejercicio de la autonomía que le reconoció el Constituyente, le corresponde "...reglamentar en detalle, dirigir, intervenir, desarrollar y ejecutar todas las materias atinentes a la televisión "; en consecuencia, señala la libelista, sólo ese organismo está habilitado para determinar si un contrato de concesión debe o no ser prorrogado.

Con base en lo anterior afirma que los temas que regula la norma impugnada no son de la órbita de competencia del Congreso, luego al asumirlos el legislador violó la Carta, ellos, dice, corresponden de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 superior, a la Comisión Nacional de Televisión, en tanto ente autónomo regulador de ese servicio, encargado de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, el pluralismo informativo y de evitar las prácticas monopolísticas.

Añade, que cuando el Constituyente atribuyó a un organismo autónomo la capacidad de intervención en la regulación del servicio público de televisión, estableciendo una excepción a lo dispuesto en los artículos 150-21 y 334 de la Carta, que señalan que ordinariamente la intervención en la actividad privada se realiza a través de la ley, lo que quiso fue garantizar la independencia en el manejo de este medio de comunicación, cuya importancia e influencia en el proceso comunicativo social y en el tamaño y profundidad de la democracia dieron lugar a que la Corte Constitucional lo calificará como derecho social.

Arguye que la competencia del ente autónomo encargado de dirigir la ejecución de la política definida por el legislador para el servicio público de televisión, esto es de la Comisión Nacional de Televisión, es una competencia desligada completamente de la ley, se trata, añade, de una competencia constitucional normativa que se amolda a un marco general dado por la ley. Surge entonces respecto del servicio público de televisión, una “confluencia de competencias normativas”, de una parte la legal del Congreso, y de otra la regulatoria de la Comisión Nacional de Televisión, que incluye como exclusiva la facultad de regulación de la actividad privada en la prestación del servicio, la cual siempre estará intervenida por ese órgano independiente; con base en la primera le corresponde al legislador diseñar la política aplicable a la televisión, la cual se traduce en la definición de planes y programas según lo estipula el artículo 76 de la Carta, lo que quiere decir que le está vedada al Congreso la función de *intervención* que el Constituyente de manera expresa le atribuyó al ente autónomo encargado de dirigir la implementación de esa política, por lo que su desarrollo, su ejecución y en general la regulación de la televisión le corresponde de manera excluyente a la Comisión Nacional de Televisión.

La demandante considera también que el mencionado inciso tercero del artículo 10 de la Ley 335 de 1996, viola el artículo 58 de la Carta Política, toda vez que su aplicación se extiende a los contratos de concesión de espacios de televisión celebrados bajo la vigencia de la Ley 14 de 1991; anota, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, dado que la licitación que dio origen a esos contratos se abrió estando vigente la citada Ley 14 de 1991, y que en el texto mismo de los contratos se consignó que ella sería la aplicable, pretender ahora regirlos por disposiciones legales posteriores que alteran las relaciones

contractuales, se traduce, necesariamente, en una clara violación de los principios de equidad, seguridad jurídica y estabilidad de los contratos, los cuales sustentan el respeto a los derechos adquiridos consagrado de manera expresa como tal en el artículo 58 de la C.P.

Quinto cargo de inconstitucionalidad. El inciso tercero del artículo 10 de la ley 335 de 1996, viola los artículos 29 y 113 de la C.P.

La demandante Marcela Monroy Torres considera que el citado inciso tercero del artículo 10 de la Ley 335 de 1996, también contraría el derecho al debido proceso y el principio de separación de poderes y colaboración armónica entre ellos, pues el legislador a través de las disposiciones impugnadas, se arrogó una competencia que es propia y exclusiva de los jueces de la República, al proceder a interpretar los contratos de concesión vigentes al momento de expedir la ley y con base en ese ejercicio exonerar a la Comisión Nacional de Televisión del deber que tenía dicho ente de producir la reglamentación correspondiente, con base en ella evaluarlos y si era el caso prorrogarlos.

Sexto cargo de inconstitucionalidad.

La disposición impugnada viola el artículo 112 de la C.P., porque les impide a los partidos y movimientos políticos de oposición ejercer libremente, a través de los medios de comunicación social del Estado, la función crítica frente al gobierno de turno.

Para los actores, dado que varios de los concesionarios de espacios de televisión, específicamente de noticieros, son de la oposición, y que ellos al tenor de lo dispuesto en el artículo 112 de la C.P. tienen el derecho a ejercer libremente la crítica al gobierno del que no hacen parte, para lo cual se les debe garantizar el uso de los medios de comunicación social del Estado, la prohibición de prórroga de los contratos implica la negación de esos derechos constitucionalmente reconocidos y la violación de la norma superior citada.

Concepto del Ministerio Público.

a. En relación con los cargos que sustentan la tesis de que las disposiciones impugnadas violan el artículo 13 de la C.P, el Procurador, después de analizar las diferencias que existen entre los contratos que deben celebrar con el Estado las organizaciones regionales de televisión en tanto operadoras de los canales regionales, y aquellos que el mismo Estado suscriba con particulares, cuyo objeto sea la concesión de espacios de televisión pública, concluye que se trata de dos modalidades contractuales sustancialmente diferentes, respecto de las cuales el legislador estableció los mismos términos para efectos de prórroga.

Ello, dice, sin embargo no lo ata para mantener dichas condiciones siempre iguales, pues aunque uno y otro tipo de contratista preste el servicio de televisión, lo hacen bajo supuestos muy diferentes, por lo que le es dable al Congreso regularlos

de manera diversa; en consecuencia, para el Ministerio Público no se evidencia en la disposición impugnada discriminación alguna en contra de los concesionarios de espacios públicos de televisión y por lo tanto ella no vulneran el artículo 13 de la C.P.

b. El Procurador, al analizar los cargos con base en los cuales algunos de los actores sostienen que las disposiciones impugnadas violan los artículos 76, 77 y 58 de la C.P., se detiene específicamente en dos aspectos:

El primero, el que tiene que ver con la afirmación de algunos de los demandantes, en el sentido de que la ley aplicable a los contratos de concesión de espacios de televisión pública, vigentes a la fecha de expedición de la ley que contiene la disposición impugnada, es la Ley 14 de 1991, entre otras cosas porque así se consignó expresamente en los respectivos contratos; sobre el particular dice el Ministerio Público : “El hecho de incluir en forma expresa dentro de las cláusulas que regulan el contrato de concesión disposiciones legales, de manera alguna podría afectar la competencia legislativa consagrada constitucionalmente en favor del Congreso, para expedir, derogar, modificar o interpretar las leyes (Art. 150 C.P.)” En ese sentido, anota, la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en aceptar que es viable la modificación del contrato de concesión en su parte reglamentaria por una disposición legal posterior, por lo que afirma, remitiéndose a un pronunciamiento del Consejo de Estado, que la mención en los contratos administrativos de la ley vigente y aún su incorporación expresa en los mismos, no le hace perder a la ley su naturaleza jurídica ni la convierte en una “mera estipulación contractual sólo modificable por la voluntad de los contratantes”, como tampoco exonera a la administración de la obligación que tiene de aplicar en forma general e inmediata la nueva ley.

El segundo aspecto que analiza el concepto fiscal se refiere, a que si bien el legislador mantiene la facultad de derogar, modificar, o interpretar leyes bajo cuya vigencia se celebraron contratos de concesión, siendo obligatorio para la administración aplicarlas de manera general e inmediata, ello no lo habilita para ejercer de manera arbitraria y desproporcionada la función legislativa, afectando con sus decisiones derechos adquiridos de los contratistas, los cuales expresamente están garantizados en el artículo 58 de la C.P. Para modificar legítimamente contratos celebrados bajo la vigencia de la legislación que modifica, el legislador debe atender y demostrar motivos de utilidad pública o de interés social, que como tales superen el interés particular.

En esa perspectiva, sostiene el Procurador, al Juez Constitucional le corresponde determinar si el legislador obró conforme a los objetivos que deben inspirar la modificación de los contratos, esto es si con sus decisiones pretendió efectivamente mejorar la prestación del servicio público para el caso de la concesión de espacios de televisión pública, y en el evento de que la modificación no obedezca a dichos parámetros declarar contraria al ordenamiento superior la disposición que la contenga.

Por eso, en su opinión, al prohibir la prórroga a la cual podrían haber tenido derecho los contratistas que suscribieron contratos de concesión de espacios de televisión pública antes de la expedición de la ley cuya norma se impugna, el legislador violó el artículo 58 de la C.P., pues con su decisión afectó derechos adquiridos.

Concluye, que si bien el legislador tiene plena capacidad para decidir que son improrrogables los contratos de concesión de espacios de televisión pública que se celebren en el futuro, carecía de la misma para extender retroactivamente esa decisión a contratos celebrados bajo la vigencia de la ley que modificó, los cuales si eran susceptibles de prórroga.

En consecuencia, solicita a esta Corporación declarar inexecutable la expresión “En todo caso” del inciso tercero del artículo 10 de la ley 335 de 1996, y la expresión “...pero sin opción de prórroga alguna” contenida en el parágrafo transitorio de la misma norma.

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La ciudadana Martha Constanza Guerra Rodríguez, actuando como apoderada del Ministerio de Comunicaciones, intervino dentro del término establecido para el efecto, para defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas del artículo 10 de la ley 335 de 1996; al efecto presentó a consideración de la Corte los siguientes argumentos:

—La determinación de la no prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, es una de las atribuciones que la Constitución le otorga al Congreso de la República, pues ello implica tomar decisiones relacionadas con la prestación de un servicio público.

—Esa decisión, no viola el artículo 58 de la C.P., pues la posibilidad de prórroga de los contratos, que para la época estaba regida por el Decreto 222 de 1983, norma que prohibía las prórrogas automáticas, estaba condicionada al cumplimiento de un requisito, por lo que no era una situación jurídica consolidada, era una mera expectativa.

—Tampoco hay violación del principio a la igualdad, pues las condiciones de contratación de los concesionarios de espacios públicos de televisión, son sustancialmente diferentes de aquellas que rigen a los operadores de canales nacionales privados, siendo los supuestos de hecho en los que se soportan unos y otros tan diferentes, que ameritan por parte del legislador un tratamiento también diferente.

Intervenciones Ciudadanas.

Coadyuvancias.

El ciudadano José Fernando Méndez Parodi, coadyuva las demandas presentadas contra éste artículo y solicita a la Corte declarar inexequibles los apartes impugnados del mismo; sustenta su solicitud en los siguientes motivos:

—Señala que los contratos de concesión de espacios públicos de televisión celebrados como resultado de la licitación pública No.01 de 1991, fueron suscritos encontrándose vigentes los artículos 39 y 40 de la Ley 14 de 1991, razón por la cual se incorporó en los contratos "...la previsión de su posibilidad de prórroga". Es por ello, añade, que evidentemente "...puede hablarse de la existencia de un derecho adquirido en cabeza de los actuales concesionarios de espacios de televisión, derecho que el legislador respetó en la ley 182 de 1995, pero que desconoció y vulneró en las disposiciones impugnadas, las cuales no se ajustan al ordenamiento superior".

Impugnaciones a la demanda.

La ciudadana Marta Catalina Daniels Guzman, obrando en su propio nombre y como Representante a la Cámara, presentó a esta Corporación, dentro del término establecido para el efecto, un escrito en el que afirma que el artículo 10 de la Ley 335 de 1996 es constitucional, y que por lo tanto debe ser declarado conforme al ordenamiento superior; sustenta su afirmación de la siguiente manera:

La razón de esta disposición, dice la interviniente, estudiada con detenimiento y profundidad en el Congreso, es la necesidad de hacer que un servicio de la envergadura de la televisión, en los canales que pertenecen al Estado, pueda ser prestado por el mayor número de colombianos con capacidad, pequeña, mediana o grande para hacerlo, de tal manera que con su prestación se vean beneficiados no solamente quienes por muchos años han ejercido el monopolio en esa actividad, sino quienes aspiren legítimamente a hacerlo.

Anota, que en ningún caso se puede argumentar que el legislador violó con la disposición impugnada el artículo 58 de la C.P., pues la posibilidad de prórroga era apenas una expectativa, en cuanto estaba condicionada al cumplimiento de un requisito específico que no se dio, como era la superación de un determinado puntaje en el proceso de calificación que debía efectuarse conforme a las disposiciones legales que el Congreso modificó en desarrollo de las competencias que le son propias, luego no estaban configurados, como lo afirman los demandantes, derechos adquiridos.

El ciudadano Juan Carlos Chaves Mazorra, presentó, dentro del término establecido, un escrito en el que defiende la constitucionalidad de las disposiciones

acusadas, por lo que solicita a la Corte que éstas sean declaradas exequibles. Sustenta su solicitud en los siguientes argumentos:

—El derecho a fundar medios masivos de comunicación, dice, para aquellas personas que no disponen de capital de inversión suficiente para aspirar a operar canales privados de televisión, puede verse realizado a través de la obtención de concesiones de espacios públicos en los canales cuyo operador es Inravisión. Por eso, dada la multitud de aspirantes, resulta adecuado no sólo limitar la duración de los contratos sino prohibir su prórroga, pues sólo así se garantiza que se renueve el medio y surjan nuevas empresas, sin perjuicio de que permanezcan las que actualmente prestan el servicio, las cuales deben contar con el derecho a participar en las nuevas licitaciones.

- Considera que no hay violación del artículo 13 de la C.P., pues el tratamiento diferente que se da a los concesionarios de espacios públicos de televisión y a los operadores de canales privados, se justifica, pues la diferencia en el régimen legal aplicable en lo referido a las prórrogas presenta una base objetiva y razonable que descarta la discriminación.

Consideraciones de la Corte.

a. Consideraciones generales.

La televisión un bien social al servicio de las libertades públicas, la democracia y el pluralismo.

Ya en varias oportunidades⁶ esta Corporación ha destacado las especiales características del servicio público de televisión⁷, dado el impacto y la capacidad de penetración de ese medio de comunicación y su incidencia, según sea el uso que se le de al mismo, incluso en los procesos de consolidación o debilitamiento de las democracias. Ha dicho la Corte:

“...La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que

⁶ Al respecto ver Corte Constitucional Sentencia C-711 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

⁷ Las telecomunicaciones desde atrás han sido catalogadas por el legislador colombiano como un servicio público (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Actualmente dicha característica se consagra expresamente en el artículo 1 de la ley 182 de 1995 : “...la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado”.

caracterice la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política, o más grave aún de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente” (Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Esa singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, en la cual el desarrollo integral del individuo y su fortalecimiento como ser autónomo e independiente dependen, en gran medida, de la capacidad que tenga éste como receptor y emisor de información, además del manifiesto interés de esa misma sociedad, en el sentido de que el manejo del medio masivo de comunicación más importante de nuestra era, en nuestro país se sustrajera del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio se diseñaran e implementaran mecanismos que permitieran la democratización del mismo, hacen que los sistemas y mecanismos que defina el legislador para el acceso de los particulares al uso del espectro electromagnético con el objeto de fundar medios masivos de comunicación, sean definitivos para la realización efectiva de varios de los principios y derechos fundamentales que consagra el ordenamiento superior.

Esos sistemas de acceso y su modificación, constituyen el objeto de la acusación que presentan varios de los actores contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996. En efecto, la acusación central plantea dos aspectos fundamentales sobre los cuales se pronunciará esta Corporación:

El primero, si es viable a la luz de la Constitución y del ordenamiento jurídico vigente, la modificación de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, a través de la aplicación retroactiva de una disposición legal posterior.

El segundo, si la prórroga pactada en los contratos de concesión de espacios públicos de televisión vigentes a la fecha de expedición de la ley que contiene la norma impugnada, es un aspecto susceptible de modificación por una ley posterior, o si por el contrario constituye un derecho adquirido, como tal protegido por el artículo 58 de la Carta Política.

Para ello es necesario detenerse someramente en las características del contrato de concesión de servicios públicos.

El contrato de concesión de servicios públicos.

Definición:

*“En términos generales, para la doctrina la **concesión** tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La **concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente**”⁸ (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz)*

Cómo se otorga la concesión de servicios públicos:

La concesión de un servicio público se otorga, previo un proceso de selección que bien puede ser por invitación para efectuar una contratación directa, o por licitación, a través de la celebración de un contrato administrativo del Estado,

*“...por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, ‘concesionario’, actúa por su propia costa y riesgo. La labor se retribuye con el **precio pagado** por los usuarios o con **subvenciones o garantías** otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez”.*

“La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva la dirección y el control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas”⁹.

En el caso colombiano, la adjudicación de espacios para la prestación del servicio público de la televisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 182 de 1995, se efectuará a través de contratos de concesión; dice la mencionada norma: “...la televisión es un servicio sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política...”.

⁸ Esta es la tesis de los denominados “publicistas” franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jeze.

⁹ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1994.

Los sujetos que intervienen en la concesión:

En cuanto a los sujetos que intervienen en la concesión de servicios públicos, se tiene que ellos son: *el concedente*, que es quien otorga la concesión, que siempre habrá de ser una persona pública; *el concesionario*, que es a quien se le otorga la concesión que puede ser una persona privada, pública, natural o jurídica; y *los usuarios* en cuyo beneficio se otorga la concesión.

Las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión:

En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan.

Naturaleza jurídica del contrato de concesión de servicios públicos:

El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, como se dijo, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.

En el primer caso, dado el carácter administrativo de la concesión, "...la Administración Pública, en ejercicio de sus prerrogativas, [tiene la posibilidad de introducir] todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio. Las modificaciones que establezca la administración siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público, cuya naturaleza habilita tales modificaciones. Estas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria. El deber del concesionario de adaptar el servicio a las nuevas necesidades o conveniencias del público, y el correlativo poder de la administración para exigir el cumplimiento de tal deber derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público"¹⁰.

¹⁰ *Ibíd*em

Nótese que éste tipo de definiciones de la administración, que generan modificaciones a los términos de los contratos de los concesionarios que prestan el servicio, deberán referirse siempre a la prestación del mismo, por eso ellas son de obligatoria aceptación para el contratista, quien tiene la obligación, de carácter contractual, de adaptar sus actividades a las nuevas condiciones impuestas por la administración, las cuales, se presume, se adoptan para optimizar el servicio y por motivos de interés público o bienestar general.

Pero, qué pasa cuando las modificaciones al contrato de concesión, se originan en una ley o reglamento posterior y no se refieren exclusivamente a las condiciones mismas de la prestación del servicio, sino que afectan al concesionario en lo que tiene que ver con sus derechos, obligaciones y prerrogativas como contratista?

Es obvio que operaría el mismo principio, esto es, que el legislador con base en la competencia que le atribuye el artículo 150 de la Carta para derogar, modificar, o interpretar las leyes bajo las cuales se celebraron unos determinados contratos, podrá hacerlo siempre y cuando medien motivos de interés público o de utilidad común, frente a los cuales deberá ceder el interés particular, competencia que en el caso de los servicios públicos se complementa con las facultades que para el Congreso se desprenden del artículo 365 de la Constitución:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos lo habitantes del territorio nacional.

*“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. **En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.** Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.*

Es decir, que los términos de los contratos de concesión de servicios públicos, incluidos los que adjudican espacios públicos de la televisión, pueden verse afectados por las disposiciones de una ley posterior a aquella que regía en el momento de su celebración, inclusive en lo que tiene que ver con los derechos, obligaciones y prerrogativas del concesionario como contratista particular, siempre y cuando esas nuevas disposiciones traduzcan motivos de interés público o bienestar general, que como tales superen el interés particular: “En suma el interés de la comunidad está siempre por encima del interés del individuo, sea cual fuere el origen de su reconocimiento y protección jurídica... aún en las concesiones de

naturaleza contractual el concesionario particular está sujeto a las modificaciones reglamentarias producidas por la administración concedente en atención a las exigencias del servicio *público o a los imperativos del interés social...*¹¹

*"...si se trata de contratación estatal, en la cual el objeto consista en la exploración o explotación de bienes del Estado, la situación jurídica del particular deberá ceder al interés público y social cuando ello sea necesario para la debida aplicación de la ley expedida con fundamento en intereses de esa índole, pues así lo dispone la Carta Política en forma reiterativa"*¹².

En el caso que se analiza, el legislador sostuvo en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley,¹³ que las razones que fundamentaron su decisión de modificar el artículo 49 de la Ley 182 de 1995, que preveía que los contratos de concesión de espacios públicos de televisión seguirían sometidos a las normas contenidas en la ley 14 de 1991, las cuales contemplaban la prórroga de los mismos previo el cumplimiento de unos determinados requisitos de calificación, tienen relación directa con la obligación que el Constituyente le impuso al legislador, a través de las disposiciones del artículo 75 superior, de garantizar, por medio de la ley, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético.

Sobre el tema es pertinente analizar los antecedentes que tienen que ver con lo dispuesto por los artículos 14, literales d) y e), 39, numeral 3 y 40 de la Ley 14 de 1991, y 50 de la Ley 182 de 1995, derogados por el artículo que se examina, los cuales, a juicio de la Corte, eran claramente inconstitucionales por las siguientes razones:

Las normas mencionadas, sin lugar a dudas, establecían las prórrogas sucesivas y sin límite (en cuanto al número de las mismas), de los contratos de concesión de espacios de televisión. Bastaba que el concesionario cumpliera sus obligaciones contractuales, obligación elemental que tiene todo contratista. En últimas, lo que establecían era la concesión perpetua de los espacio de televisión. A la luz de los textos de tales normas, resulta imposible sostener que ellas establecían un límite a las prórrogas sucesivas, por ejemplo, que pudiera haber solamente una prórroga. Para que esto fuera así, habría tenido que decirse en la norma que el contrato solamente podría prorrogarse una vez, o dos veces, o, en fin, un número definido de veces. Tal restricción, sin embargo, no existía; por ejemplo, ¿cómo sostener que había límites en el artículo 40 de la Ley 14 de 1991, que simplemente establecía que "se prorrogarán aquellos contratos que al vencimiento de su período de ejecución obtengan el ochenta por ciento (80%) o

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-551, M.P. Dres. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, citando a Zanobini.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994.

¹³ Exposición de motivos proyecto de ley No. 088, 098, 104 y 107 Cámara de Representantes, Diario Oficial No.445, 16 de octubre de 1996, pag.2

más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por la Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 14, literal d) de la presente ley"? ¿Y cómo sostener que había limitación al número de prórrogas en el artículo 50 de la Ley 182 de 1995 que ordenaba tales prórrogas indefinidamente?

No puede perderse de vista que al prorrogarse el contrato, cuya vigencia era de seis años, se prorrogaban todas sus cláusulas, entre ellas, como es lógico, la cláusula misma de la prórroga.

Ahora, ¿por qué eran inexecutable las normas que consagraban las prórrogas sucesivas e ilimitadas, equivalentes a la concesión perpetua de espacios de televisión?

Porque quebrantaban, en primer lugar, el artículo 75 de la Constitución, especialmente estas disposiciones contenidas en él:

"Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso [el del espectro electromagnético] en los términos que fije la ley.

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético".

¿Cómo conciliar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, con estas prórrogas sucesivas e ilimitadas, equivalentes a la concesión perpetua? ¿Cómo hablar de competencia entre los concesionarios perpetuos de los espacios de televisión, y todas las demás personas?

Pero, además, también las normas derogadas violaban el artículo 20 de la Carta Política, en lo relativo al derecho de todos a "fundar medios masivos de comunicación". ¿Para qué fundar uno de tales medios, si los espacios de televisión en los cuales podría difundirse, estaban concedidos a perpetuidad, en virtud de las prórrogas sucesivas e ilimitadas?

Por lo anterior, es clara la inexecutable de las disposiciones señaladas. Si ella no se declara expresamente en la parte resolutoria de esta sentencia, es sólo porque fueron derogadas por la ley 335 de 1996, y no están produciendo efectos.

Ahora bien, enjuiciados estos antecedentes, le corresponde a la Corte determinar, si las disposiciones impugnadas, que modificaron los términos de los contratos de concesión celebrados bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, en cuanto prohibieron la prórroga a la que tenían derecho los concesionarios de espacios públicos de televisión, la cual estaba condicionada al cumplimiento de los presupuestos consignados en el artículo 40 de la mencionada ley, efectivamente

contribuyen a realizar de manera más amplia la garantía de igualdad de oportunidades para el acceso al uso del espectro electromagnético, con el objeto de prestar el servicio público de la televisión, consagrada como deber del Estado en el artículo 75 superior; esto es, si se imponen como motivos de utilidad pública e interés general que como tales superan el interés particular, al contribuir a la democratización de dicho medio masivo de comunicación y evitar las prácticas monopolísticas respecto del mismo.

Sobre el particular es pertinente remitirse a algunos de los pronunciamientos de esta Corporación. El primero relacionado con la libertad de fundar medios masivos de comunicación como derecho fundamental de aplicación inmediata. Dijo la Corte:

“La libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho fundamental de aplicación inmediata. A través de los medios masivos de comunicación se difunde la información bien sea en forma escrita, oral o audiovisual. En tal sentido, la libertad de fundar estos medios sugeriría la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar. Mientras que en algunos casos sólo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir su pensamiento u opinión —prensa escrita—, en otros se deben utilizar bienes de uso público para ejercer los derechos propios de esta actividad. Esta distinción es importante en lo que respecta al reconocimiento del carácter de derecho de aplicación inmediata de la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial” (Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es decir, que en tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo.

“El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el

número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión” (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

En esta perspectiva, la pregunta que surge es si la prórroga prevista en el artículo 40 de la Ley 14 de 1991, la cual algunos entienden “automática” en la medida en que obligaba al concedente, no así al concesionario, siempre y cuando que se cumplieran los presupuestos previstos en dicha norma, esto es que el concesionario obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales establecidas para el efecto por la CNTV, impedía o restringía el acceso democrático al uso del espectro electromagnético, o la garantía de igualdad de oportunidades que el Estado debe ofrecer a “todos” los ciudadanos que aspiren a utilizarlo para realizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que para ellos consagró el artículo 20 de la Constitución.

Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que “todos” los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta.

*“...le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, **siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio**, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto” (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).*

De otra parte, dadas las condiciones de restricción del bien público que se aspira a explotar, que impiden que todas las personas que lo deseen ejerzan libremente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran

de la utilización del espectro electromagnético, consagrado en el artículo 20 de la C.P., la prórroga a que se refiere el artículo 40 de la ley 14 de 1991, se traduciría en un tratamiento preferente para aquellas personas que hayan sido concesionarias, que excluye definitivamente la posibilidad de que otras que no lo hayan sido compitan con ellas, lo cual implica discriminación para las segundas, sin que exista una "justificación objetiva y razonable" que legitime ese distinto trato, lo que contradice las disposiciones del artículo 13 de la Constitución.

"...los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración" (Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es importante aclarar, que las disposiciones que se acusan no le impiden al actual concesionario participar en los nuevos procesos de adjudicación, lo que si sería violatorio de sus derechos fundamentales y de otras normas de la Constitución. Ellos podrán hacerlo en igualdad de condiciones junto con otros que no hayan tenido la oportunidad de explotar ese bien público, con la ventaja de que podrán acreditar una experiencia que muy probablemente repercutirá positivamente en la calificación que como aspirantes obtengan; no se trata, como lo plantea uno de los actores, de que esa experiencia se constituya en inhabilidad; al contrario, ésta será una ventaja comparativa importante a la hora de competir por un espacio, de lo que se trata es de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 75 superior :

"Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

"(...)".

En consecuencia, si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, tal como estaba concebida en el artículo 40 de la Ley 14 de 1991, restringía el acceso democrático e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro entonces, que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de

espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella constituye una “forma de censura”:

Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, que como se ha visto, en el caso sub-examine, contribuye a garantizar una mayor democratización en el uso de un bien público restringido como lo es el espectro electromagnético, vulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia, con lo que se desvirtúan las acusaciones que corresponden al segundo cargo de inconstitucionalidad.

Ahora bien, el segundo interrogante que debe absolver esta Corporación, es si ese derecho a la prórroga que tenían los concesionarios de espacios públicos de televisión, que celebraron sus contratos bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, constituye, como lo afirman los demandantes, un derecho adquirido protegido por las disposiciones del artículo 58 de la C.P., o si era apenas una mera expectativa.

En primer lugar es necesario precisar la noción de derecho adquirido :

“La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa...Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

“Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

“Ajusta mejor a la técnica denominar «situación jurídica concreta o subjetiva», al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución...y «situación jurídica abstracta u objetiva» a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”¹⁴.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de diciembre de 1974.

La controversia que se plantea en el caso sub-examine, tiene que ver con el “derecho” a la prórroga que tenían los concesionarios de espacios públicos de televisión que celebraron sus contratos bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, el cual, en opinión de los demandantes se configura como un derecho adquirido.

Veamos, esos concesionarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 14 de 1991, tenían “derecho” a que se prorrogaran sus contratos, y el concedente estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando los primeros cumplieran con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 14 de 1991 :

“Artículo 39. Los contratos de concesión de espacios de televisión tendrán un plazo de ejecución de seis (6) años, prorrogables según las reglas del artículo siguiente, cuando quiera que se cumplan las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión...”.

“Artículo 40. Prórroga de los contratos de concesión. Seis (6) meses antes del vencimiento del término de duración de los contratos de concesión, el Consejo Nacional de Televisión determinará y comunicará qué contratos se prorrogan de conformidad con las siguientes reglas:

“1. Se prorrogarán aquellos contratos que al vencimiento de su período de ejecución obtengan el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 14, literal d) de la presente ley.

“(...)”.

Es decir, que el derecho sólo se perfeccionaba previo el cumplimiento de esa condición, lo que significa que mientras ello no sucediera el concesionario apenas tenía una expectativa.

“...la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas «expectativas», pues como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha

trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función” (Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Quiere decir lo anterior, que en el momento en el que el legislador expidió la norma impugnada, “el derecho” a la prórroga no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal estuviera protegido por el artículo 58 superior. Apenas existía una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por parte del legislador, el cual decidió prohibir las prórrogas, con el objeto de propiciar una mayor democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y de garantizar la igualdad de oportunidades para todos aquellos que aspiraran a utilizarlo, para fundar medios masivos de comunicación, decisión que afectó a los contratos vigentes a la fecha de expedición de la norma atacada y a aquellos que se celebren con posterioridad.

“La norma (art.58 C.P.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas. Estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca” (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1994, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, si el legislador, como ha quedado demostrado tenía capacidad para modificar discrecionalmente la “expectativa de prórroga” consignada en los contratos de concesión de espacios públicos de televisión celebrados bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, modificación que como tal podía incluir la supresión de la misma, es obvio, por sustracción de materia, que la CNTV quedaba relevada de la obligación que tenía, consagrada en el artículo 50 de la Ley 182 de 1995, de expedir el reglamento aplicable para determinar si procedía o no dicha prórroga, con lo que se desvirtúan las acusaciones de violación de los artículo 29 y 113 de la C.P., que sustentan el quinto cargo de inconstitucionalidad.

De otra parte, las prórrogas, ha dicho el Consejo de Estado, implican un nuevo acuerdo de voluntades. Ellas son sobrevinientes o posteriores al contrato original; por ello en el evento de que se expida una nueva legislación a ellas no le son aplicables, como lo afirman algunos de los actores, las disposiciones de los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, que garantizan que los contratos se rigen por las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En el caso que se analiza, ese nuevo acuerdo de voluntades que sustentaría las prórrogas previstas por la ley, sólo procedía en aquellos casos en que el contratista, al vencimiento de su período de ejecución, obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, según lo dispuso el artículo 50 Ley 182 de 1995; es decir, que en cada caso la prórroga era una expectativa, una probabilidad, que estaba condicionada al cumplimiento de ese requisito, pues si el puntaje era inferior no había prórroga.

Ahora bien, se alega por parte de algunos de los actores que ese “derecho” a la prórroga, que como ha quedado establecido apenas era una expectativa, consignado en los contratos de concesión de espacios públicos de televisión celebrados bajo la vigencia de la Ley 14 de 1991, motivó a los actuales concesionarios a efectuar grandes inversiones, las cuales con la decisión del legislador de prohibirlas se perdieron, ocasionándoles graves perjuicios de carácter económico por los que debe responder el Estado; al respecto señala la Corte, que esa controversia, dado que se origina en un contrato estatal cuyo objeto es la explotación de un bien público, le corresponde dirimirla, si se presenta, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Respecto al cargo de violación del derecho a la igualdad, sustentado en el hecho de que la prohibición de prórroga de los contratos de concesión tan sólo afecta a los concesionarios de espacios de canales nacionales de operación pública, y no a los operadores zonales¹⁵, a los cuales, según lo interpretan los demandantes, se les adjudicarían concesiones por tiempo ilimitado, cuando en realidad para ellos rige lo dispuesto en el artículo 48 de la citada Ley 182 de 1995, que establece en su literal e) que la concesión en esos casos se conferirá por un término de hasta diez (10) años prorrogables de conformidad con las normas que sobre el particular expida la Comisión Nacional de Televisión, con lo cual, afirman, se configuraría una situación de discriminación para los primeros, coincide la Corte con el concepto emitido por el Señor Procurador General de la Nación, cuando señala que en tratándose de dos tipos de contrato diferentes, cuyos supuestos de hecho son distintos, no existe razón válida para que el legislador esté obligado a establecer, para efectos de prórroga, un tratamiento idéntico; sobre el particular ha dicho esta Corporación:

“..el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas...diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.)...” (Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

No encuentra entonces la Corte que las disposiciones impugnadas violen el derecho a la igualdad del que son titulares los concesionarios de espacios de televisión de canales públicos, pues los supuestos de hecho que sustentan el contrato que ellos celebran con el Estado, son sustancialmente diferentes de los que servirán de base para la celebración de contratos de concesión cuyo objeto

¹⁵ El artículo 23 de la ley 335 de 1996, establece que para efectos de la interpretación de la ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión “canal zonal o canales zonales”, debe entenderse que se trata de canales nacionales de operación privada.

será operar canales privados, teniendo el legislador libertad para, a través de la ley, darles un tratamiento diferente. Con lo anterior se desvirtúa el primer cargo de inconstitucionalidad a que hace referencia esta sentencia.

Por último, tampoco encuentra la Corte justificado el cargo de inconstitucionalidad que se formula contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996, que se sustenta en la presunta violación del artículo 112 de la Carta Política, pues el derecho a ejercer libremente la función crítica, y a desarrollar alternativas de esa naturaleza a través de los medios de comunicación, que el Constituyente radicó de manera expresa en cabeza de los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno, encuentra plena realización en las disposiciones del artículo 31 de la ley 182 de 1995, el cual fue declarado exequible por esta Corporación¹⁶, sin que su núcleo esencial se vea afectado por la prohibición de prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión.

Argumenta el demandante, que los noticieros son medios que representan corrientes políticas, algunas de ellas de oposición, por lo que no prorrogar sus contratos es una forma de coartar su derecho a criticar el gobierno de turno. Sobre este particular señala la Corte, que una cosa son los espacios que el Estado está obligado a garantizar para que los partidos y movimientos políticos difundan su pensamiento y sus propuestas y tengan acceso a sus potenciales seguidores y electores, y para que ejerzan su derecho a la crítica y a la oposición, y otra muy distinta los noticieros, cuya función principal es suministrar información objetiva, veraz e imparcial, que garantice en todas sus dimensiones el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la C.P, del cual somos titulares todos los colombianos.

Eso no quiere decir, obviamente, que a los dueños y directores de esos programas les esté vedado el derecho que tienen, como cualquier ciudadano, de orientar sus actividades y el desarrollo de su trabajo de acuerdo con sus propias convicciones e ideología, siempre y cuando lo hagan dentro del marco de las limitaciones que para el efecto les imponen la Constitución y la ley.

No hay pues una relación de causalidad entre el término de duración de un contrato de concesión de espacios públicos de televisión, la posibilidad de prórroga de los mismos, y el efectivo ejercicio del derecho consagrado en el artículo 112 de la Carta Política, el cual se garantiza a través del citado artículo 31 de la Ley 182 de 1995, que haga posible concluir que la prohibición de éstas últimas vulnera su núcleo esencial.

Por todo lo dicho, la Corte declarará exequibles las disposiciones impugnadas del artículo 10 de la ley 335 de 1996.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

ARTICULO 11, LEY 135 DE 1996.

Artículo 11, Ley 135 de 1996.

“Artículo 11. Los operadores privados del servicio de televisión deberán reservar el 5% del total de su programación para presentación de programas de interés público y social. Uno de estos espacios se destinará a la Defensoría del Televidente. El Defensor del televidente será designado por cada operador privado del servicio de televisión Artículo 11, Ley 135 de 1996”.

Cargo de inconstitucionalidad.

Para los ciudadanos Augusto Ramírez Ocampo y Armando Novoa García, los apartes demandados de este artículo son contrarios al *principio de participación*, que como pilar fundamental del Estado social de derecho, consagra la Constitución Política; dicho principio, cuya realización debe propiciar el Estado brindando condiciones que permitan su ejercicio en forma autónoma e independiente, especialmente cuando se predica de usuarios de los servicios públicos, se vulnera cuando se les impide a éstos ejercer el control que les compete sobre la prestación de los mismos. Con base en ese planteamiento, sostienen los actores, cuando la norma impugnada establece que el “defensor del televidente” será designado, en cada caso, por el mismo operador privado del servicio, lo que implica que dicho funcionario no sea más que un “apéndice de aquél”, el legislador no sólo desvirtuó la función de control, sino que coartó y restringió la posibilidad de una *participación eficaz* de los usuarios en las funciones de vigilancia y control del servicio público de televisión, cuando lo presten concesionarios privados, dando paso a la arbitrariedad y manipulación por parte de ellos y violando, entre otros, los artículos 1, 2 y 103 de la C.P.

Concepto del Ministerio Público.

Para el Ministerio Público, el cargo formulado contra el artículo 11 de la Ley 335 de 1996 debe prosperar, pues la figura del defensor del televidente se desvirtúa como mecanismo de participación ciudadana, si su elección queda en manos precisamente de los operadores privados de ese servicio, esto es, de los sujetos que serán objeto de control.

Señala, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política, la participación ciudadana se constituye en una de las finalidades del Estado, por lo que ella no se concreta ni se realiza si el control que le corresponde ejercer a los ciudadanos sobre la prestación de un servicio público como la televisión, se radica en cabeza de quien lo presta, que es lo que ocurre cuando se habilita a los mismos operadores del servicio para designar el veedor de la ciudadanía.

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones

Manifiesta la apoderada del Ministerio que este artículo es constitucional, porque permite el control, por parte de los ciudadanos, de la gestión cumplida por los concesionarios de los canales de televisión, además de que establece unos mecanismos idóneos de defensa en favor de los derechos de los consumidores.

Consideraciones de la Corte.

La participación en la gestión y fiscalización del servicio público de la televisión es un fin del Estado social de derecho.

La televisión, como se ha dicho en forma reiterada por parte de esta Corporación, es el medio masivo de comunicación al que más poder de penetración se le atribuye en la sociedad moderna; a ella se le hace responsable de la consolidación de un nuevo paradigma de vida, un paradigma cuyo epicentro es un individuo que, determinado por la complejidad y densidad del contexto en el que se desenvuelve, necesita, para relacionarse con otros, para poder realizar actos de comunicación que afectan y determinan su vida diaria, de intermediarios, necesidad que en gran medida suplió la tecnología con la televisión; de hecho, a través de ella se han cimentado las bases de una nueva cultura, en la cual el dominio del poder político y económico lo determina, en gran medida, la capacidad de orientar la toma de decisiones de la opinión pública, decisiones que van desde aquellas relacionadas con el sistema político del que hacen parte las personas, hasta aquellas que caracterizan y definen su cotidianidad, esto es, sus hábitos de consumo.

Es tal su poder de penetración y su cobertura, que incluso actualmente se discute si su uso es o no, efectivamente, una decisión libre y personal, o si su fuerza ha hecho de ella una imposición tácita a la cual el hombre de la modernidad, y de la postmodernidad, está supeditado.

En esta perspectiva, es indiscutible que la televisión afecta en términos sustantivos la vida diaria del individuo, y que, a través de ella, quienes tengan acceso al uso del espectro electromagnético para fundar medios masivos de comunicación, tendrán la posibilidad de permear el tejido social y de encauzar el derrotero del grupo o comunidad que toman como "objeto", afectando y determinando sus modelos de vida. De ahí que la *participación* de los individuos que conforman esos determinados grupos o comunidades, en la definición de las políticas que la rijan, en la ejecución de dichas políticas y en la prestación misma del servicio en términos de programación, actividades todas en las que subyacen decisiones que los afectan, en el esquema de un Estado social de derecho, se convierta en un imperativo, en un fin esencial del Estado, tal como lo estableció de manera expresa el Constituyente:

*“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan** y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.*

De otra parte, si se tiene en cuenta que la televisión es un servicio público, que como tal está supeditado a los mandatos del artículo 369 de la Carta Política, se encuentra que es obligación ineludible del legislador determinar “las formas de participación” de los usuarios del servicio, en la gestión y fiscalización del mismo y de las entidades responsables de su prestación, con lo que se identifica un fundamento más de rango constitucional para la realización del principio de participación, en lo que a la televisión se refiere, como imperativo en el Estado social de derecho. Además, la realización de dicho principio encuentra otro fundamento en la Carta Política, el consagrado en el artículo 270 superior que le atribuye al legislador la responsabilidad de organizar las formas y sistemas de participación ciudadana. que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos, y sus resultados.

Es decir, que en el caso del servicio público de la televisión, el legislador tiene la responsabilidad de regular, a través del diseño de mecanismos y sistemas eficaces, el principio de participación ciudadana, pues, dadas sus características, la televisión es un servicio que afecta de manera sustancial e indiscriminada la vida de sus usuarios, los cuales, dada la cobertura creciente del mismo, equivalen prácticamente a la totalidad de la población.

La pregunta que surge entonces, es si el mecanismo previsto en el artículo 11 impugnado de la ley 335 de 1996, permite efectivamente el desarrollo del principio de participación ciudadana en lo relacionado con el servicio público de la televisión. Para ello, es pertinente remitirse previamente a lo dicho por esta Corporación en relación con las características de dicho principio:

“...la participación del usuario en la gestión y fiscalización de los servicios públicos permite al individuo experimentar personalmente las ventajas de su pertenencia al Estado social de derecho. En la práctica, sin embargo, la posición del ciudadano en la gestión de los servicios públicos deja mucho que desear. Históricamente ha primado una visión despótica del Estado que excluye a los particulares de participar en las decisiones que afectan su vida diaria. La instauración de una democracia participativa debe poner fin a esa situación. No obstante, no basta para asegurar la participación ciudadana la mera consagración positiva de derechos constitucionales sino que, además, es necesario un desarrollo legislativo que involucre un sistema eficaz de recursos ágiles y sumarios y de mecanismos de participación efectiva.

“La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (C.N. Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Al analizar la disposición impugnada, se encuentra que a través de ella el legislador estableció, para los canales de operación privada, primero algunos mecanismos que permiten la realización indirecta del principio de participación y luego un sistema de auto-control para los canales privados, del cual están excluidos los usuarios del servicio; al efecto expresamente le impuso a los operadores de dichos canales las siguientes obligaciones:

—Reservar por lo menos el 5% de su programación, para la emisión de programas de interés público y social.

—De esos programas, destinar por lo menos uno a la defensoría del televidente.

—Designar él mismo al defensor del televidente.

Las dos primeras obligaciones propician indirectamente la realización del principio de participación ciudadana, pero no lo realizan plenamente, pues a través de la primera, por ejemplo, se viabiliza la utilización de espacios por parte de las organizaciones no gubernamentales, de las instituciones del Estado y en general de los ciudadanos, para desarrollar y tratar temas de interés público y social, entre los cuales están, obviamente, los que tienen ver directa o indirectamente con la prestación de los servicios públicos, entre ellos la televisión; en la segunda, ya de manera expresa se obliga al operador privado a destinar por lo menos uno de esos programas a la defensa del televidente, con lo que se garantiza un mínimo espacio para la realización del principio de participación, el cual, no obstante, requiere para su pleno desarrollo del diseño paralelo de mecanismos que permitan el acceso a ese espacio de los usuarios del servicio, aspecto que no contempla la norma atacada ni ninguna otra disposición de la ley 335 de 1996; el problema que plantean los actores surge con la tercera obligación, que establece que será el mismo operador privado el que designe al defensor del televidente.

En principio, teniendo en cuenta que ese es el único mecanismo que previó la ley para la defensa del televidente, la Corte encuentra justificados los cuestionamientos que al mismo le hacen los demandantes, pues bajo ese presupuesto es claro que con él no se garantiza ni la participación de los usuarios,

a quienes se excluye del proceso de designación, ni la objetividad e imparcialidad que requieren las actividades que deberá cumplir esa institución.

Ahora bien, eso no quiere decir que el nombramiento de “un defensor del televidente” por parte del operador privado en sí viole algún precepto de la Carta Política, pues dichos operadores privados, al igual que cualquier empresario, entidad u organización que preste un servicio, están en libertad de hacerlo, como en efecto ha venido ocurriendo en diferentes sectores que encuentran en esta figura un mecanismo eficaz de control de calidad y un importante insumo para la prestación de un mejor servicio, es el caso, por ejemplo, de algunas entidades financieras o de algunos medios escritos de comunicación que han designado este tipo de funcionarios (defensor del cliente, defensor del lector etc.). Tampoco encuentra la Corte que al imponerlo como obligación al concesionario el legislador haya incurrido en el desconocimiento de alguna norma del ordenamiento superior, pues es tal la trascendencia del servicio que prestan los operadores privados de televisión, que cualquier mecanismo que sirva para el control y vigilancia del mismo se impone como de interés general.

Lo que no se puede aceptar por ser violatorio de la Constitución, es que ese mecanismo previsto por el legislador se entienda como un instrumento para la defensa y participación del usuario en la gestión y fiscalización de la prestación del servicio, y que con él se pretenda agotar la obligación que el Constituyente le atribuyó a aquel, de diseñar sistemas y mecanismos eficaces de participación ciudadana para esos efectos, que permitan, paralelamente, la realización de un principio fundamental y un fin esencial del Estado como es la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afecten; y no se puede aceptar sencillamente porque los usuarios del servicio, los ciudadanos en general a quienes constantemente se les impacta a través de ese medio masivo de comunicación, de hecho están excluidos totalmente del sistema estudiado, el cual como se dijo no puede calificarse como un sistema de participación ciudadana cuando apenas es un mecanismo de auto-control que el legislador juzgó conveniente imponer a los operadores privados de televisión

Es decir, que el precepto impugnado no regula ni desarrolla sistemas o mecanismos de participación ciudadana para la gestión y fiscalización del servicio público de televisión; dicha norma consagra un mecanismo de auto-control que deberán implementar los operadores de canales privados, cuyas características, como quedó demostrado, en nada contrarían el ordenamiento superior, motivo por el cual la Corte lo declarará exequible, pero en el entendido de que no se trata de la regulación de una forma de participación ciudadana, que permita el ejercicio autónomo e independiente de ese derecho-deber por parte de los usuarios del servicio de televisión, sistema que el legislador deberá diseñar e implementar de manera perentoria y en el menor tiempo posible, pues de lo contrario estaría desconociendo mandatos fundamentales de la Carta Política.

ARTICULO 13, LEY 335 DE 1996.

“Artículo 13. El artículo 56 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“A partir del 1o. de enero de 1998, el servicio de televisión será prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada.

“Los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Dichas sociedades deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores.

“Quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, no podrá ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

“En aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

“De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado.

“Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

“No se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena”.

Primer cargo de inconstitucionalidad.

En opinión de los demandantes, Javier Dario Restrepo y María Teresa Herrán, el inciso segundo impugnado propicia la concentración de la propiedad en los canales de operación privada, pues su aplicación dejará el camino abierto para que un grupo económico pueda llegar a tener el control total de uno de estos canales; la Corte Constitucional dicen, ha reivindicado “...el derecho social que todos los colombianos tienen a una T.V. manejada sin interferencias o

condicionamientos del poder político o económico, lo que se desvirtúa si se propicia, como lo hace la disposición impugnada, una práctica monopolística, violando, aunque no lo señalan expresamente, el artículo 336 de la Carta Política y de paso el principio de pluralismo que consagró el artículo 75 de la misma; "...no establecer límite porcentual de propiedad accionaria, como si se hace para los canales nacionales de operación pública, agregan, es abrir la posibilidad para que un grupo económico sea dueño del 100% del canal respectivo, lo cual va en contravía de lo dispuesto en las normas superiores mencionadas.

Para respaldar los anteriores argumentos, los cuales comparten, los ciudadanos Gustavo Petro Urrego, José del Carmen Cuesta Novoa y Andrés Martínez, establecen un paralelo entre la norma modificada, artículo 56 de la ley 182 de 1995, y la norma objeto de impugnación, el artículo 13 de la ley 335 de 1996, para señalar cómo la primera, en concordancia con los mandatos de la Constitución y atendiendo elementales pautas de democracia y restricciones a la concentración de la propiedad de los canales privados de televisión, establecía un tope del 30% a la participación accionaria de las empresas concesionarias zonales, incluyendo en la redacción la figura del "real beneficiario de la inversión", medidas éstas, que junto con la aclaración de esta Corporación, en el sentido de que se trataba de sociedades anónimas de carácter abierto, permitían el cumplimiento de los mandatos consagrados en los artículos 20, 58, 75, 333, 334 y 336 de la C.P.

Concepto del Ministerio Público.

Señala el Procurador, que la inconstitucionalidad que en concepto de los actores afecta las disposiciones impugnadas del artículo 13 de la ley 335 de 1996, no proviene de la materialidad de la norma acusada, sino de "...la insuficiencia de hipótesis normativas en relación con la regulación del tope accionario, el cual, estiman, guarda íntima relación con la garantía constitucional de la democratización accionaria".

Manifiesta igualmente, que llama la atención de su despacho el desconocimiento que hizo el legislador al redactar la norma acusada, del pronunciamiento de esta Corporación contenido en la sentencia C-093 de 1996, pues en ella quedó claramente establecido que los concesionarios del servicio público de televisión, en todo caso, deberán ser sociedades anónimas **abiertas**, lo que implica que ninguno de los socios podrá ser el titular de más del 30% de acciones en circulación. Tal condicionamiento, anota el Ministerio Público, es imprescindible para evitar que grandes grupos económicos controlen el servicio público de la televisión, lo cual ocasionaría la violación del artículo 75 de la Constitución, pues impediría el cumplimiento de principios esenciales consignados en esa norma, tales como la igualdad de oportunidades para el acceso a la prestación de ese servicio, el pluralismo informativo y la competencia, todo lo cual conduce a propiciar prácticas monopolísticas.

Con base en los anteriores argumentos solicita a la Corte que declare la exequibilidad del aparte atacado, condicionada a que se entienda "...que las sociedades prestadoras del servicio de televisión son sociedades abiertas y en consecuencia están sujetas a la restricción de la concentración de la **propiedad** accionaria, contenida en el numeral 2 del artículo 5 del decreto 679 de 1994.

Segundo cargo de inconstitucionalidad.

Los mismos actores acusan también al inciso séptimo del artículo 13 de la ley 335 de 1996, de violar el principio de igualdad al que se refiere el artículo 13 de la C.P. , pues según ellos lo dispuesto en él, en el sentido de que no se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión, en la respectiva cadena, sólo sería aplicable a los concesionarios de canales nacionales de operación pública, dado que en los de operación privada el concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo de la misma norma, puede ser un solo grupo económico, al no establecer la norma restricción en lo que hace a la propiedad de acciones.

Intervenciones oficiales

Ministerio de Comunicaciones.

La apoderada del Ministerio de Comunicaciones, defiende la constitucionalidad del artículo 13 acusado, manifestando que si bien éste elimina el límite porcentual de propiedad accionaria aplicable a los concesionarios, esto lo determinó el Congreso en desarrollo de las funciones que le son propias en materia de intervención en la economía, cuando se trata de la prestación de servicios públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política.

Además, dice la apoderada del Ministerio, lejos de crear monopolios, la intención del legislador es fomentar la pluralidad de opciones en materia de televisión para los consumidores de este servicio, en donde los concesionarios públicos y privados entran en clara competencia. Por si fuera poco, agrega, la norma atacada dispone que no es posible que una persona natural o jurídica beneficiaria real de la inversión, sea titular de más de una concesión, o que participe en el capital de más de una sociedad que tenga una concesión para prestar el servicio, de lo cual es fácil concluir que el argumento de la constitución de monopolios es falaz y malintencionado.

Intervenciones ciudadanas.

Para la Representante a la Cámara Martha Catalina Daniels Guzmán, este artículo no es más que el desarrollo de los principios constitucionales de limitación a las prácticas monopolísticas y a los abusos de posiciones dominantes; además,

dice, propicia el cumplimiento de los principios de participación democrática y desconcentración de la propiedad, cuya regulación es facultad exclusiva del Congreso, especialmente en los casos que implican la obtención, por parte de los particulares, de lucro a partir de la utilización de bienes del Estado.

El requisito de los 300 socios como mínimo, continúa la interviniente, solamente pretende hacer realidad los principios arriba enunciados, aplicar el decreto reglamentario de la Ley de Contratación Administrativa y reproducir lo ya estipulado en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995.

Por su parte, Juan Carlos Chavez Zamora defiende la constitucionalidad de este artículo de la Ley 335 de 1996, argumentando que hoy en día no se puede hablar de monopolios televisivos, si se tiene en cuenta que las señales de televisión de todo el mundo se pueden captar a través de los servicios de parabólicas y satélites; de otra parte, agrega, la propia ley demandada consagra prohibiciones y condicionamientos legales para alcanzar la concesión, que impiden la conformación de monopolios.

Consideraciones de la Corte.

Las disposiciones de la norma impugnada hacen parte del artículo 13 de la ley 335 de 1996, que modificó el artículo 56 de la Ley 182 de 1995.

El artículo modificado de la ley 182 de 1995 establecía lo siguiente:

“Artículo 56. Sociedades Anónimas para la prestación del servicio de Televisión. Para efectos de la prestación del servicio de televisión en cualquiera de los canales zonales a que se refiere la presente ley, los concesionarios deberán ser sociedades anónimas, cuyas acciones estén inscritas en la bolsa de valores.

“Ninguna persona o grupo de personas que conforman un mismo beneficiario real en los términos del artículo 55 de la presente ley, será titular de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital social.

“(…)”.

Es decir, que de conformidad con las disposiciones de dicha norma, los concesionarios de los entonces denominados canales zonales de televisión deberían ser sociedades anónimas, cuyas acciones estuvieran inscritas en la bolsa de valores, y en las cuales ninguna persona o grupo de personas podría ser titular de más del 30% de las acciones representativas del capital social.

En consecuencia, su caracterización coincidía, en esencia, con la de las denominadas sociedades anónimas abiertas, las cuales se encuentran definidas en el artículo 5 del Decreto No. 679 de 1994:

“Artículo 5. Definición de las sociedades anónimas abiertas. Para efectos de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

“1. Tengan más de trescientos accionistas.

“2. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.

“3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

“(....) ”.

Las sociedades anónimas, se encuentran definidas en la Ley 222 de 1995, que a su vez regula la creación de las sociedades anónimas por suscripción sucesiva, modalidad que entró a regir en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la reformas al Código de Comercio.

En efecto, la sociedad anónima es, en sentir de esta Corporación, una de las más importantes formas asociativas consagradas en el sistema jurídico económico colombiano, como quiera que a través de ellas se canalizan más recursos de capital para emprender grandes obras o actividades económicas complejas y costosas como sería el caso de la prestación del servicio de televisión a través de los canales nacionales de operación privada. En este orden de ideas, la sociedad anónima, como verdadero factor de desarrollo económico y social, permite la participación democrática del capital en el crecimiento sectorial de las telecomunicaciones; por ello la Ley 222 de 1995, que modificó el Código de Comercio, es aplicable al caso sub examine, en virtud del fortalecimiento que dichas normas introdujeron en el mercado accionario con efecto especial en las bolsas de valores. El ajuste de las normas sobre quórum y mayorías, la reestructuración del sistema de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto, la reglamentación del mecanismo de creación de sociedad anónima por constitución sucesiva, entre otras importantes innovaciones, representan un significativo aliciente para el mercado accionario y el acceso de los ciudadanos a la propiedad.

Ahora bien, la Ley 222 de 1995, define un procedimiento que contiene, en esencia, el desenvolvimiento de una serie de fases que van desde la elaboración del programa de fundación, luego otra etapa que conlleva el recaudo de los recursos de capital mediante la colocación de acciones y finalmente, un estudio de constitución de la sociedad mediante el cumplimiento de las formalidades legales previstas en el ordenamiento mercantil colombiano, que ocurre siempre y cuando se hayan recaudado los recursos requeridos.

Ciertamente, desde la expedición del artículo 56 de la Ley 182 de 1995, el legislador introdujo las características esenciales de las denominadas sociedades anónimas abiertas, a saber: que sus acciones estén inscritas en las bolsas de valores

y que en ningún caso una persona o grupo de personas podrán tener más del 30% del total de las acciones representativas del capital social, omitiendo la correspondiente al número mínimo de accionistas.

Ese inciso primero del citado artículo 56 de la Ley 182 de 1995 fue demandado ante la Corte Constitucional, la cual en un pronunciamiento de fondo lo declaró exequible,¹⁷ “...bajo el entendido de que las sociedades a que la norma se refiere son aquellas cuyo capital en su totalidad se integra mediante ofertas destinadas al público en general y siempre que conserven realmente el carácter de abiertas, con el fin de garantizar el derecho fundamental a fundar medios masivos de comunicación y con el objeto de promover la democratización accionaria”. La Corte fundamentó su decisión, entre otros, en el siguiente argumento:

“...consecuente con la finalidad de garantizar el pluralismo informativo y la competencia y en orden a evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, considera la Corte que lo que pretende la ley de televisión para hacer viable la democratización en el acceso al servicio público de televisión, es que se distribuya éste entre el mayor número de personas y por ello, el medio jurídico más expedito es desde su constitución y funcionamiento, la existencia de la sociedad anónima abierta y democrática...” (Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Ahora bien, al analizar el contenido de la disposición ahora impugnada, esto es el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 335 de 1996, que derogó el citado artículo 56 de la Ley 182 de 1995, debe tenerse en cuenta, que de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la primera, para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión “canal zonal o canales zonales” debe entenderse que se trata de canales nacionales de operación privada...”.

En efecto, el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 335 de 1996, al igual que la norma que con su texto modificó, determinó que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deben ser sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en la bolsa de valores y que el número mínimo de accionistas será de trescientos; es decir, consignó también dos de las tres características esenciales de las sociedades anónimas abiertas, tal como las definía el artículo 5 del Decreto 679 de 1994; pero esta vez omitió la referida al tope accionario del 30%.

La pregunta que surge entonces es, si la caracterización que contiene la norma impugnada para las personas jurídicas que aspiren a ser concesionarias de canales de operación privada, que las señala como sociedades anónimas constituidas por

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

un mínimo de trescientos socios, cuyas acciones deben estar inscritas en la bolsa de valores, al no referirse expresamente al tope accionario del 30%, es o no violatoria del ordenamiento superior.

Bajo los anteriores presupuestos considera la Corte que los argumentos que sirvieron de base a esta Corporación para declarar exequible el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, bajo el entendido de que las sociedades a las que se refería dicha norma son sociedades anónimas abiertas, si bien no pueden aceptarse como fundamento exclusivo para sustentar la constitucionalidad del inciso impugnado, sí constituyen un criterio esencial que justifica su declaratoria de exequibilidad, pero en forma condicionada, es decir, siempre que la conformación accionaria a la que alude el inciso segundo, en términos de sus beneficiarios reales, no de lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético.

Lo anterior, por cuanto ya la Corte ha determinado que la exigencia de que sean personas jurídicas organizadas como sociedades anónimas es el medio más eficaz para garantizar el acceso del mayor número de personas al uso de un bien público restringido, por razones técnicas, como el espectro electromagnético; porque esa modalidad de sociedad garantiza el desarrollo de los principios de efectividad de los derechos fundamentales y de proporcionalidad, al permitir el ejercicio del derecho a la información de un amplio número de personas naturales, que como accionistas de sociedades anónimas pueden, si lo desean, fundar medios masivos de comunicación.

El anterior condicionamiento se predica, no solamente del conjunto de las sociedades anónimas a que alude el inciso, sino también de cada una de ellas, individualmente consideradas.

Lo anterior con el objeto de evitar la concentración accionaria que, sin duda, es el factor que podría conducir a que los medios masivos de comunicación dejarán de ser recursos comunitarios al servicio de los intereses genuinos de la libertad, para convertirse en instrumentos del dominio de los grandes capitales sobre la sociedad, su cultura y la vida política.

Por eso, la no inclusión en la norma impugnada, como condición esencial de las sociedades anónimas que aspiren a operar canales privados de televisión, de la restricción que establece que ninguna persona o grupo de personas podrá ser titular de más del 30% de las acciones en circulación, no implica la inconstitucionalidad de la misma, si, como lo ha dicho la Corte, sus disposiciones se interpretan bajo el entendido que se señaló anteriormente. De lo contrario, se vulneraría la Constitución, al propiciar la concentración de la propiedad y las prácticas monopolísticas en la prestación del servicio público de la televisión, con la consiguiente violación, entre otros, de los artículos 20, 75 y 336 de la C.P.

Para la Corte, la norma atacada es constitucional en el entendido de que las sociedades anónimas a las que ella se refiere son sociedades cuyo capital en su totalidad se integra mediante ofertas destinadas al público en general, y siempre que conserven ese carácter, como lo entienden las normas especiales que regulan estas actividades, así como el nuevo Código de Comercio en la Ley 222 de 1995, especialmente las normas que definen y reglamentan el quórum y mayorías, la reestructuración del sistema de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto y la reglamentación de estos mecanismos.

Ahora bien, en cuanto a la conformación accionaria para que no haya concentración de la riqueza y se eviten las prácticas monopolísticas, es necesario reiterar la posición jurisprudencial de la Corporación en sentencia C-093 de 1996, en la cual se expuso:

“(1) El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art.75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de la libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión.

“(2) Dadas estas condiciones —cupó limitado de frecuencias y espacios e imposibilidad de que todos puedan fundar medios que hacen uso del espectro electromagnético—, la solución contemplada en la ley [que los concesionarios sean sociedades anónimas abiertas] consulta el principio de efectividad, proporcionalidad y democratización del acceso a la propiedad, siempre que se interprete de conformidad con lo que indica la Corte.

“(2.1) Principio de efectividad. Es fin del Estado garantizar la efectividad de los derechos fundamentales (C.P. artículo 2). La posibilidad de que las personas naturales puedan fundar medios masivos de comunicación, a través de personas jurídicas en las que participan como asociados, aparte de ser la más práctica, es la más funcional en cuanto a la universalización de este derecho. En efecto, si se garantiza en términos de beneficiario real, que el capital de estas personas jurídicas sea abierto, esto es, constituido desde un comienzo, con base en ofertas dirigidas al público en general, se logra que cualquier persona pueda “efectivamente” de esta forma, fundar y gestionar medios televisivos, lo que de otro modo sería imposible salvo para contadas personas.

“(2.2) Principio de proporcionalidad. La restricción de la ley consistente en establecer una modalidad concreta para el ejercicio del derecho a fundar medios masivos que hacen uso del espectro electromagnético, se ajusta al principio de proporcionalidad. La finalidad de la ley es constitucional : hacer efectivo y posible, dadas las restricciones técnicas advertidas, para el mayor número de personas, el derecho a fundar medios masivos de comunicación que hacen uso del espectro electromagnético.

“El medio empleado para el efecto —posibilidad de participar en sociedades de capital abierto—, es idóneo para lograr el fin propuesto. El sacrificio que comporta la medida - fundación directa de medios masivos que hacen uso del espectro electromagnético por parte de personas naturales -, no es en modo alguno superior al beneficio que se obtiene al arbitrar modalidades de inversión colectiva para el ejercicio del derecho, pues en el primer caso sólo pocos privilegiados podrían acceder al espectro electromagnético, y en el segundo, lo harían todas las personas que decidieran concurrir a la oferta pública de acciones, cuotas o partes de interés.

“(2.3) Democratización del acceso a la propiedad. Si bien la adjudicación de espacios y frecuencias no equivale a la venta de una empresa del Estado, la promoción del acceso a la propiedad es un principio general del Estado social de derecho que no puede dejarse de actuar cuando se presentan las condiciones propicias para hacerlo. La concesión del uso o acceso a un bien público, que va a generar riqueza privada, sin duda es una oportunidad para hacer efectivo este principio, ya que de lo contrario se estimula la propiedad en pocas manos o se asignan beneficios y ventajas a los que más pueden so pretexto de habilitar una fuente de rentas fiscales..... En ellas la oferta pública, primaria y secundaria, se convierte en la garantía de que todas las personas que de buena fe deseen vincularse a las mismas, salvo que concurren limitantes legales, puedan hacerlo.

“(...)

“3. La exigencia de la persona jurídica en las condiciones establecidas por la Corte, garantiza el pluralismo informativo y la competencia, no menos que ayuda a evitar prácticas monopolísticas (C.P. artículo 75). En todo caso, tratándose de un bien público objeto de intervención del Estado, la ley - siempre que se ciña a la Constitución y a los principios analizados - tiene plena capacidad para establecer las pautas y mecanismos para acceder al espectro electromagnético (C.P. artículo 76)” (Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

En cuanto al segundo cargo de inconstitucionalidad formulado contra el inciso séptimo del artículo 13 de la ley 335 de 1996, éste queda desvirtuado con la decisión de esta Corporación de declarar constitucional el inciso segundo de dicha norma, en el entendido de que ella se refiere a sociedades anónimas abiertas definidas

recientemente en la Ley 222 de 1995. En consecuencia, este tipo de sociedades pueden ser objeto de inspección, vigilancia y control por parte de las entidades estatales a las que, de acuerdo con el régimen jurídico, el legislador les haya atribuido tales competencias dentro de su propio ámbito de actividad, para el ejercicio de la vigilancia gubernamental.

ARTICULO 16, LEY 335 DE 1996.

“Artículo 16. El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“El Instituto Nacional de Radio y Televisión es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa Industrial y Comercial del Estado conformada por la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura. Tendrá como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión. Así mismo corresponde a Inravisión la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la Televisión Cultural y Educativa en los términos de la presente Ley.

“Inravisión tendrá autonomía presupuestal y administrativa de acuerdo con su naturaleza jurídica y en desarrollo de su objeto social podrá constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación y autorización y a sus respectivos estatutos.

“El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquel que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión.

“Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el periodo inmediatamente anterior.

“En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto.

“Trimestralmente la CNTV enviará a las honorables Comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación pormenorizada de las transferencias. Si las honorables Comisiones encontrasen que las transferencias materia de este artículo no fuesen suficientes, procederán a ejercer sobre la Comisión Nacional de Televisión el respectivo control político. La señal del canal Cultural, Educativo

y Recreativo del Estado o Señal Colombia de Inravisión, será de carácter y cubrimiento nacional en las bandas que ofrezcan las mejores condiciones técnicas de calidad y cubrimiento.

"Salvo el Director Ejecutivo, el Secretario General, los Subdirectores, los Jefes de Oficina y de División, los demás funcionarios seguirán como trabajadores oficiales y gozarán del amparo que la Constitución y la presente ley les otorga.

"Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público.

"Parágrafo 1o. Inravisión será el responsable de determinar la programación del Canal de Interés Público o Señal Colombia.

"Parágrafo 2o. Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de Desarrollo de la Televisión pública, y será pagadero trimestralmente.

"Previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 182 de 1995, la CNTV teniendo en cuenta los estudios pertinentes, decidirá el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley, previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones.

"(...) "

Cargo de inconstitucionalidad.

En opinión de los demandantes Augusto Ramírez Ocampo y Armando Novoa García, la función de dirección de la política de televisión incluye la determinación de la programación, función que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 de la C.P. le corresponde ejercer autónomamente a la Comisión Nacional de Televisión; por lo tanto, agregan, una excepción como la que establece la disposición impugnada, que implica que la determinación de la programación de la Señal Colombia le corresponda a Inravisión, es violatoria de la norma superior citada: «...la dirección de la política en materia de televisión comprende la determinación de la programación de los canales que son de propiedad del Estado y constituye uno de los aspectos cardinales que explican la creación del ente autónomo. No tendría sentido que la CNTV estuviera impedida para intervenir directamente en la asignación de la programación de estos canales, pues la norma constitucional no establece excepciones en esta materia...Al delegarse en el Instituto Nacional de

Radio y Televisión la determinación de la programación, tal como se establece en el artículo 16 especialmente en su párrafo 1º, se está arrebatando a la CNTV una atribución que es de su esencia y que resulta indispensable para evitar el poder de los gobiernos sobre la televisión pública”.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación que se declare la inconstitucionalidad del párrafo 1 del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la C.P., es a la Comisión Nacional de Televisión, como entidad autónoma, a la que le corresponde regular la prestación del servicio público de la televisión.

Intervenciones oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

A través de su apoderada el Ministerio de Comunicaciones defiende el artículo en examen, argumentando, con base en el artículo 37 de la Ley 14 de 1991, que dado el carácter de entidad estatal prestataria del servicio, Inravisión está facultada para determinar la programación de espacios de televisión en los canales de carácter educativo y cultural, denominados de interés público, pudiendo incluso prestar el servicio mediante contratos en régimen de concesión o contratos para la elaboración de programas, de donde concluye, no existe razón que respalde la acusación de que con ello se viole la autonomía reconocida constitucionalmente a la Comisión Nacional de Televisión.

Consideraciones de la Corte.

La acusación que presentan los actores contra algunas de las disposiciones del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, se puede sintetizar de la siguiente manera: la función de programación de la televisión cultural y educativa y específicamente del canal cultural, educativo y recreativo del Estado o Señal Colombia, que el legislador le atribuyó a Inravisión, es contraria a las disposiciones del artículo 76 de la C.P., norma superior que radicó la función de intervención del Estado en el servicio público de la televisión, en un organismo autónomo, independiente de las interferencias del poder ejecutivo, que la Ley 182 de 1995 denominó Comisión Nacional de Televisión.

Esta Corporación ha manifestado, en reiteradas oportunidades, el significado y la trascendencia del carácter autónomo con el que el Constituyente, de manera expresa, dotó al ente rector de la televisión; así, ha dicho que ese es un organismo que para preservar su esencia debe mantenerse ajeno a las interferencias del poder político y del poder económico, por lo que no puede entenderse como parte integrante de la administración, o como una entidad supeditada al poder político central, el cual no ejerce tutela sobre el mismo:

“La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.

“A la luz de las premisas anteriores, resulta comprensible el afán del Constituyente de que la televisión, orgánica y funcionalmente, no fuera controlada por el «gobierno de turno». El propósito institucional que subyace a esta cautela, naturalmente se extiende a las mayorías políticas episódicamente favorecidas en las urnas, ya que de lo contrario, el fin buscado sería inalcanzable. No se trata de reducir la democracia sino de vigorizarla, manteniéndola como proceso abierto, para lo cual es indispensable sustraer determinados bienes e instrumentos sociales de la contienda política y de su eventual desenlace, los cuales deben conservar su impronta de neutralidad, si en verdad se quiere estimular un debate público fecundo y pluralista” (Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Siendo Colombia un Estado pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7 C.P.), y que protege las riquezas culturales y naturales de la misma (artículo 8 C.P.), en el cual la educación es un derecho fundamental del que son responsables el Estado, la sociedad y la familia (artículo 67), la posibilidad de utilizar un medio masivo de comunicación como la televisión, para cumplir con esos cometidos, en un país multicultural en el que conviven diversos paradigmas de vida, hace necesario, si se quiere que la televisión sea “...el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas...”, que se garantice el mayor nivel de objetividad e independencia, en las instancias a las que les corresponda decidir sobre la programación que se emitirá por el canal destinado por el legislador para el efecto, lo cual no será posible si tal función se le atribuye al gobierno de turno.

El gobierno no tiene legitimidad, porque ello desvirtuaría principios fundamentales del Estado social de derecho, para interferir y mucho menos para decidir sobre la programación de un canal público, dado que esa competencia el Constituyente la atribuyó al ente autónomo rector de la televisión ; pero no sólo por eso, sino porque en tratándose del único canal educativo y cultural, el hecho de que el gobierno asuma esa facultad, implica para los ciudadanos el riesgo de que aquel se habilite para determinar e imponer un modelo cultural específico, dirigido a alcanzar la homogeneidad del conglomerado en aspectos esenciales de su vida, en el que seguramente subyacerá un fundamento ideológico también específico, a tiempo que excluya otros, lo que a todas luces contraría principios esenciales de la organización política que adoptó la Carta de 1991, tales como el pluralismo, la igualdad, el respeto al ejercicio de la autonomía, la diferencia y la diversidad.

La garantía de objetividad e independencia en la toma de decisiones, en lo que tiene que ver con el servicio público de la televisión, deriva directamente del artículo 77 de la Constitución, que establece que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución, estará a cargo de un ente autónomo, valga decir de la CNTV.

En ese sentido, es claro que la dirección y ejecución de la política que produzca el legislador para el servicio público de la televisión, incluida la definición de directrices que orienten la determinación de la programación de los canales públicos, le corresponde a la CNTV, lo que no es óbice, pues en nada contraría las disposiciones de la Carta Política, para que una entidad estatal como Inravisión, *en su calidad de operador de los canales públicos*, esté habilitada para determinar la programación del canal de interés público, canal educativo o Señal Colombia, tal como lo establece la norma impugnada, siempre y cuando lo haga, en cumplimiento del artículo 77 de la C.P., siguiendo las directrices, políticas y orientaciones de la CNTV, pues sólo así se garantizará la objetividad en la información y el interés general.

Por lo anterior, la Corte declarará exequibles las expresiones demandadas del artículo 16 de la ley 335 de 1996, a condición de que Inravisión, al determinar la programación siga las directrices, políticas y orientaciones de la CNTV, con el fin de garantizar la objetividad en la información y el interés general. También se declarará exequible el parágrafo primero de dicha norma, con el mismo condicionamiento.

ARTICULO 20, LEY 335 DE 1996.

“Artículo 20. La Cadena Tres emitirá la Televisión Educativa, de acuerdo con la programación definida por Inravisión, de conformidad con los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional y las funciones establecidas para la Comisión Nacional de Televisión.

“Incluirá programas de educación formal no formal e informal, de educación laboral, de bachillerato que actualmente divulga la Radio Nacional de atención educativa a poblaciones y de educación sobre el ambiente, dirigidos a niños, jóvenes y adultos, sin distingo de raza, religión y condición social.

“De la misma manera, las cadenas Uno, y A cederán espacios a las instituciones gubernamentales para la emisión de programas encaminados a la educación de los ciudadanos, especialmente en áreas de salud, educación, servicios públicos, desarrollo cultural, derechos humanos y economía solidaria. Para ello la Comisión Nacional de Televisión oír las propuestas del Gobierno Nacional y dará prioridad a estos programas.

"Parágrafo 1o. Las asignaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de los programas a que se refiere este artículo, se harán de acuerdo con lo que para el efecto disponga el Plan nacional de Desarrollo, y atendiendo las propuestas para sus presupuestos de gastos y que para tales efectos presenten los Ministerios de Comunicaciones, de Educación Nacional, la Dirección General de Inravisión y la Comisión Nacional de Televisión.

"Parágrafo 2o. El Estado garantizará a los grupos étnicos el acceso permanente el uso del Espectro Electromagnético y a los servicios públicos de Telecomunicaciones y medios Masivos de Comunicación del Estado, la creación de sus propios medios de comunicación en sus diferentes modalidades y la realización del Plan de Desarrollo para los grupos étnicos, con criterio de equidad, reconocimiento de la diferenciación positiva, la igualdad de oportunidades y justicia distributiva acorde a la Legislación de las Comunidades, con el objeto de garantizar sus derechos étnicos, culturales y su desarrollo integral.

"Ordénese al Ministerio de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión que a partir de un mes de sancionada la ley, expidan de manera especial los mecanismos legales necesarios para tal efecto acorde a las leyes de los grupos étnicos".

Primer cargo de inconstitucionalidad.

Los ciudadanos Javier Darío Restrepo y María Teresa Herrán, sostienen que la disposición contenida en el inciso demandado desconoce uno de los principios en los que se funda el Estado Social de Derecho: el principio de prevalencia del interés general; ello por cuanto no se obliga a los operadores privados a ceder espacios para transmitir programas o desarrollar temas de interés general encaminados a la educación de los ciudadanos, como si se hace con los operadores de espacios públicos, lo que conduce a agregar una condición más de privilegio para los primeros, quienes podrán alegar consideraciones comerciales o de índole privado, para desconocer e incumplir compromisos de interés general o público, lo que contradice abiertamente el ordenamiento superior.

Dicha norma, agregan, tal como está redactada, viola también el artículo 13 de la C.P., que consagra el principio de igualdad, al colocar en situación de desventaja a los programadores de los canales de operación pública, que serán los afectados al verse obligados a ceder sus espacios a instituciones gubernamentales en el momento que así lo decida la Comisión Nacional de Televisión, situación que no afecta a los canales privados, lo que genera para éstos un tratamiento más favorable.

Así mismo, consideran que la disposición impugnada contraría el artículo 76 de la Carta Política, que le reconoce autonomía a la Comisión Nacional de Televisión, pues la obliga, no sólo a "oír" las propuestas del Gobierno Nacional

para la cesión de espacios a instituciones gubernamentales en los canales de operación pública, sino a darle prioridad a dichos programas, lo que restringe la capacidad de decisión de dicho ente, esto es, su autonomía.

Concepto del Ministerio Público.

Considera el Procurador, que los canales de operación pública y los canales de operación privada ostentan diferencias sustanciales, que como tales legitiman por parte del legislador un tratamiento diverso.

Ello, aclara, no releva a los canales privados de cumplir reglamentaciones que apunten a favorecer a los televidentes, simplemente admite que el legislador, teniendo en cuenta las diferencias entre unos y otros, establezca pautas generales que servirán para que posteriormente la CNTV regule la materia respecto de los operadores de canales privados, a través de otras disposiciones.

Enfatiza el Ministerio Público, que el servicio de televisión se presta a través de dos tipos de canales que presentan diferencias; entre ellas destaca las de orden técnico, por lo que, concluye, no puede predicarse la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, con fundamento en que el legislador "...no señaló iguales efectos en su contenido normativo...toda vez que la prestación del servicio de televisión a través de cada uno de ellos difiere notablemente". Solicita entonces que la disposición acusada se declare conforme al ordenamiento superior.

Intervenciones oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La apoderada del Ministerio de Comunicaciones afirma, que no puede ser inconstitucional un artículo que atiende la teleología y axiología de toda la ley de televisión, pues los canales Uno y A tienen carácter público, siendo lógico y natural que sean los concesionarios de los mismos, los llamados a ceder espacios para la transmisión de programas de instituciones gubernamentales que desarrollen temas de interés general, mucho más, cuando las condiciones de contratación de los concesionarios de dichos espacios, son menos gravosas que las de los concesionarios de canales privados.

Consideraciones de la Corte.

El cargo que formulan los actores contra el inciso tercero del artículo 20 de la ley 335 de 1996, no se dirige contra el contenido material del mismo, pues ellos no atacan el mandato que la disposición contiene, el cual por el contrario consideran ajustado al ordenamiento superior, en cuanto realiza específicamente el principio de prevalencia del interés general sobre el particular. Lo que sostienen es que la norma, al no incluir la misma obligación para los operadores de canales privados,

en primer lugar les otorga a éstos “un privilegio más”, supeditando el interés general al particular de ellos, y en segundo lugar, viola el principio de igualdad al colocarlos en una situación más favorable que aquella que el legislador le impone a los concesionarios de espacios públicos de televisión.

El problema que le corresponde dirimir a esta Corporación se sintetiza entonces en el siguiente interrogante: ¿el legislador, al no imponer a los operadores de canales privados de televisión la obligación de ceder espacios a las instituciones gubernamentales, para la emisión de programas de interés general, como si lo hizo a través de las disposiciones impugnadas con los concesionarios de espacios públicos de televisión, incurrió en la violación de los artículos 1 y 13 de la C.P. ?

En reiteradas oportunidades ha sostenido esta Corporación, que el derecho a la igualdad no impide otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que las personas o colectivos a los cuales se aplica un tratamiento diferente se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que dicho trato diferente tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir “...admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales”¹⁸ ; que la diferente situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual sean coherentes entre sí, esto es que “guarden una racionalidad interna”; y por último, que esa racionalidad sea proporcionada, “...de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”¹⁹.

Como se anotó en las consideraciones que hizo la Corte, al analizar en esta misma providencia las acusaciones contra el artículo 10 de la ley 335 de 1996, las relaciones entre el Estado y los concesionarios de espacios públicos de televisión, y entre el Estado y los concesionarios de canales privados, son de fondo diferentes, por lo que generan dos tipos de contratos, cuyos supuestos de hecho son distintos, lo que implica que en principio no exista razón válida para que el legislador esté obligado a brindarles a los contratistas de unos y otros un tratamiento idéntico; en el primer caso, el Estado se reserva la operación directa de unas frecuencias del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de la televisión, dando en concesión espacios a particulares seleccionados mediante el proceso de licitación; en el segundo las frecuencias las asigna, también por licitación, a particulares, personas jurídicas, que directamente operarán el canal.

Es claro entonces que los supuestos de hecho que sirven de sustento para definir las condiciones mismas de la prestación del servicio, en términos contractuales, determinan diferencias sustanciales, tal como lo anota en su concepto

¹⁸ López Guerra, Luis y otros, Derecho Constitucional, Valencia 1991.

¹⁹ *Ibidem*

el Procurador; así por ejemplo, los concesionarios de espacios en los canales públicos transmiten sus señales a través de las instalaciones de Inravisión, que es el operador, utilizando la red de transporte y transmisión de dicha empresa, sin que deban cancelar costos por la utilización de las frecuencias, las cuales están asignadas al operador; su tarea es producir programas y su obligación con el contratante es pagar una determinada tarifa por la concesión de los espacios que les asignan.

Caso diferente es el del operador de canales privados, al cual se le asignan unas determinadas frecuencias para su manejo directo, por las cuales debe pagar un costo; éste transmitirá la señal de televisión utilizando para el efecto sus propios recursos técnicos e infraestructura, lo que implica necesariamente mayores costos de inversión. Lo anterior para demostrar que los supuestos de hecho a partir de los cuales se definen las condiciones de contratación en uno y otro caso son evidentemente diferentes, y que en consecuencia ameritan y justifican por parte del legislador un tratamiento también diferente, sin que ello implique discriminación ni violación del artículo 13 de la C.P.

Ahora bien, vale señalar que las cadenas Uno y A conforman, de acuerdo con la ley 335 de 1996, la televisión nacional de operación pública, siendo Inravisión su operador (artículo 22), y que si bien sus espacios se comercializan ello no implica que se desvirtúe su condición de canales públicos, lo que implica que el Estado, representado por el gobierno, puede, bajo ciertas y especiales circunstancias, solicitar a la CNTV la disposición de espacios para la transmisión de programas institucionales, cuyo contenido califica como prioritario para la sociedad, porque el interés general así lo demanda, obviamente sin que esa prerrogativa se traduzca en violación o desconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos, o en abusos y excesos en el ejercicio de la misma, que atenten contra los ciudadanos y específicamente contra los concesionarios.

En esa perspectiva, la formula de coordinación con el ente rector de la televisión, diseñada por el legislador y consignada en la disposición impugnada, es eficaz y no es viable acusarla de transgredir la autonomía de la CNTV, pues de hecho lo que se le solicita a la Comisión es oír las propuestas y una vez ésta haya establecido que se trata efectivamente de programas de interés público, que les dé prioridad, lo que en ningún caso atenta contra la autonomía de ese ente estatal.

En cuanto a la acusación de violación por parte del legislador del artículo 1 de la Carta, por anteponer el interés particular de los operadores privados de televisión al interés general, al no atribuirles a éstos las obligaciones que si les impuso a los concesionarios de espacios públicos, de destinar espacios para la transmisión de programas institucionales que desarrollen asuntos de interés general o utilidad común, vale aclarar, que la omisión en el texto de la norma impugnada no exonera a los operadores privados de las obligaciones que se derivan del ordenamiento superior, ni a las autoridades pertinentes de producir las

normativa que sea necesaria para el efecto, normativa que obviamente deberá atender las características y la naturaleza de las relaciones que establece el Estado con dichos operadores, consignadas en los contratos de concesión que con ellos celebre, que como quedó dicho, son esencialmente diferentes a las de los concesionarios de espacios públicos de televisión.

Es decir, que las obligaciones que la norma impugnada impone a los concesionarios de las cadenas 1 y A, también cubren a los concesionarios de canales privados, los cuales, valga recordar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la misma ley 335 de 1996, deberán reservar el 5% del total de su programación para presentación de programas de interés público y social; esas obligaciones deberá fijarlas la CNTV, en una razonable proporción, en los contratos de concesión que celebre con los operadores privados, por tratarse de la prestación de un servicio público.

No encuentra entonces la Corte elemento alguno que permita concluir que las disposiciones impugnadas del artículo 20 de la ley 335 de 1996, contraríen alguna norma de la Constitución, por lo que, con el condicionamiento expuesto, las declarará exequibles.

ARTICULO 21, LEY 335 DE 1996.

"Artículo 21. El servicio de televisión satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, o cualquier otra denominación que se emplee para ese sistema, deberá prestarse por permiso otorgado por la Comisión Nacional de Televisión y bajo las normas que para tal efecto dicha entidad establezca. Cuando a través de este sistema se presten otros servicios de telecomunicaciones se requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

"En todo caso cualquiera que sea la reglamentación o permiso siempre causará el pago de las tasas, tarifas y derechos que señale la Comisión Nacional de Televisión para el servicio de televisión por suscripción, así como el cumplimiento de las obligaciones que determine".

Cargo de inconstitucionalidad.

Esta norma establece que el servicio de televisión satelital denominado (DBS) o televisión directa al hogar, deberá prestarse de conformidad con las normas que para el efecto expida la Comisión Nacional de Televisión, previo permiso otorgado por dicho organismo. Anota la demandante, María Teresa Garcés Lloreda, que esa disposición viola lo dispuesto en el artículo 365 de la C.P., que establece que "...los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico *que fije la ley*", lo que implica que le corresponde de manera exclusiva al Congreso, en ejercicio de las atribuciones legislativas que le confiere el artículo 150 de la Carta, determinar el

régimen jurídico que rija la prestación de dicho servicio público, competencia que no puede delegar en un órgano como la CNTV, mucho menos cuando se trata de regular lo atinente a la utilización del espectro electromagnético, bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, respecto del cual debe garantizar, *a través de la ley*, la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso.

El concepto del Ministerio Público.

En opinión del Procurador, las afirmaciones de la demandante carecen de fundamento, pues no es cierto que el legislador esté delegando de manera permanente una función que le es propia en la CNTV, dado que es precisamente el Estatuto Superior el que determina un régimen especial para los servicios públicos en los que se encuentre comprometido el uso del espectro electromagnético, y en particular del servicio público de televisión.

Anota, que de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la C.P., la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley estará a cargo de un organismo autónomo, que no es otro que la CNTV; así, en el caso que se analiza, lo que hizo el legislador a través de la disposición impugnada fue señalarle a la Comisión una función ya atribuida a ella a través del artículo 76 de la Carta, lo que no quiere decir, aclara, que se esté habilitando a ese ente administrativo autónomo para actuar en forma inconsulta respecto de asuntos relacionados con el espectro electromagnético, pues teniendo en cuenta las funciones que sobre la materia le corresponde cumplir al gobierno, se requiere de una eficaz coordinación entre la Comisión y el Ministerio de Comunicaciones, que permita armonizar los criterios y políticas acerca de su uso.

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La televisión, señala la apoderada del Ministerio de Comunicaciones, es un servicio público sometido a una regulación especial y preferente, lo cual "...hace que no sea posible aplicarle las normas que en general se establecen para los servicios públicos y en especial el artículo 365 de la C.P.". De ahí que el legislador tenga suficiente capacidad para atribuirle a la CNTV, la regulación del uso del espectro electromagnético para efectos de la prestación del servicio de televisión satelital, facultad que encuentra soporte en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, con la sola limitación de actuar dentro del marco establecido por la ley, que en el caso específico del artículo que se analiza le permite dictar reglamentos autónomos, que servirán para regir un sistema como el DBS o televisión directa al hogar.

Por tales razones, la apoderada del Ministerio solicita se declare exequible el artículo 21 de la Ley 335 de 1996.

Consideraciones de la Corte.

La televisión satelital, sistema DBS o televisión directa al hogar de que trata el artículo 21 de la Ley 335 de 1996, es una de las modalidades de televisión internacional según la definición de la misma consignada en el artículo 22 de la Ley 182 de 1995:

“Televisión internacional. Se refiere a las señales de televisión que se originan fuera del territorio nacional y que pueden ser recibidas en Colombia o aquella que se origina en el país y que se puede recibir en otros países”.

Es un servicio que implica la recepción directa por parte del usuario de la señal que proviene de otros países, o la emisión en Colombia de la que se proyecte en el extranjero. El sistema hace uso del espectro electromagnético, a él puede acceder el usuario a través de un intermediario que lo comercializa, motivo por el cual le correspondía al legislador, como en efecto lo hizo, definir la política general aplicable para dicho sistema, la cual contempla tres aspectos específicos: el primero, que de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la CNTV, dicho ente, al que le corresponde según el texto del artículo 77 de la Carta Política, dirigir y regular la política que en materia de televisión determine la ley, deberá otorgar los permisos correspondientes; el segundo, que en los casos en que el sistema sea utilizado para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones, deberá obtenerse la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, organismo responsable de la política de Estado en dicha materia, y el tercero que el régimen de tarifas aplicable será el mismo que se determine para el sistema de televisión por suscripción.

No hay pues omisión por parte del legislador de las obligaciones que le competen respecto del servicio público de televisión, ni traslado de las mismas con carácter permanente, como lo afirma la demandante, a la CNTV ; al contrario, es claro en el caso que se analiza, que el Congreso determinó la política que se deberá aplicar en materia de televisión satelital, la cual deberá ser dirigida y regulada por el ente rector de la televisión tal como lo ordena la Constitución, con lo que se da cabal cumplimiento a los artículos 76 y 77 superiores, que definen el régimen especial aplicable cuando se trata del servicio público de la televisión, que le atribuye al legislador la definición de la política general aplicable y a un ente autónomo, la CNTV, la dirección y ejecución de la misma, régimen que materializa, para el caso específico de la televisión, el mandato del artículo 365 de la Carta Política; en consecuencia la norma será declarada constitucional por esta Corporación.

ARTICULO 25, LEY 335 DE 1996.

“Artículo 25. A partir de la vigencia de la presente Ley para evaluación y declaratoria de caducidad de los contratos de concesión vigentes o que se

celebren con posterioridad a esta Ley para la prestación del servicio público de televisión, la Comisión Nacional de Televisión, deberá tener en cuenta entre otros criterios, los siguientes parámetros:

"Sobre un puntaje total de 1.000 puntos, el Concesionario deberá cumplir con un mínimo del ochenta por ciento (80%) de dicho puntaje total así:

"Puntos

| | |
|--|--------------|
| - Contenido de la programación | 250 |
| - Calidad de la programación | 300 |
| - Cumplimiento de las obligaciones contractuales | 350 |
| - Experiencia | 100 |
| | <hr/> |
| <i>"Total</i> | 1.000 |

"Sin perjuicio de las demás causales previstas en la ley y en las estipulaciones contractuales, los contratos que no obtengan el ochenta por ciento (80%) del puntaje indicado o que no hayan obtenido al menos 200 puntos para el renglón de contenido, y al menos 300 puntos para el renglón de cumplimiento de las obligaciones contractuales, deberán ser objeto de declaratoria de caducidad, entendiéndose que el no cumplimiento de estas condiciones afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato de forma tal que conduce a su paralización.

"Parágrafo. En los contratos para la realización de noticieros y programas de opinión, se evaluará y calificará el renglón de contenido en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado.

"La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional"¿

Algunos de los demandantes consideran que en sí la evaluación de los contratos de concesión para la prestación del servicio público de televisión, tal como está prevista en la norma impugnada, y las consecuencias que el legislador impuso de la misma, una de ellas la caducidad, contrarían disposiciones del ordenamiento superior; otros demandan específicamente la inconstitucionalidad del parágrafo de dicha norma, el cual establece que el renglón de contenido de los contratos celebrados para la realización de noticieros y programas de opinión, se evaluará, para efectos de calificación y declaratoria de caducidad del respectivo contrato, en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado. Tales disposiciones las acusan por los siguientes motivos:

Primer cargo de inconstitucionalidad. El párrafo del artículo 25 de la ley 335 de 1996, infringe el artículo 6 de la Carta Política.

El artículo 6 de la C.P. establece lo siguiente: “...los particulares sólo serán responsables ante la autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

En opinión de la demandante María Teresa Garcés Lloreda, los criterios que enuncia la norma son todos de carácter subjetivo, lo que implica que queda a discreción de los miembros de la junta directiva de la CNTV, determinar, en cada caso, según su personal interpretación, si los concesionarios de noticieros y programas de opinión cumplieron o no con dichos criterios, lo que necesariamente abre las puertas a la arbitrariedad, e impide que el Estado ejerza el control que le corresponde respecto de las actuaciones de los miembros de dicha junta, en tanto funcionarios públicos, dado que la evaluación que ellos harán se soportará en parámetros de carácter subjetivo, sin que sea viable establecer si hubo o no de su parte omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Señala que si bien los medios de comunicación tienen la obligación y la responsabilidad de informar de manera veraz e imparcial, no es una autoridad estatal de carácter administrativo como la Comisión Nacional de Televisión, la llamada a calificar el contenido de las informaciones ni la mencionada “responsabilidad social”, pues esta prerrogativa puede convertirse fácilmente en un instrumento de censura en contraposición del artículo 20 de la Constitución.

Segundo cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la C.P.

El ciudadano Luis Antonio Vargas Alvarez, considera que las disposiciones impugnadas vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los periodistas y comunicadores, el cual se manifiesta en el derecho a ejercer libremente su profesión, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico; esa libertad se ve coartada, dice, con la amenaza que surge de la periódica evaluación subjetiva de noticieros y programas de opinión que ordena la norma atacada, de la cual se puede derivar una sanción tan drástica como la de cancelar los contratos de quienes cumplan con su labor contrariando los intereses y prerrogativas de quienes evalúan.

Tercer cargo de inconstitucionalidad. El contenido del artículo 25 de la ley 335 de 1996, vulnera el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la C. P., y el artículo 93 de la misma, pues desconoce tratados internacionales ratificados por Colombia, que garantizan la libertad de expresión y de información, atribuyéndoles a los medios de comunicación responsabilidad social y prohibiendo la censura.

Señala el demandante Carlos Dario Barrera Tapias, que la evaluación que ordena el inciso primero del artículo 25 de la Ley 335 de 1996, y la sanción de caducidad que prevé el legislador en el inciso segundo de la misma norma, en el caso de noticieros y de programas de opinión, adquieren el carácter de "medidas sancionatorias", que como tales tienen la terrible consecuencia de desestimular la libertad de información y de opinión, dado que generan temor en los comunicadores los que se sentirán coartados al cumplir con su deber.

Agrega, que el derecho a recibir información veraz e imparcial encuentra límites, en lo que hace a los concesionarios de este tipo de programas, en la responsabilidad social que éstos tienen, la cual de ser el caso deberán asumir a través de medidas de carácter "resarcitorio", nunca sancionatorio, esto es, indemnizando a quienes con ella se causare daño, o dando vía al derecho de rectificación, el cual está ligado al derecho al buen nombre que también está protegido en el ordenamiento superior; "...la Constitución no estableció la posibilidad de que a través de mecanismos distintos se garantice el derecho a recibir información objetiva, entre otras cosas porque cualquier otro medio se traduciría finalmente en censura..." ocasionando la violación del artículo 20 de la Carta.

En cuanto a los programas de opinión, para dicho ciudadano, exigirles a los concesionarios que los emitan con criterio "objetivo y veraz" como lo hace "...el párrafo de la norma que se acusa, constituye un verdadero despropósito, un absurdo lógico y un imposible jurídico", mucho más cuando se le atribuye a la Comisión Nacional de Televisión la función de evaluarlos, utilizando unos criterios que no son más que simples juicios de valor, resultando de todo lo anterior violado también el artículo 73 del ordenamiento superior que garantiza la libertad de prensa.

Los ciudadanos Javier Dario Restrepo y María Teresa Herrán también consideran que el párrafo acusado viola el artículo 20 de la Carta Política; ellos sustentan su afirmación en un pronunciamiento de esta Corporación: "...permitir a una Comisión del Congreso pedir cuentas de sus opiniones a un periodista... pugna con la libertad e independencia de la actividad periodística... permitir que emplacen a los periodistas para que expliquen bajo juramento sus opiniones o respondan por ellas equivale a establecer una forma de censura".

Señalan que una situación análoga se plantea con el contenido del párrafo impugnado, que le atribuye a la CNTV la obligación de evaluar semestralmente los noticieros y programas de opinión y la facultad de sancionarlos con base en esa evaluación declarando la caducidad de los contratos; ello, dicen, se traducirá en la realización de un "juicio" que efectuaría dicho organismo, para el que no contarán con parámetros objetivos o instrumentos técnicos de medida, pues

deberán aplicar criterios subjetivos y caprichosos como los que establece la disposición acusada. Agregan, que teniendo en cuenta que el ejercicio del periodismo descansa sobre los principios fundamentales de la libertad y la responsabilidad, el párrafo acusado atenta contra el artículo 20 de la Constitución, pues establece una forma de censura, y contra el artículo 73 de la misma que garantiza la libertad de prensa.

Concluyen su argumentación anotando que "...el periódico examen de unas calidades que no se pueden medir objetivamente, probablemente lograría impedir abusos o sancionarlos, es decir enfrentar los riesgos de la libertad, pero seguramente impondría una información producida bajo amenaza, esto es, sin la libertad e independencia que la Constitución protege como garantías de una información libre."

Para el ciudadano José Angel Fonseca Cadena, el párrafo impugnado contiene una dañina forma de censura, que atenta contra la libertad de prensa con responsabilidad social que caracteriza el Estado Social de Derecho; de igual manera vulnera el derecho fundamental a la información en su sentido más avanzado, consagrado en el artículo 20 C.P., derecho que comprende la libertad de expresión, de difusión, de pensamiento, de emitir y recibir información, los cuales encuentran contrapeso en derechos como el de rectificación y derecho al buen nombre. La medida que se ataca, agrega, contradice derechos fundamentales, que lo son por su alcance y sentido, dado que sólo resultan aplicables si se tienen como derivados de la esencial condición racional del hombre, por lo que anteceden a cualquier declaración positiva que los reconozca.

En cuanto a la libertad de opinión, señala que cualquier intención del legislador tendiente a afectarla colocándole parapetos que viabilicen una censura velada es abiertamente inconstitucional, pues la posibilidad que brinda la norma impugnada de calificar el "contenido" de los noticieros y programas de opinión, en los cuales los periodistas transmiten no sólo los hechos sino sus opiniones sobre los mismos, sirve más "...para intimidar la libertad de opinión que para evaluar correctamente elementos especialmente subjetivos."

La libelista Marcela Monroy Torres, manifiesta que la norma impugnada viola el artículo 20 de la Carta Política, al consagrar una especie de censura, si se tiene en cuenta que la evaluación que ella prevé se basa en criterios subjetivos no contemplados en el ordenamiento superior. Afirma que esa censura se hace evidente, pues basta calificar "... uno solo de los criterios de evaluación, el de contenido... [para] declarar la caducidad del contrato, lo cual comporta un abuso de los controles oficiales del Estado. La responsabilidad social de los medios, agrega, sólo puede hacerse valer a posteriori, por lo que no es posible por vía general controlarlos, pues ello implica una forma de censura.

Cuarto cargo de inconstitucionalidad. Los mandatos del artículo 25 de la ley 335 de 1996, contrarían las disposiciones del artículo 73 de la C.P., que garantizan la protección a la actividad periodística para que se pueda ejercer con libertad e independencia.

El ciudadano Luis Antonio Vargas Alvarez acusa las disposiciones subrayadas por contrariar lo dispuesto en el artículo 73 de la C.P. En su criterio la evaluación que se dispone para los espacios de opinión y los noticieros, basada en criterios subjetivos, niega la protección que el Constituyente garantizó para la actividad periodística a fin de que ésta se ejerza libre e independientemente; la función del periodista, dice, trasciende la mera información, éste fiscaliza, orienta y guía, y si por eso se le va a vedar la oportunidad de hacerlo a través de la televisión, como se desprende de la norma impugnada, se estará violando el ordenamiento superior.

Quinto cargo de inconstitucionalidad. La norma acusada desconoce la autonomía que el Constituyente le otorgó a la Comisión Nacional de Televisión, lo que origina la violación de los artículos 77 y 150 de la Carta Política.

Los ciudadanos Augusto Ramírez Ocampo, Armando Novoa y Marcela Monroy Torres, coinciden en señalar que la norma impugnada viola los artículos 77 y 150 de la Constitución, pues a través de esa disposición el legislador afectó e invadió competencias de un ente al cual el mismo Constituyente le reconoció autonomía, para dirigir la ejecución de la política que en materia de televisión determine el Congreso. En su opinión, el legislador al establecer en la norma acusada los criterios que la CNTV deberá considerar para evaluar los noticieros y programas de opinión, los cuales además son todos de carácter subjetivo, se inmiscuyó indebidamente en asuntos que constituyen competencia privativa de aquella, contrariando no sólo las disposiciones superiores mencionadas, sino de manera indiscutible el numeral 1 del artículo 136 de la Carta, que le prohíbe al congreso, expresamente, inmiscuirse por medio de leyes en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.

Anotan que la libertad de información es un derecho-deber, como tal no absoluto, el cual, dadas sus características, no "...puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores", tal como lo consagra el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica; por eso está previsto en nuestro ordenamiento que el ejercicio de dicho derecho se controle a través de la acción de tutela, del ejercicio del derecho de rectificación, y de las acciones previstas en el Código Penal, lo que implica que la valoración sobre el abuso o la arbitrariedad en el ejercicio de esa libertad sólo pueda surtirse en casos concretos, y no por vía general con base en parámetros subjetivos, como lo establece la norma impugnada.

La CNTV, concluyen, no tiene competencia para determinar restricciones al ejercicio de la libertad de expresión y al ejercicio del derecho a la información, en los términos del aparte atacado, pues esa es una definición que compete a los

jueces de la República en situaciones concretas, o al Congreso por la vía de una ley estatutaria”.

Sexto cargo de inconstitucionalidad. Las disposiciones impugnadas del artículo 25 de la ley 335 de 1996, desconocen derechos adquiridos de los concesionarios y por lo tanto violan el artículo 58 de la C.P.

El ciudadano Carlos Dario Barrera Tapias señala que el legislador, al determinar que las disposiciones de la norma impugnada son aplicables a los contratos de concesión vigentes, violó el mandato del artículo 58 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Los derechos adquiridos, dice remitiéndose a la definición que da Merlin, “...son aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia forman parte de él y no pueden ser arrebatados por aquél de quien los tenemos...”; así, teniendo en cuenta que en los contratos de concesión vigentes no se había incorporado como causal de caducidad la contemplada en el artículo 25 impugnado, y que ella tampoco está consagrada en la ley 80 de 1993, tal disposición contraría el mencionado artículo 58 de la Carta.

En su opinión, los contratos de concesión vigentes a la fecha de expedición de la ley 335 de 1996 deben ser desarrollados durante el término por el cual se celebraron, sin tener que someterse a ninguna evaluación y por ende a ninguna sanción que no estuviere contemplada en su mismo texto o en la ley. Lo contrario implicaría violar principios generales del derecho como el que señala que los contratos deben regirse por las normas vigentes en el tiempo de su celebración y el denominado principio de “pacta sunt servanda”.

Añade que los derechos que hayan adquirido del Estado los particulares por vía de contrato, no pueden ser desconocidos o vulnerados sin más, utilizando para el efecto una ley posterior que despoje a su titular de los mismos, argumentando motivos de utilidad pública, pues cuando la comunidad reclama el sacrificio de un interés por parte de un particular, éste tiene derecho a ser indemnizado.

El concepto del Ministerio Público.

Al analizar las acusaciones que se formulan contra varias de las disposiciones del artículo 25 de la ley 335 de 1996, y especialmente contra el contenido de su parágrafo, el Procurador centra su concepto en el aspecto relacionado con la presunta violación del artículo 20 de la Carta.

El derecho a la información, dice, no es un derecho absoluto, es un derecho de doble vía, esto es, que implica obligaciones y responsabilidades para quien lo

ejerce, pues compromete la realización de otros derechos tales como el derecho a la intimidad, al buen nombre y a la honra. De ahí, señala, que la labor legislativa y reglamentaria respecto de dicho derecho sea compleja y delicada, pues los mecanismos y dispositivos jurídicos que se diseñen para regular su ejercicio deben, además de respetar una serie de principios y valores superiores, evitar afectar el núcleo esencial del mismo.

No obstante, agrega, no toda limitación al derecho a la información se constituye en una forma de censura, "...por cuanto la interdependencia de los derechos subjetivos de las personas impone la armonización de los derechos o intereses que puedan entrar en conflicto en un momento dado, siendo la Constitución Política el instrumento para resolver el conflicto". Con base en el anterior planteamiento, sostiene el concepto fiscal, resultan legítimas algunas restricciones establecidas para el ejercicio del derecho a la información (prohibición de emitir propaganda en favor de la guerra, prohibición de divulgar documentos protegidos con reserva legal, prohibición de divulgar programas o mensajes que atenten contra la moral o la salud física o mental de los menores de edad, etc.).

El ejercicio del derecho a la información, señala, no puede estar sujeto a censura previa; él está sometido a responsabilidades ulteriores establecidas expresamente en la ley, lo que implica que esté dotado de una amplia autonomía que encuentra límite en la inherente responsabilidad social que tiene quien lo ejerce, no sólo respecto del "informado", sino respecto de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con las informaciones y opiniones que divulguen los medios de comunicación, las cuales cuentan con acciones y procedimientos legales para exigir la rectificación, en condiciones de equidad, y el resarcimiento de los perjuicios que les hayan podido ocasionar.

En esa perspectiva, encuentra el Procurador, que en el caso que se examina, los términos bajo los cuales se reguló la evaluación de los contratos celebrados con concesionarios de espacios de televisión son inconstitucionales, pues en ellos se evidencia "...una flagrante violación que afecta los derechos de los contratistas, situación que se agrava para los concesionarios de noticieros y programas de opinión, por cuanto para ellos se establecen expresamente criterios que pueden ser objeto de arbitrarias interpretaciones, dada la amplitud conceptual de éstos".

Agrega, que los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado, se identifican más con los fines que deben perseguirse a través de la actividad de la prestación del servicio, que con factores sobre los cuales sea posible concretar una evaluación ; por eso, concluye, "...no puede aplicarse una sanción con fundamento en una evaluación basada en criterios tan amplios que no le permiten al evaluador y al contratista conocer los linderos a partir de los cuales se considera adecuada la gestión o actividad desarrollada".

Por lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad "...del aparte impugnado correspondiente al artículo 25 de la ley 335 de 1996, por considerar que su texto contraría lo establecido en el artículo 20 de la C.P".

Por último, aclara el Procurador en su concepto, que dado que dejó establecido que la inconstitucionalidad de lo impugnado del artículo 25 de la Ley 335 de 1996, deviene de la materialidad de la norma, no es procedente entrar a considerar el cargo formulado por algunos de los demandantes en el sentido de que la regulación atacada es del resorte de la CNTV y no del Congreso, pues ni una ni otro están llamados a establecer contenidos contrarios al ordenamiento superior.

Ministerio de Comunicaciones.

La apoderada del Ministerio de Comunicaciones solicita a esta Corporación declarar exequible el referido artículo, argumentando que el objeto del mismo es materializar los postulados contenidos en los artículos 20, 333, 334 y 335 de la Constitución, pues pretende la intervención del Estado en la prestación de un servicio público, delimitando el alcance de la libertad de los empresarios de los medios de comunicación, para lograr el bien común y el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Señala que no se puede, so pretexto de garantizar el derecho a la información, permitir la inercia del Estado frente a la vulneración de otros derechos también fundamentales, por eso es necesario regular un sistema de evaluación con base en los principios constitucionales de equilibrio informativo, veracidad, imparcialidad, responsabilidad social y, sobre todo, prevalencia del interés público sobre el interés particular.

Intervenciones ciudadanas.

La Representante a la Cámara Marta Catalina Daniels Guzmán, manifiesta que en manera alguna puede entenderse esta disposición como contraria al ordenamiento constitucional, toda vez que si el espectro electromagnético es un bien público utilizado para la prestación de un servicio también público, el de televisión, la actividad que sobre él se desarrolle debe someterse a los parámetros establecidos por el Congreso de la República a través de la ley, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77 de la Carta Magna; agrega, que si la aplicación de dichos parámetros entra en conflicto con los intereses particulares, éstos deben ceder, según el artículo 58 del mismo estatuto superior, al interés general, puesto que la propiedad privada tiene una función social que implica obligaciones.

En este orden de ideas, afirma la representante, no es inconstitucional que el Estado intervenga en la actividad pública y privada, ya que la evaluación opera

para ambos sectores, cuando se trata del control de la prestación de un servicio público, sobre un bien público, en cuya utilización se encuentra comprometido el interés general.

No es cierto, afirma, que los parámetros de evaluación que contiene la norma impugnada sean “camisas de fuerza” para la Comisión Nacional de Televisión, y por ende contrarios a su autonomía, pues ellos constituyen tan sólo bases para que aquella lleve a cabo una evaluación, pero de ninguna manera excluyen otros criterios que bien puede introducir y utilizar ese ente para el efecto. El derecho a la información, concluye, no es un derecho absoluto, requiere una regulación que permita dar cumplimiento a los principios constitucionales y legales relativos al mismo, en vista de que la actividad periodística conlleva una alta responsabilidad social.

Por el contrario, el ciudadano Méndez Parodi, entiende como la más clara vulneración del artículo 20 de la Constitución Política, el contenido del artículo 25 de la Ley 335 de 1996. En ese sentido, adhiere uno a uno a los argumentos expuestos por los demandantes, agregando que se trata de una “censura disfrazada”, pues todo control niega la autonomía. La libertad de fundar medios masivos de comunicación, sostiene, no implica solamente la libertad de crearlos, sino la posibilidad de mantenerlos con alguna estabilidad, lo cual no será posible si se aplica la evaluación dispuesta en el artículo atacado, que desconoce otros mecanismos de control que la ley prevé, tales como la rectificación, y establece en cambio uno que desde ningún punto de vista puede tenerse como tal: el criterio subjetivo de los evaluadores, que se vuelve aún más subjetivo si se tiene en cuenta que lo que calificarán es la opinión de los comunicadores.

Así mismo, manifiesta el interviniente, el simple hecho de someter a evaluación el contenido de los noticieros y programas de opinión es inconstitucional, por atentar contra el derecho a la igualdad, toda vez que la libertad de información se predica en todas las formas posibles de llevarla a cabo y si la evaluación solamente procede para aquellos que ejercitan el derecho referido a través del servicio de televisión, no hay más remedio que pensar que se les está proporcionando un trato discriminatorio.

Finalmente, argumenta en contra del artículo impugnado, que al extenderse sus efectos a los contratos de concesión vigentes a la fecha de expedición de la ley, el legislador no respetó el principio general que establece que en materia contractual se aplicará la ley vigente al momento de contratar, lo que le permitió imponer con carácter retroactivo nuevas causales de caducidad a los contratos en ejecución, actuación que se traduce en una flagrante violación del principio *pacta sunt servanda*, del orden justo que la Constitución pretende alcanzar y del artículo 136-1° de la Carta Política.

Consideraciones de la Corte.

Le corresponde a la Corte en esta ocasión pronunciarse sobre tres cuestiones de fondo que se desprenden del contenido de la norma impugnada :

La primera, si la evaluación periódica de los contratos de concesión que se celebren para la prestación del servicio público de televisión vigentes y de aquellos que se celebren con posterioridad a la expedición de la ley que contiene la norma impugnada, con base en criterios preestablecidos por el legislador, cuyos puntajes máximos y forma de aplicación definió él mismo, es contraria al ordenamiento superior, esto es, si al ser aplicados conducirán necesariamente a la arbitrariedad y al desconocimiento, entre otros, de los artículos 20, 76, 77 y 113 de la C.P.

La segunda, si esa evaluación, en tanto el legislador dispuso que sea la base para que la CNTV determine si hay lugar o no a la declaratoria de caducidad de los mencionados contratos de concesión, es una forma de censura que acarrea la violación de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 20 de la C.P.

Y la tercera, si las disposiciones del párrafo de la norma acusada, dirigidas específicamente a los noticieros y programas de opinión, que ordenan que el renglón de contenido en esos casos se evalúe aplicando criterios que los demandantes acusan de subjetivos, constituyen también una forma de censura y violan derechos adquiridos de los concesionarios.

Consideraciones generales.

Sin duda, como lo ha señalado esta Corporación, uno de los aspectos en los que más avanzó el Constituyente de 1991, superando la concepción decimonónica que se limitaba a reivindicar la libertad de prensa, fue el relacionado con el derecho a la información, el cual, en sus distintas dimensiones consagró en el artículo 20 de la C.P. Sobre el mismo ha dicho la Corte:

“El derecho a la información implica la posibilidad de recibir, buscar, investigar, almacenar, procesar, sistematizar, analizar, clasificar y difundir informaciones, concepto éste genérico que cubre tanto las noticias de interés para la totalidad del conglomerado como los informes científicos, técnicos, académicos, deportivos o de cualquier otra índole y los datos almacenados y procesados por archivos y centrales informáticas.

“Se trata de un verdadero derecho fundamental, que no puede ser negado, desconocido, obstruido en su ejercicio o disminuido por el Estado, cuya obligación, por el contrario, consiste en garantizar que sea efectivo.

“La Corte Constitucional, al referirse a este derecho, ha señalado con claridad que es universal, inviolable y reconocido —no creado— por la normatividad positiva. Desarrollando el concepto de inviolabilidad, la Corte ha dicho que, sin pretender su carácter absoluto, debe entenderse que no es constitucional lo que tienda a vulnerar el derecho a la información en su núcleo esencial, bajo ningún título ni justificación.

“También ha subrayado la Corporación que el mencionado derecho tiene un carácter inalienable, «pues al responder a una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado esté despojada del individuo de la especie humana, porque equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación»” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-488 del 28 de octubre de 1993. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

“Igualmente, la Corte Constitucional ha destacado el hecho de que la Carta Política de 1991 amplió considerablemente la concepción jurídica de las garantías a la libertad de expresión y al derecho a la información «y avanzó hacia su consagración como derecho humano que cubre ya no solamente la posibilidad de fundar medios periodísticos y, en general, medios de comunicación y de acceder a ellos para canalizar hacia la colectividad la difusión de ideas y conceptos, sino que cobija las actividades de investigación y obtención de informaciones, así como el derecho de recibirlas, a la vez que el de difundirlas, criticarlas, complementarlas y sistematizarlas»” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Es decir, que a partir del reconocimiento del individuo autónomo como epicentro y fin último del Estado social de derecho, la necesidad inherente a su condición y naturaleza de realizar su vida a través de “actos de comunicación”, los cuales en el mundo contemporáneo trascienden lo oral y lo escrito gracias a las múltiples formas que ofrecen la ciencia y la tecnología, se reivindica y consagra como un derecho fundamental, que exige por parte del Estado plenas garantías para su ejercicio y protección.

Así, en nuestro ordenamiento superior el derecho a la información tal como se plasmó en el artículo 20 de la C .P., corresponde a lo que se denomina un derecho complejo, en cuanto incluye, y así quedó consagrado en el mandato superior, como objeto de protección las diferentes formas y manifestaciones a través de las cuales los individuos pueden realizarlo: el derecho a la libertad de expresión, el derecho a informar y recibir información veraz, objetiva e imparcial, y el derecho a fundar medios masivos de comunicación.

Eso implica que la información que se suministre a través de medios masivos de comunicación, específicamente de la televisión, debe reunir unas especiales características para que contribuya efectivamente a la realización paralela de los derechos fundamentales de cada individuo receptor, específicamente de aquellos a los que se refiere el artículo 20 de la Constitución y no contraría ninguna disposición del ordenamiento superior.

A diferencia de la prensa escrita, que le permite al receptor analizar la información que se le brinda, confrontarla, discernirla, volver a ella una y otra

vez, la información que proviene de medios masivos como la televisión, es una información en extremo concisa, fragmentada, con la cual se “bombardea” al espectador, quien apenas tiene tiempo de captar las imágenes, previa y unilateralmente seleccionadas por el emisor, y de escuchar la interpretación que de las mismas éste hace.

Tales diferencias hacen necesario singularizar algunas de las características del derecho a la información, en cuanto derecho a recibirla y suministrarla y en cuanto posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, cuando ellos se realizan a través de la televisión, pues sólo así será posible analizar pertinente y objetivamente, los cargos presentados contra algunas de las disposiciones del artículo 25 de la Ley 335 de 1996

Consideraciones específicas.

En el Estado social de derecho la realización efectiva del derecho a la información, en todas sus dimensiones, se erige como pilar y garantía de la democracia.

La proclamación de un Estado democrático, participativo y pluralista, tal como quedó consignada en el artículo 1 de nuestra Constitución Política, trasciende lo meramente retórico y encuentra fundamento en la necesidad que evidenció el Constituyente de superar un modelo o paradigma de Estado que legitimaba el ejercicio del poder en el origen de quien lo ejercía, en la razón que motivaba ese ejercicio, la promoción del bien común, y en la manera controlada como éste se ejercía.

En el Estado contemporáneo, intervencionista o de bienestar, posterior a las dos guerras mundiales, en el que el desarrollo científico y tecnológico derribó fronteras, especialmente a través del desarrollo de los medios masivos de comunicación, dando paso a la globalización del mundo, la legitimidad para el ejercicio del poder se obtiene del respaldo que brindan los ciudadanos que participan activamente en los procesos que regulan la vida en sociedad, y que deciden, ya no a partir de axiomas, sino del ejercicio de una comunicación libre.

A partir de los anteriores presupuestos, los procesos de comunicación que se surten a través de los medios masivos de comunicación, y especialmente de la televisión que es uno de los medios de comunicación de más amplia cobertura y gran nivel de penetración, al cual tiene acceso prácticamente la totalidad de la población de un país, cumplen un papel determinante, como lo ha señalado esta Corporación, en la consolidación o debilitamiento de la democracia, pues ellos, cuyo principal objetivo es “persuadir o disuadir al receptor” a través de la información, contribuyen de manera decisiva a la conformación de la “*opinión pública*”, que es en últimas la que con sus decisiones legitima o no a los poderes constituidos.

Esa estructura de Estado, cuyo desarrollo y fortalecimiento se basa en gran medida en la realización efectiva del derecho a la información por parte de todos sus titulares, en sus diferentes dimensiones, requiere, paralelamente, del incremento progresivo de la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones; es decir que se evoluciona del modelo de representación al modelo de participación, el cual encuentra posibilidad de realización en los procesos comunicativos que se desarrollan a partir del uso de los medios masivos de comunicación, los cuales tienen la capacidad de facilitar, o entorpecer si lo hacen con irresponsabilidad, la adopción de decisiones públicas a través de la dialéctica, "del diálogo de argumentos y de intereses" de todos los participantes.

Lo anterior para afirmar, que así como una comunicación libre es requisito esencial para la existencia de una sociedad libre, una comunicación abierta a todos, en igualdad de condiciones, es indispensable para la realización del Estado democrático.

Es decir, que la realización del derecho fundamental a la información, a través de un medio masivo de comunicación como la televisión, incide de manera definitiva en el proceso de conformación de la opinión pública, que es la que tiene la responsabilidad, en un Estado democrático y participativo, de legitimar o deslegitimar el ejercicio del poder, capacidad de la cual dependerá el fortalecimiento y consolidación de la democracia. Lo anterior implica, que cualquier interferencia en ese proceso, bien sea que provenga del poder político, del poder económico, o de los mismos medios, atenta no sólo contra los derechos individuales de las personas comprometidas, actores en el proceso, sino contra las bases y fundamentos del Estado democrático.

La garantía del libre ejercicio del derecho a recibir información, implica la garantía paralela de no interferencia de los poderes del Estado en la obtención, producción y suministro de la misma por parte de los medios masivos de comunicación, y exige de dichos poderes públicos la producción de la normativa necesaria para impedir que otras fuerzas sociales obstruyan su ejercicio.

La realización efectiva del derecho de las personas a recibir información veraz e imparcial, está necesariamente ligada al ejercicio, también efectivo, de los derechos a la libre expresión, a informar y ser informado y a fundar medios masivos de comunicación. Los medios, y específicamente la televisión, en un mundo que presenta como característica cada vez más arraigada la despersonalización de las relaciones, se convierten en ese ineludible "intermediario" que requiere el receptor para la toma de las decisiones que le competen, en las cuales, como se dijo, está comprometido incluso el futuro de la democracia. De ahí la importancia, vital para el sistema, de preservarlos de cualquier interferencia que impida el cumplimiento de sus cometidos, y la necesidad, también vital para el sistema, de que esos medios actúen y ejerzan su derecho con responsabilidad social.

La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que consagra el artículo 20 de la Constitución, implica la necesidad de que los poderes públicos, además de no impedirla, obstruirla o entorpecerla, expidan y hagan cumplir las medidas que consideren necesarias para impedir que otras fuerzas sociales puedan oponerse a su ejercicio.

Es decir, que el Estado frente a los medios masivos de comunicación, asume tres tipos de responsabilidades: el primero, no interferir, obstruir o impedir, haciendo un uso del poder que detenta, el desarrollo libre y autónomo de las funciones que les competen a dichos medios; el segundo, producir, a través de los órganos legitimados para el efecto, la normativa que sea necesaria para impedir que otras fuerzas sociales o poderes impidan el ejercicio del derecho a informar, a ser informado y a fundar medios masivos de comunicación, sin violar con ello las demás disposiciones del ordenamiento superior; y el tercero, propiciar y garantizar el ejercicio pleno por parte de todos sus titulares de los derechos fundamentales, los cuales a su vez son garantía del desarrollo efectivo del derecho a la información.

Los fenómenos de la sobre-información, la sub-información y la pseudo-información, impiden la realización efectiva de los derechos consagrados en el artículo 20 de la C.P.

Quien emite la información, especialmente a través de medios masivos de comunicación y específicamente de la televisión, dada la cobertura que tiene su labor y el impacto de la misma en la opinión pública, está en la obligación de hacerlo de manera objetiva, ciñéndose a los hechos, orientando a la opinión pública y de ser el caso alertándola, pero nunca manipulándola para imponer sus propias convicciones o hacerla útil a sus intereses, pues con ello no sólo vulneraría los derechos fundamentales de terceros, sino que atentaría contra los fundamentos mismos del Estado democrático.

Para hacerlo, hemos dicho, el emisor necesita de garantías, especialmente por parte del Estado, que le permitan cumplir con su función de manera oportuna, sin interferencias ni presiones, de tal forma que a su vez él pueda garantizar una información "veraz, imparcial y objetiva", producto de la *aplicación del principio de equilibrio informativo*, que se traduce, según lo expertos, en la capacidad de evitar el fenómeno de la sobre-información, entendida como exceso de información, que la ahoga, "...al someter al receptor a una lluvia de eventos sobre los cuales éste no puede meditar por cuanto son expulsados inmediatamente por otros acontecimientos, impidiéndole observar, percibir los contornos, los matices que aportan los fenómenos, y enceguciéndolo con un alud informativo que banaliza los hechos..."²⁰.

²⁰ Morin Edgar, Para salir del siglo XX, Fernando Nathan, coll points, París, 1988.

Con la misma perspectiva el emisor ha de evitar el fenómeno de la subinformación, bien sea que se origine en él o en el Estado, entendida ésta como información superficial, escasa, dirigida, la cual antes que profundizar en la realidad la desdibuja; por eso sirve a los objetivos de manipulación y especialmente de desinformación; cuando ella se impone por parte del Estado, lo que éste pretende es no dejar “ver” lo que acontece, “...el sistema camufla la verdadera información y el temor que este mismo inspira hace decir a cada cual lo que le toca decir...”²¹.

En cuanto a la pseudo-información, falsa información, la prohibición de producirla se convierte para el emisor en un imperativo ético, cuyo desconocimiento vulnera no sólo al individuo, el cual aspira a encontrar en los medios de comunicación un instrumento mediático, “...que lo ponga en contacto con mundos diversos a partir de los cuales el puede ejercer su autonomía”, sino a la sociedad entera que ve afectada su capacidad de participación y decisión en cuanto *demos soberano*, lo que implica que la prohibición asuma también el carácter de imperativo jurídico.

Producir y emitir pseudo-información, con el objetivo de acaparar audiencia, elevar los “ratings”, incrementar los niveles de rentabilidad de una empresa, o lo que es peor consolidar o acceder a posiciones de poder, bien sea político o económico, por vías distintas a aquellas legitimadas democráticamente, vulnera los principios mismos del Estado social de derecho, pues obstaculiza el ejercicio de la libertad individual, que es condición para la consolidación de la democracia.

La responsabilidad de los medios masivos de comunicación no se limita a asumir y aceptar las decisiones judiciales cuando el receptor, que se considere afectado con su función, adelante acciones concretas ante esas instancias, ella surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de información por parte de un determinado medio de comunicación.

“...la libertad de información se constituye en un derecho fundamental cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades. Es pues un derecho-deber, esto es un derecho no absoluto sino que tiene una carga que condiciona su realización.

“Para el usuario o receptor de la información, la plena realización de su derecho constitucional fundamental se garantiza en la medida en que la información reúna tres requerimientos : que ella sea cierta, objetiva y oportuna...” (Corte Constitucional, Sentencia C-033 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

²¹ Ibidem.

La obligación del Estado de rodear a los medios de comunicación de todas las garantías que sean necesarias para que éstos puedan cumplir con la función social que les corresponde, dado que su desarrollo y funcionamiento constituyen base fundamental de un Estado democrático, evitando presiones e interferencias provenientes de los poderes que lo conforman, o de otros poderes o fuerzas de la sociedad, va paralela a la obligación de los medios de ejercer su derecho a informar y cumplir sus funciones con responsabilidad. Es decir, que el punto de equilibrio que requiere una sociedad democrática cuyo paradigma es el Estado social de derecho, se encuentra en el momento en el que coinciden unos medios de comunicación libres, profesionales, no supeditados ni vinculados a ningún poder, esto es responsables, y un Estado cuyos poderes se hayan constituido legítimamente, respetuoso y promotor de la libertad de información en sus diferentes manifestaciones, y sometido a los mandatos que sobre la materia contienen la Constitución y la ley, que acepte como sustento del sistema democrático el papel fiscalizador y orientador de los medios de comunicación, sin pretender obstruirlos o impedir que ejerzan su función esencial.

"El principio de responsabilidad social de la prensa hablada y escrita obedece a una concepción comunitaria de los medios de comunicación. La Constitución de 1991 abandonó el enfoque liberal-clásico de la libertad de prensa fundado en el individualismo y acogió la concepción de la libertad de información como elemento esencial del orden político democrático.

"El pluralismo informativo y la democratización de los medios de comunicación son propósitos constitucionales consagrados en beneficio de la colectividad. Estos objetivos, unidos a la función social que tienen los medios en la formación de la opinión pública, permiten delimitar el alcance del principio de responsabilidad social : respeto al equilibrio, a la igualdad de acceso y a la imparcialidad en la información (C.P. arts. 20 y 75).

"Con independencia de otras formas de responsabilidad —civil o penal— derivadas del abuso de la libertad de información, la responsabilidad social de los medios es exigible principalmente mediante el ejercicio del derecho de rectificación y, en caso de negativa del medio, de la acción de tutela" (Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Lo anterior hace posible que, al plantear el tema de la responsabilidad social que se les atribuye a los medios masivos de comunicación, se puedan distinguir en ella dimensiones o magnitudes diferentes, complementarias, no excluyentes, y necesarias para la plena configuración del cumplimiento de esa obligación que les es inherente; no se trata simplemente, como lo afirman algunos de los actores, de que la libertad que se les reconoce sea absoluta mientras se obtiene, produce y emite la información, y de que en consecuencia ella sólo admita la exigencia de responsabilidad ulterior, entendida como la disposición que tengan éstos de reconocer y asumir, a posteriori, las decisiones que provengan de instancias

judiciales que ordenen la rectificación, o amparen y protejan, a solicitud del interesado, el derecho a la honra, al buen nombre y a la intimidad.

Sin duda alguna la responsabilidad de los medios implica el cumplimiento de una labor orientadora, pedagógica, que a tiempo que informe también eduque para el ejercicio de la libertad, concepto que en ética equivale al ejercicio de la autonomía, tarea muy delicada, que exige los más altos niveles de profesionalismo e independencia, pues si se sobrepasan sus linderos, se incursiona en el terreno de la manipulación.

El periodista y en general los medios de comunicación, tienen derecho a informar libremente, lo que significa tener acceso a la fuentes de información, seleccionar lo que cabe como noticia y la forma de presentarla, sin presiones ni interferencias de ninguna clase u origen, mucho menos del Estado, pero esa libertad encuentra límite en el deber ineludible de suministrar a sus receptores información veraz y objetiva, lo que exige, entre otras cosas, y así usualmente lo consignan en los códigos deontológicos que esos colectivos se imponen, fundamentar y contrastar la información antes de entregarla al público, no confundir la información con la opinión, rectificar, si es del caso, informaciones falsas o imprecisas, valerse de métodos dignos para obtener información, no aceptar gratificaciones de terceros, ni utilizar en beneficio propio informaciones; sólo así contribuirán al fortalecimiento de la democracia y por ende a la realización del paradigma propio del Estado social de derecho.

La segunda dimensión del concepto de responsabilidad social de los medios de comunicación, se presenta como reacción a las acciones que impulsan quienes se sienten afectados con la información que ellos suministran. Es una respuesta concreta y específica a las exigencias de un determinado receptor que siente vulnerados sus derechos con la información que proviene de un determinado emisor; en ese momento el periodista o el respectivo medio de comunicación, responderán efectivamente a su obligación de responsabilidad, en la medida en que tengan real disposición de asumir las consecuencias de sus actos de comunicación, bien sea rectificando, corrigiendo, indemnizando o procediendo conforme se lo ordenen las autoridades judiciales, si media una acción específica.

Es decir, que la responsabilidad en la primera de las dimensiones mencionadas es un ejercicio que compete y se agota en el mismo medio de comunicación, en el emisor, quien se presume cuenta con la suficiente capacidad para dotar de responsabilidad todas las actuaciones que debe surtir en el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información que transmite. Esta dimensión no admite intervención del Estado, pues cualquiera se convertiría fácilmente en censura; por el contrario, la segunda dimensión, que sólo cobra vigencia si la primera por cualquier circunstancia ha sido ineficaz, es impuesta y exigida por los poderes del Estado; ella es concreta, específica, referida a una situación particular, y se ocasiona única y exclusivamente si el receptor que se

siente afectado impulsa ante las autoridades competentes las acciones que le brinda la ley: tutela, acciones de tipo penal, acciones de tipo civil tendientes a que los perjuicios sean resarcidos, etc.

Los límites al ejercicio del derecho fundamental a la información, no se pueden confundir con la censura.

El derecho fundamental a la libertad de información encuentra sus límites en el texto mismo de la Carta, que señala específicamente que los medios masivos de comunicación son libres y tienen responsabilidad social, que garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad y que expresamente prohíbe la censura; paralelamente encuentra garantizada su realización en la consagración expresa de los demás derechos fundamentales, que le fijan límites, especialmente a través de los preceptos de las leyes que los desarrollan. Sobre el particular ha dicho esta Corporación :

"... el derecho a la comunicación tiene un sentido mucho más amplio, pues su núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología.

"La Constitución Política no destina un artículo específico a la garantía del aludido derecho, pero éste sale a flote, como propio e inalienable de toda persona, cuando se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, entre otros los consagrados en los artículos 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (prohibición de la desaparición forzada y de tratos inhumanos o degradantes), 15 (inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 20 (libertad de expresión y derecho a emitir y recibir información), 23 (derecho de petición), 28 (libertad personal), 37 (libertad de reunión), 40 (derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 73 (protección de la actividad periodística), 74 (derecho de acceso a los documentos públicos) y 75 (igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético), garantías todas éstas que carecerían de efectividad si no se asegurara que la persona goza de un derecho fundamental a comunicarse.

"Aunque ello no fuera así, la ausencia de nominación, definición o referencia expresa de un derecho en los textos positivos no puede asumirse como criterio de verdad para negar que exista. Tal es el sentido del artículo 94 de la Constitución Política, según el cual la enunciación de los derechos y garantías tanto en su propio articulado como en el de los convenios internacionales vigentes, «no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

“Dentro de ese criterio, que excluye toda concepción literal y taxativa de los derechos -como corresponde a un sistema jurídico que prohija el respecto a la dignidad humana-, no cabe duda de que la naturaleza racional y sociable del hombre, no menos que su excepcional aptitud para la expresión verbal y escrita, hacen indispensable, para su desarrollo individual y para la convivencia a la cual tiende de manera espontánea, la posibilidad de establecer comunicación con sus congéneres” (Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-032 del 6 de febrero de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Los límites sirven para evitar que colisionen entre sí los diferentes derechos fundamentales, o para determinar, en una situación concreta, si efectivamente hubo o no vulneración de un derecho en pro de desarrollar otro de la misma categoría; caso distinto es el de la censura, la cual consiste “...en una limitación concreta, más perfilada que los límites...que se opone a la libertad de expresión del pensamiento: una restricción de la posibilidad de actuar sin trabas que es característica de la prensa, que cuenta con una amplia tradición en los Estados autoritarios”²².

El caso concreto de las disposiciones impugnadas del artículo 25 de la ley 335 de 1996.

Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte debe determinar si las disposiciones impugnadas del artículo 25 de la ley 335 de 1996, vulneran el núcleo esencial del derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución; esto es, si los términos de la evaluación que por mandato de esa norma debe efectuar la CNTV, y los efectos que se prevé se desprenderán de la misma, continuación del respectivo contrato o declaratoria de caducidad, contrarían el ordenamiento superior.

Para el efecto la Corte hará una distinción de carácter metodológico: en primer lugar se referirá al contenido del parágrafo del artículo 25 de la ley 335 de 1996, que impone el sistema de evaluación general que se consagra en la norma, también para los noticieros y programas de opinión, estableciendo que en esos casos el renglón de contenido se evaluará y calificará en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado.

Posteriormente, considerará las acusaciones de inconstitucionalidad que se dirigen contra el sistema mismo de evaluación, consagrado en los cuatro primeros

²² Auger Liñan, Clemente, “El llamado secreto del sumario”, Los derechos fundamentales y las libertades públicas”, Dirección General del servicio jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid 1992.

incisos del mencionado artículo 25 de la ley 335 de 1996, los cuales se acusan por violar los artículos 76 y 77 de la C.P.

La evaluación que establece el parágrafo de la norma impugnada para los concesionarios de noticieros y programas de opinión, constituye una forma de censura que viola el ordenamiento superior.

Para la Corte, la evaluación periódica que deberá efectuar la CNTV, con base en los criterios que se consagran en el parágrafo impugnado, todos de carácter subjetivo, de los contratos de concesión que para la realización de noticieros y programas de opinión se hayan celebrado o se celebren con posterioridad a la expedición de la ley, impuesta por el legislador, en tanto se consagró como presupuesto para la declaratoria de caducidad de dichos contratos de concesión, en los casos en que el contratista no supere el puntaje establecido en la misma, o no obtenga el mínimo preestablecido en los renglones que específicamente aquel señaló, es una forma de censura que viola y contradice, entre otros, los artículos 1, 2, y 20 y 73 de la C.P.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la censura se define como el dictamen y juicio que se hace de una obra o escrito; censura, dice la misma obra, es la intervención que ejerce el censor gubernativo. Lo que impone la norma impugnada es precisamente un detallado ejercicio que deberá adelantar la CNTV, a la cual prácticamente no se le deja ningún margen de discrecionalidad para efectuarlo, que fundamentado en la evaluación de criterios subjetivos, contenido y calidad por ejemplo, les permitirá a los miembros de la junta directiva del ente rector de la televisión, decidir si el contrato continúa por el tiempo inicialmente celebrado, o si se le impone al contratista la más drástica sanción prevista en el régimen contractual del Estado, la caducidad, por el presunto incumplimiento de sus obligaciones.

Tal evaluación configura una forma de censura, porque si bien no se produce una revisión previa del contenido de la información, ni a la CNTV se le autoriza para vetar, modificar o complementar, antes de su emisión el contenido de un determinado programa, por lo demás las formas más burdas de censura, si se somete al emisor, concesionario, a una evaluación posterior de la información que ha suministrado, que supuestamente indicará el comportamiento futuro del medio, el cual, si no coincide con el paradigma de información de los evaluadores de turno, se considerará causal de incumplimiento grave, que como tal ameritará la caducidad inmediata del contrato.

Se produce censura porque el Estado le atribuye a la CNTV, la facultad de evaluar la información ya suministrada, la programación ya emitida por los medios concesionarios, ejercicio que le ordena efectuar a los miembros de la junta directiva de dicha organismo, quienes deberán aplicar para el efecto los criterios que consagró la norma impugnada, todos de carácter subjetivo y decidir, de acuerdo

con su personal interpretación, si el concesionario “merece” o no continuar prestando el servicio.

De otra parte, esa evaluación, al constituirse en fundamento para la imposición de una sanción, la declaratoria de caducidad del respectivo contrato, implica el ejercicio por parte del Estado de lo que podría denominarse una suerte de censura previa, pues como se dijo, a partir de ella la CNTV trata de anticipar el comportamiento futuro del concesionario, cuya “buena o mala calificación” durante el semestre previo, le permite al ente rector de la televisión determinar si se mantiene la vigencia de su derecho a brindar información, lo que necesariamente viola el artículo 20 de la C.P., pues se traduce en un condicionamiento ilegítimo, en una restricción arbitraria a la libertad de expresión, la cual se ve coartada y amenazada, al extremo de que ocasiona la vulneración paralela del derecho de las personas a recibir información objetiva, veraz y oportuna, situación que afecta y atenta contra la sociedad, que encuentra en la realización de ese derecho uno de los sustentos de la democracia.

No se trata de que esta Corporación considere que la evaluación por sí misma sea contraria a los mandatos del Constituyente, pues la concesión que celebra el Estado para la prestación de un servicio público, en este caso el de la televisión, se materializa a través de un contrato en el que se consignan derechos y obligaciones que afectan no sólo a las partes sino a la misma sociedad, cuyo cumplimiento, de conformidad con el mandato del artículo 365 de la C.P., debe seguir y controlar el concedente de acuerdo con los términos del contrato y de la ley.

Lo que es inadmisibles es que un procedimiento como el de la evaluación, que debe servir para garantizar al usuario la prestación de un óptimo servicio, se convierta, por mandato de la ley, en un instrumento para que el Estado, unilateralmente, decida cada seis meses, con base en criterios de carácter subjetivo, que como tales no son susceptibles de control, quienes tienen “derecho” y quienes no a continuar con una concesión, que han obtenido legítimamente en un proceso que se distingue por la realización del principio de la libre competencia, al ganar la licitación desarrollada de conformidad con las disposiciones de ley.

El legislador tiene plena capacidad, si lo considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la C.P., para determinar como política aplicable al servicio público de la televisión, la evaluación periódica de los contratos de concesión que se celebren para la prestación del mismo, no de la información que éstos suministren. Lo que no puede hacer, como en efecto lo hizo, es ordenar que se evalúe la información que ellos entregan al público, pues ello implica convertir ese procedimiento en un instrumento de censura a su servicio, lo que además de atentar contra los fundamentos mismos de la democracia, viola flagrantemente el artículo 20 de la Constitución y desconoce tratados internacionales suscritos por el país dando paso también a la violación del artículo 93 superior.

“La validez interna de una norma consagrada por el legislador no solamente está supeditada a la adecuación de su preceptiva a los postulados y mandatos constitucionales sino que también depende del acatamiento a los compromisos internacionales de Colombia, pactados en tratados públicos aprobados por el Congreso y ratificados por el Jefe del Estado de acuerdo con la Constitución (artículos 9; 150, numeral 16; 189, numeral 2, y 226).

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La norma constitucional declara sin rodeos que los derechos y deberes consagrados en el Estatuto Fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Corte Constitucional, Sentencia C-073/96. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En síntesis, la evaluación tal como quedó consignada en el párrafo impugnado, es un instrumento de censura y lo es, entre otros, por los siguientes motivos:

Porque tal como quedó anotado, el ejercicio libre de interferencias por parte de todos los titulares del derecho a la información en sus distintas manifestaciones, es condición esencial para que se conforme una sólida y libre opinión pública, a la cual le corresponderá legitimar o no los poderes constituidos, actuación con la que contribuirá de manera definitiva a la consolidación o debilitamiento de la democracia; en consecuencia, la evaluación en los términos previstos en el párrafo impugnado, al impedir y obstaculizar la libre conformación de la opinión pública, que a su vez ocasiona la obstrucción del ejercicio del derecho a la libre participación de los ciudadanos en los asuntos que los afectan, la cual encuentra posibilidades de realización en los procesos comunicativos que se realizan a través de los medios masivos de comunicación, ocasiona la violación de los artículos 1 y 2 de la C.P..

El control que se atribuye al Estado a través de la norma impugnada, es definitivamente una forma de censura, porque además de todo lo anterior, propicia los fenómenos de la sub-información y la pseudo-información en los términos en que fueron descritos en esta providencia, lo que contradice el núcleo esencial de los derechos consagrados en el artículo 20 de la C.P.

En consecuencia, por consagrar una forma de censura que desconoce y contraría la prohibición consignada en el artículo 20 de la C.P., y afecta el núcleo

esencial de los derechos fundamentales de las personas, la Corte declarará contrario al ordenamiento superior el contenido del párrafo del artículo 25 de la ley 335 de 1996 y no asumirá el análisis específico de los demás cargos que contra dicha norma se presentaron.

En cuanto al contenido de los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 25 de la ley 335 de 1996, que establecen con carácter general el sistema de evaluación de los contratos de concesión celebrados para la prestación del servicio público de la televisión, los cuales en opinión de algunos de los actores violan los artículos 76 y 77 de la C.P., considera la Corporación lo siguiente :

El legislador, de conformidad con los mandatos de los artículos 76 y 77 de la C.P. no puede, como lo hizo, extender la competencia que le otorgó el Constituyente para determinar la política aplicable al servicio público de la televisión, al punto de asumir directamente la dirección y ejecución de la misma, pues ello implicaría invadir las funciones que el artículo 76 de la Carta Política le atribuyó a la CNTV.

En el caso *sub-examine*, el legislador podía, en los términos antes señalados, determinar como política aplicable al servicio público de la televisión la evaluación periódica del desarrollo de los contratos de concesión, no de la información u opiniones que los medios beneficiarios de los mismos transmitan a través de su programación; sin embargo no se limitó a definir como política esa evaluación periódica de los contratos de concesión celebrados para la prestación del servicio público de la televisión, sino que la desarrolló minuciosa y detalladamente, estableciendo los criterios y parámetros a aplicar, los puntajes máximos para cada uno de ellos, y las consecuencias que se producirán ante la no obtención de los mínimos por él establecidos; es decir, que para la materia se auto-proclamó interventor y ejecutor y convirtió al ente rector de la televisión, que es un ente autónomo e independiente, en su instrumento para efectuar un ejercicio cuya finalidad es decidir si se aplica o no a los concesionarios del servicio público de la televisión una sanción: la declaratoria de caducidad, lo cual sin duda vacía de contenido las funciones de intervención y dirección que según la Constitución le corresponden a la CNTV, y acarrea la violación de los artículos 76 y 77 de la Constitución, además del desconocimiento de los mandatos de los artículos 121 y 136 superiores, pues el legislador se atribuyó a sí mismo una función que la Constitución le otorgó a otra autoridad.

Lo anterior es suficiente para que esta Corporación declare también inexequibles los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 25 de la ley 335 de 1996.

ARTICULO 26, LEY 335 DE 1996.

"Artículo 26. A más tardar en febrero de 1997 la Comisión Nacional de Televisión deberá evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de

los actuales concesionarios de espacios de televisión vigentes, de conformidad con las normas y principios vigentes para la época de su celebración.

“Esta revisión deberá efectuarla por lo menos cada seis (6) meses”.

Cargo de inconstitucionalidad.

Para la demandante Marcela Monroy Torres, los cargos que presentó contra el artículo 25 de la ley 335 de 1996 son predicables también del artículo 26 de la misma ley, pues dicha norma lo que hace es establecer la periodicidad con que la CNTV deberá efectuar la evaluación a que se refiere la primera, la cual considera contraria al ordenamiento superior; dicha periodicidad, en opinión de los actores María Teresa Herrán y Javier Darío Restrepo, genera para los concesionarios de noticieros y programas de opinión, quienes cada seis meses estarán expuestos a ser objeto de una sanción, la imposición de producir información bajo amenaza, lo cual configura una forma de censura prohibida en el artículo 20 de la C.P.

El concepto del Ministerio Público.

Señala el Procurador, que el contenido de la disposición bajo examen tiene directa relación con el artículo 25 de la ley 335 de 1996, la cual, como ha quedado establecido, impone unos criterios de evaluación para los contratos de concesión de espacios de televisión que no se ajustan a los preceptos superiores, lo que ocasiona que las disposiciones del artículo 26 también sean contrarias a la Carta Política, pues se refieren a la periodicidad con que aquellos sea aplicarán; en consecuencia solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma.

Intervenciones Oficiales.

Ministerio de Comunicaciones.

La apoderada del Ministerio de Comunicaciones expresa simplemente, que el Gobierno presentará próximamente un proyecto de ley dirigido a derogar el artículo impugnado.

Intervenciones Ciudadanas.

Los intervinientes Marta Catalina Daniels Guzmán y José Fernando Méndez Parodi, se remiten a los argumentos que cada uno esgrimió, la primera a favor y el segundo en contra de la exequibilidad del artículo 25 de la ley 335 de 1996, para apoyar sus solicitudes de exequibilidad e inexecuibilidad, respectivamente, del artículo 26 de la misma ley.

Consideraciones de la Corte.

El artículo 26 de la ley 335 de 1996 contiene dos mandatos específicos: a través del primero establece un plazo límite, febrero de 1997, para que la CNTV evalúe los contratos de concesión vigentes a la fecha de expedición de la ley ; el segundo determina la periodicidad con que dicho organismo deberá efectuar la evaluación o revisión de los contratos de concesión a la que se refiere el artículo 25 de la misma ley.

Si se tiene en cuenta que las disposiciones del artículo 25 de la ley 335 de 1996 serán declaradas inconstitucionales por esta Corporación, y que el artículo 26 de la misma se limita a establecer plazos para su aplicación, es claro que su contenido es inocuo, motivo por el cual la Corte también ordenará que se retire del ordenamiento jurídico.

ARTICULO 28, LEY 335 DE 1996

“Artículo 28. Deróganse los artículos 11, artículo 36, numeral 2o., artículo 37, numeral 2o. artículo 38, artículo 39, artículo 40 y artículo 50 de la Ley 182 de 1995. En general se derogan y modifican las disposiciones legales y reglamentarias que sean contrarias a lo previsto en la presente ley. En las materias no reguladas por la presente ley se aplicará lo dispuesto en las Leyes 14 de 1991 y 182 de 1995.

“...”.

Cargo de inconstitucionalidad.

La ciudadana Marcela Monroy Torres, considera que el artículo 28 de la Ley 335 de 1996, en lo impugnado, contraría el artículo 13 de la C.P. pues establece, según ella, una discriminación entre los concesionarios de televisión zonal y los concesionarios de organizaciones regionales de televisión, dado que a los primeros les modificó sustancialmente las condiciones de sus respectivos contratos al prohibir para ellos tajantemente la prórroga, mientras a los segundos les fueron respetados los términos de los mismos por lo que fueron objeto de evaluación y calificación; anota, que el mencionado artículo 50 de la Ley 182 de 1995 es una norma de carácter imperativo que ordena prorrogar los contratos de concesión en los términos de la Ley 14 de 1991, para lo cual era necesaria la expedición del respectivo reglamento, con base en el cual se debía proceder a la evaluación y calificación, por lo que su derogatoria implicó, además de la supresión de la garantía consagrada en la Ley 14 de 1991, la aplicación retroactiva de la ley y el desconocimiento de derechos adquiridos, con lo que se violan principios fundamentales de la Carta Política.

El concepto del Ministerio Público.

Introduce su concepto el Procurador aclarando, que la declaratoria por parte de esta Corporación de la inconstitucionalidad de un precepto legal no revive automáticamente la vigencia de la norma anterior, pues la única autoridad llamada

a determinar cuál es la norma que debe aplicar el operador jurídico en ese evento es la Corte Constitucional.

No obstante, considera que el caso específico que se analiza, la declaratoria de inconstitucionalidad de la parte impugnada del artículo 28 de la Ley 335 de 1996, restaura la supremacía constitucional vulnerada a través del artículo 10 de dicha ley, que prohíbe la prórroga de los contratos de concesión vigentes, por lo que solicita a esta Corporación retirar del ordenamiento superior la expresión acusada.

Intervención ciudadana.

En cuanto a la expresión demandada de este artículo, el ciudadano José Fernando Méndez Parodi reitera los argumentos esgrimidos en contra del artículo 10 de la Ley 335 de 1996, relativos a presunta violación de los derechos adquiridos de los actuales contratistas concesionarios de espacios públicos de televisión, para apoyar su solicitud a la Corte de que se declare la inexequibilidad de la disposición impugnada del artículo 28 de la Ley 335 de 1996.

Consideraciones de la Corte.

Dado que la Corte determinó que la prohibición de prórroga de los contratos de concesión a la que se refiere el artículo 10 de la ley 335 de 1996, no contraría ninguna disposición de la Carta Política, los cargos que se formulan contra la disposición del artículo 28 de la misma ley, que ordena la derogatoria del artículo 50 de la ley 182 de 1995, con base en los mismos argumentos se desvirtúan, motivo por el cual la misma será declarada constitucional.

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. Declarar desvirtuados los cargos de violación del artículo 152 de la C.P. formulados contra la ley 335 de 1996, la cual se tramitó como ley ordinaria, conforme a las normas y procedimientos consagrados en la Constitución Política.

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*reglamentará y*” de los literales c y d del artículo 1 de la Ley 335 de 1996.

Tercero. Declarar **EXEQUIBLES**, en los términos de esta providencia, las disposiciones impugnadas de los artículos 2, 10, 21 y 28 de la Ley 335 de 1996.

Cuarto. Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo primero del artículo 8 de la Ley 335 de 1996, en los apartes demandados.

Quinto. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 11 de la Ley 335 de 1996, en el entendido de que dicha norma no se refiere a ninguna forma de participación ciudadana, para la gestión y fiscalización del servicio público de la televisión, ni la desarrolla. Dicha forma de participación deberá ser regulada por el legislador en el menor tiempo posible.

Sexto. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, siempre que la conformación accionaria a la que alude el inciso segundo, en términos de sus beneficiarios reales, no de lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético.

Declarar **EXEQUIBLE** , así mismo, el inciso final del artículo 13 de la Ley 335 de 1996.

Séptimo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 16 de la Ley 335 de 1996, a condición de que en la determinación de la programación se sigan las directrices de la Comisión Nacional de Televisión, con el fin de garantizar la objetividad en la información y el interés general. También se declara **EXEQUIBLE** el párrafo primero de dicha norma, con el mismo condicionamiento.

Octavo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 20 de la Ley 335 de 1996, en el entendido de que las obligaciones que dicha norma impone a los concesionarios de las cadenas 1 y A, también cubren a los concesionarios de canales privados y deberán fijarse por parte de la CNTV, en una razonable proporción, en los contratos de concesión que con ellos se celebren, por tratarse de la prestación de un servicio público.

Noveno. Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos primero, segundo, tercero y cuarto y el párrafo del artículo 25 de la Ley 335 de 1996, salvo el último inciso del párrafo que se declara **EXEQUIBLE**.

Décimo. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 26 de la Ley 335 de 1996.

Cópiese, comuníquese, publíquese, notifíquese y cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
—Con Salvamento parcial de voto—

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—Con Salvamento parcial de voto—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
—Con Salvamento parcial de voto—

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
—Con Salvamento parcial de voto—

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO Y ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA

No.C-350
Julio 29 de 1997

**JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION -
Autonomía / JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE
TELEVISION - Participación del Ministro de Comunicaciones es
inconstitucional (Salvamento y aclaración de voto)**

Pienso que la obligada presencia de un funcionario de la Rama Ejecutiva, en especial si se trata de un ministro, en las sesiones en las cuales el órgano independiente adopta sus decisiones recorta enormemente su autonomía y coarta la libertad de quienes lo integran. Por eso, salvo que la estructura misma del ente involucre a miembros ajenos a su composición, según la misma Carta Política, el legislador no está autorizado para romper la independencia que de las normas constitucionales resulta. Cuando la Constitución ha querido permitir tal presencia, lo ha expresado directamente. Si se constata en los preceptos constitucionales que crearon tal organismo y en los antecedentes de su establecimiento, lo que se hizo en 1991 no fue nada distinto de quitar, precisamente al Ministerio de Comunicaciones, la función de intervenir en la televisión, para que eso lo hiciera el nuevo ente. Se buscó sustraer el desarrollo de la política de televisión al manejo del Ejecutivo y confiarlo a una institución cuyas características dos artículos de la Carta se ocuparon en señalar. La participación del Ministro de Comunicaciones en las sesiones de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión implica no solamente la posibilidad de influjo en la toma de decisiones sino el condicionamiento de todas y cada una de las actuaciones de ese organismo y la recepción de informaciones que sólo la Junta, en ejercicio de sus funciones, debería conocer y evaluar.

**PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE CONCESION DE
ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Vulneración por desconocimiento
derecho a prórroga / NORMA - Generalidad / LIBERTAD DE INFORMACION
EN CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS DE
TELEVISION - Cambio de las reglas de juego contractuales / CONTRATOS
DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Vulneración
derechos fundamentales por desconocimiento derecho a prórroga (Salvamento
aclaración de voto)**

La lectura del texto indica a las claras: 1) Que no se trataba de una norma general y

abstracta, sino de un precepto con alcances circunscritos directamente a unos ciertos destinatarios; 2) Que mediante esa disposición se modificaron las reglas de juego que tales personas tenían por ciertas a la luz de la legislación en cuya vigencia se celebraron los contratos; 3) Que a esas mismas personas se les quitó la posibilidad de una prórroga que la normatividad les había otorgado y en la cual confiaban, si se cumplían las condiciones en ella previstas. La sentencia no cuestionó -como correspondía a la Corte- la validez constitucional de la norma. La oposición entre el artículo impugnado y los postulados y preceptos constitucionales era ostensible. Fue violado, y de manera flagrante, el artículo 83 de la Constitución. No me cabe duda de que, si bien es discutible un derecho adquirido a la prórroga en todos los casos, lo que sí plasmaba la legislación a cuyo amparo ellos fueron perfeccionados era una certeza mínima de que quien fuera evaluado y obtuviera determinado puntaje gozaría del derecho a la prórroga. Y eso no se lo podía quitar abruptamente el legislador a los particulares, sin traicionar grave y flagrantemente el postulado de la buena fe. Pero la violación que resulta más flagrante y más grave, por lo que significa en cuanto precedente, y por la capacidad altamente corruptora que demuestra, es la del artículo 20 de la Constitución Política. La absoluta pérdida de objetividad del legislador, en la cual ha debido fundarse para proferir una ley cuyos alcances abstractos, si lo eran en verdad, han debido reflejarse en la consagración de normas que regularan situaciones futuras e impersonales, hizo perder a la norma una de sus notas esenciales —la generalidad—, trocándose en peligroso instrumento de retaliación y de castigo político. Tampoco puede pensarse en una auténtica libertad de información, ni desde el punto de vista de los informadores ni bajo la perspectiva del público, si la objetividad tiene unos costos tan altos como los del inopinado y brusco cambio de las reglas de juego contractuales, en cuya virtud el medio goza de eficacia para llegar a los destinatarios de lo que informa. Las entidades públicas han obtenido patente de corso para exigir a los comunicadores una conducta seroil y abyecta en el ejercicio de su función profesional, bajo el apremio y la amenaza de aplicarles cláusulas contractuales de ese linaje —que en materia de libertad informativa no son otra cosa que expresión bárbara de dictadura—, en virtud de las cuales, oculta por la apariencia externa de una medida jurídica referente a la prórroga del vínculo jurídico que aquéllos mantienen con el Estado, se les aplica en realidad la más cruda censura de prensa. Finalmente, estimo violado el artículo 73 de la Constitución Política, de ahora en adelante romántica teoría, según el cual “la actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

**SERVICIO DE TELEVISION - Alcance de la exigencia de asociarse /
LIBERTAD DE FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION -
Modificación del alcance / LIBERTAD DE ASOCIACION - Modificación del
alcance (Salvamento y aclaración de voto)**

He votado favorablemente la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 335 de 1996, a cuyo tenor “los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser sociedades anónimas con un mínimo de trescientos accionistas”, sociedades que deberán inscribir sus acciones en bolsas de valores, por cuanto acato la jurisprudencia ya

sentada por la Corte en Sentencia C-093 de 1996. Pero aclaro mi voto en el sentido de que, a partir de tal providencia, como lo expresé en el respectivo salvamento, se modificaron los alcances del artículo 20 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a fundar medios masivos de comunicación. Y pienso que también, en virtud de la misma doctrina, hoy ratificada, se cambió el concepto de la libertad de asociación, que debería permitir a las personas asociarse cuando quisieran hacerlo y no cuando se lo impusiera la ley, condicionando así el ejercicio de un derecho fundamental a la obligatoria renuncia de otro.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Violación autonomía para determinar programación de televisión cultural y educativa (Salvamento y aclaración de voto)

A pesar del condicionamiento que plasmó la Corte, en el sentido de que al respecto se sigan las directrices de la Comisión Nacional de Televisión, ha sido ignorada la autonomía de este último organismo, convirtiendo todo un canal de televisión en instrumento de propaganda del Gobierno de turno, puesto que el contenido de sus programas será íntegramente oficial, sujeto a la voluntad de Inravisión, entidad adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

Ref.: Expedientes acumulados D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Consigno a continuación las razones por las cuales he discrepado del fallo en referencia respecto de algunos de los artículos demandados:

1. La presencia del Ministro de Comunicaciones en las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

El artículo 2° de la Ley 335 de 1996, declarado exequible por la Corte, dice textualmente:

“Artículo 2. El titular del Ministerio de Comunicaciones podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión con voz pero sin voto. Para tal efecto el Secretario de la Junta citará con anticipación al Ministro y le enviará la relación de los temas a tratar”.

A mi juicio, se trata de una norma abiertamente inconstitucional.

En efecto, como esta Corte lo ha señalado en varias ocasiones, la Carta Política (art. 113) consagra la existencia de ramas y órganos que ejercen el poder público y que actúan de manera separada, sin perjuicio de la armónica colaboración entre

ellos para el logro de los fines estatales.

Además de las tradicionales ramas legislativa, ejecutiva y judicial, la Constitución establece órganos, distintos de los que integran aquéllas, que tienen por característica la de ser *autónomos e independientes*, “para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.

Esto significa que tales órganos no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, ni cumplen sus funciones, ni pueden ser dirigidos por ellas, lo cual no obsta para la coordinación en el ejercicio de sus actividades.

El Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Comisión Nacional de Televisión son órganos independientes de la indicada categoría.

La autonomía de la que se trata no puede ser simplemente teórica. Ha de significar la posibilidad de adoptar decisiones en total libertad respecto de las ramas del poder público, sin que ellas se vean interferidas por la gestión, la actividad, la tutela, la presencia o la decisión de funcionarios de otras ramas u órganos. Ello asegura la ausencia de presiones, órdenes, disposiciones o influencias que impliquen sacrificio o menoscabo de la independencia que debe presidir el ejercicio de la función estatal correspondiente.

Pienso que la obligada presencia de un funcionario de la Rama Ejecutiva, en especial si se trata de un ministro, en las sesiones en las cuales el órgano independiente adopta sus decisiones recorta enormemente su autonomía y coarta la libertad de quienes lo integran. Por eso, salvo que la estructura misma del ente involucre a miembros ajenos a su composición, según la misma Carta Política, el legislador no está autorizado para romper la independencia que de las normas constitucionales resulta.

Cuando la Constitución ha querido permitir tal presencia, lo ha expresado directamente, como acontece con la Junta Directiva del Banco de la República (artículo 372 C.P.), de la cual, por mandato de la propia Carta, hace parte el Ministro de Hacienda, quien la presidirá.

Cosa distinta ocurre con el organismo de derecho público o entidad autónoma del orden nacional que según los artículos 76 y 77 de la Constitución Política tiene a cargo la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la dirección de la política que en tal materia determine la ley (Comisión Nacional de Televisión, según el nombre que le asignó la Ley 182 de 1995).

Si se constata en los preceptos constitucionales que crearon tal organismo y en los antecedentes de su establecimiento, lo que se hizo en 1991 no fue nada distinto de quitar, precisamente al Ministerio de Comunicaciones, la función de intervenir en la televisión, para que eso lo hiciera el nuevo ente. Se buscó sustraer

el desarrollo de la política de televisión al manejo del Ejecutivo y confiarlo a una institución cuyas características dos artículos de la Carta se ocuparon en señalar: "Organismo de Derecho Público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio" (art. 76 C.P.); "entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen legal propio" (art. 77 C.P.).

A diferencia de la Junta Directiva del Banco de la República, según lo anotado, en la de este organismo la Constitución no incluyó a ninguno de los ministros. Que hubiera establecido la facultad gubernamental de designar a dos de tales miembros es algo diferente de incluir al propio Ejecutivo dentro de la Junta. A mi juicio, precisamente esa posibilidad de designación agota constitucionalmente la participación del Gobierno en la conformación de dicha Junta e impide que a los dos miembros por él nombrados se agregue por la ley otro no previsto en la Constitución, también del Gobierno, así sea sin voto.

Expresamente se autoriza al legislador para disponer "lo relativo a nombramiento de los demás miembros", no de nuevos miembros, ni de testigos gubernamentales forzosos de las deliberaciones y del proceso de adopción de decisiones de la Junta Directiva del organismo.

La participación del Ministro de Comunicaciones en las sesiones de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión implica no solamente la posibilidad de influjo en la toma de decisiones sino el condicionamiento de todas y cada una de las actuaciones de ese organismo y la recepción de informaciones que sólo la Junta, en ejercicio de sus funciones, debería conocer y evaluar. Piénsese, por ejemplo, en el trámite de licitaciones públicas para la adjudicación de canales o de espacios de televisión.

A mi juicio, la coordinación indispensable entre el Ministerio y la Comisión no es un objetivo que exija la presencia física del Ministro en su Junta Directiva, y menos la posibilidad de intervenir con voz en las deliberaciones de la misma.

Obsérvese que la norma acusada obliga al Secretario de la Junta a citar con anticipación al Ministro y a enviarle la relación de los temas que habrán de tratarse en la sesión, lo cual representa un continuo y absoluto control sobre las materias en las cuales aquélla se ocupa, con notoria pérdida de la autonomía que le es propia según la Constitución Política.

2. Inconstitucionalidad de la norma que afecta los contratos de televisión que actualmente se ejecutan.

El artículo 10 de la Ley 335 de 1996, que modificó el 49 de la Ley 182 de 1995, dice así en los apartes demandados (subrayo):

“Artículo 10. El artículo 49 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“(…)

“El término de duración de los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública, que se adjudiquen para programación general y para realización de noticieros a partir del 1° de enero de 1998, será de seis (6) años, de acuerdo con la reglamentación que expida la Comisión Nacional de Televisión para el efecto.

“En todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables.

“(…)

“Parágrafo transitorio. Sin perjuicio de lo estipulado en la presente ley con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, otorgados mediante Licitación Pública número 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996, se respetarán los términos originalmente convenidos para su vigencia pero sin opción de prórroga alguna”.

A mi modo de ver, estas disposiciones han debido ser declaradas inexequibles, al menos en cuanto afectaron los derechos de quienes, al momento de expedir la Ley, tenían celebrados contratos de televisión adjudicados con base en las reglas establecidas al amparo de las leyes 14 de 1991 y 182 de 1995.

E indudablemente a tales concesionarios aludió la Ley de manera directa y específica, prácticamente con sus nombres propios, como puede verse por el contenido del parágrafo acusado, que consagra una disposición concreta y exclusivamente aplicable a los “contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, otorgados mediante Licitación Pública número 01 de 1994, 01 de 1995 y 01 de 1996”, personas todas estas plenamente identificables, respecto de cuyos derechos contractuales “se respetarán los términos originalmente convenidos para su vigencia pero sin opción de prórroga alguna”.

La lectura del texto indica a las claras: 1) Que no se trataba de una norma general y abstracta, como lo pretende la Sentencia, sino de un precepto con alcances circunscritos directamente a unos ciertos destinatarios; 2) Que mediante esa disposición se modificaron las reglas de juego que tales personas tenían por ciertas a la luz de la legislación en cuya vigencia se celebraron los contratos; 3) Que a esas mismas personas —específicamente a ellas y no a las que celebren contratos futuros— se les quitó la posibilidad de una prórroga que la normatividad les había otorgado y en la cual confiaban, si se cumplían las condiciones en ella previstas.

Considero que la sentencia ignoró los argumentos de fondo expuestos por los demandantes y se concentró en demostrar que en el caso de tales contratos no se habían configurado derechos adquiridos en cabeza de los programadores, adoptando al respecto una tesis administrativista, sin cuestionar —como correspondía a la Corte— la validez constitucional de la norma. Se prefirió comparar la disposición demandada con doctrinas de los publicistas franceses tomadas fuera de contexto.

Y es que se partió del supuesto erróneo de que se estaba en el caso, previsto en el Derecho Administrativo, en el cual los términos de los contratos de concesión y las reglas con base en las cuales han sido celebrados pueden afectarse por disposiciones legales posteriores “por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular”.

Aquí no hubo tal justificación, que no consta en los antecedentes de la Ley, ni surge de situación objetiva alguna atribuible a la ejecución de los contratos en cuestión, ni tampoco a los programadores, ni puede admitirse desde el punto de vista constitucional en la relación contractual establecida, es decir que la afirmación citada carece de fundamento si con ella se quiere sostener la tesis básica del fallo, cual es la de que el cambio de las reglas que sirvieron de base a las relaciones jurídicas entabladas entre el Estado y los concesionarios tuvo su origen en la necesidad de hacer prevalecer la utilidad pública o el interés general sobre un interés particular que lo estuviera lesionando o amenazando. Tal aseveración, para ser válida, tendría que haber sido probada fuera de toda duda, por lo cual, a mi juicio, la Corte estaba obligada a indicar por qué el interés general o la utilidad pública se veían perjudicados o en peligro por la prórroga de esos contratos, específicamente determinados en la Ley.

Si tal era el juicio que debía efectuar la Corte en abstracto, para deducir, según el razonamiento por ella propuesto, en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, la conclusión no podía ser aquella a la que se llegó, pues entonces debía la Corte haber acreditado el daño público o social que generaba la vigencia de los contratos, y, como tal prueba no se produjo, la consecuencia lógica y jurídica no era otra que la de una palmaria inexequibilidad del precepto, en cuanto aparece injustificado frente a la tesis de que la ruptura unilateral de las reglas aplicables a los contratos por parte del Estado tan sólo podía descansar en razones de prevalencia del interés colectivo.

Lejos de ser aceptable, por ese camino que la misma Corte traza, una constitucionalidad del artículo enjuiciado, lo que afloraba era su patente contradicción con la Carta Política, pues fueron sacrificados los intereses prevalentes de rango constitucional, del derecho a la información y de la libertad de expresión, como más adelante se explica.

La oposición entre el artículo impugnado y los postulados y preceptos constitucionales era ostensible.

1) En efecto, fue violado, y de manera flagrante, el artículo 83 de la Constitución, a cuyo tenor “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas —entre éstas el Congreso— deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”.

Al respecto, la Corte Constitucional parece haber olvidado, en este caso, su consolidada jurisprudencia:

“...todos los organismos y funcionarios del Estado se hallan obligados a observar y a aplicar en sus actuaciones el principio de la buena fe (Artículo 85 C.P.), que exige, entre otros aspectos, reconocer con lealtad a los administrados aquello que han alcanzado sobre la base de confiar en las directrices y pautas trazadas por la propia administración.

“Para la Corte es claro que el Estado traiciona los principios constitucionales y se burla de los gobernados —haciéndose por ello responsable— cuando por actos o promesas suyas los induce a creer que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habrá de producir determinadas consecuencias y luego, como los malos perdedores, desconoce los resultados correspondientes.

“Sustento esencial de la democracia y factor insustituible del Estado de Derecho es la certidumbre fundada del ciudadano en la palabra oficial. Si ésta pierde credibilidad, se afecta de manera grave la convivencia y se complican en sumo grado las futuras acciones de las autoridades públicas.

“A la luz de la Constitución, la práctica del principio de la buena fe genera obligaciones en cabeza del Estado y de los particulares” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-046 del 10 de febrero de 1995).

Es que, a la luz de una Constitución Política como la de 1991, que reconoce expresamente la dignidad de la persona humana y que busca desarrollar los postulados básicos del Estado Social de Derecho, están revaluadas las razones de Estado como fuente de legitimidad de las decisiones que adoptan quienes ejercen el poder.

El Estado, en ese contexto, también se obliga en virtud de sus actos. Asume compromisos que debe cumplir. Y está obligado a comportarse con lealtad y con transparencia frente a los administrados.

Yo no creo que el principio de la buena fe, al cual para nada se refiere la Sentencia, haya sido respetado por el legislador cuando, de manera arbitraria y unilateral, sin mediar una razón plausible o cuando menos comprensible, creó

una norma especial, encaminada exclusivamente a modificar, de manera absoluta, y más aún, a eliminar de un tajo las condiciones que el Estado, mediante dos leyes anteriores, había ofrecido a los concesionarios de espacios de televisión. Condiciones en las cuales ellos confiaron al celebrarlos y al efectuar, sobre la base de la certidumbre que les otorgaba la palabra oficial, cuantiosas inversiones que, según las reglas conforme a las cuales contrataron, estarían en posibilidad de recuperar, en cuanto contaban con un término de seis años, prorrogables por otros seis, si se cumplían ciertos requisitos que el mismo Estado, en las leyes que regían los contratos, dijo habría de calificar al culminar el primero de esos períodos. No hubo calificación, ni por tanto oportunidad de calificar si dichos requisitos se cumplían o no en cada caso, y se optó por suprimir, para esos contratos, designados expresamente en la norma legal, toda posibilidad de prórroga, ya sin importar si se daban o no los requerimientos que conferían el derecho a ella.

No me cabe duda de que, si bien es discutible un derecho adquirido a la prórroga en todos los casos, lo que sí plasmaba la legislación a cuyo amparo ellos fueron perfeccionados era una certeza mínima de que quien fuera evaluado y obtuviera determinado puntaje gozaría del derecho a la prórroga. Y eso no se lo podía quitar abruptamente el legislador a los particulares, sin traicionar grave y flagrantemente el postulado de la buena fe.

El artículo 39 de la Ley 14 de 1991, a cuyos términos se acogieron de buena fe los licitantes, decía:

“Artículo 39. Del contrato de concesión de espacios de televisión. Los contratos de concesión de espacios de televisión se celebrarán mediante el procedimiento de licitación pública, contemplado en el régimen vigente de contratación administrativa, en lo que no se oponga a los términos de la presente Ley. Este contrato se regirá, además, por las siguientes disposiciones:

“(…)

“3. Los contratos de concesión de espacios de televisión tendrán un plazo de ejecución de seis (6) años, prorrogables según las reglas del artículo siguiente, cuando quiera que se cumplan las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión. El plazo de duración del contrato será superior, tomando en cuenta el lapso necesario para dar cumplimiento a todas las obligaciones contractuales y para proceder a la liquidación del contrato, si fuere el caso.

“(…)

“Artículo 40. Prórroga de los contratos de concesión. Seis (6) meses antes del vencimiento del término de duración de los contratos de concesión, el Consejo

Nacional de Televisión determinará y comunicará qué contratos se prorrogan de conformidad con las siguientes reglas:

"1. Se prorrogarán aquéllos contratos que al vencimiento de su período de ejecución obtengan el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 14, literal d), de la presente Ley. Los espacios correspondientes a los demás contratos serán adjudicados mediante procedimiento de la licitación pública previsto en el artículo anterior.

"2. La ponderación y evaluación de las condiciones de prórroga de los contratos se hará periódicamente por el Consejo Nacional de Televisión, durante el término de ejecución de los contratos.

"3. Los contratos se prorrogarán o terminarán en forma integral, comprendiendo todos los espacios que le fueron adjudicados a un mismo concesionario.

"4. Antes de los seis (6) meses anteriores al vencimiento del contrato los concesionarios, mediante aviso escrito dirigido al Consejo Nacional de Televisión, podrán renunciar a la posibilidad de prórroga de sus contratos.

"5. Los concesionarios que no deseen acogerse a la prórroga deberán manifestarlo por escrito dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la comunicación al respecto del Consejo Nacional de Televisión" (subrayo).

Repárese en que los contratos no resultaban prorrogables según una cláusula plenamente potestativa del Consejo Nacional de Televisión (hoy la Comisión Nacional de Televisión), es decir, la prórroga no era, en los términos legales, un albur ni una expectativa remota del todo ajena al comportamiento del concesionario. A la inversa, ella debería tener lugar si el respectivo contratante, evaluado como tenía que serlo a la luz de la Ley, alcanzaba el puntaje exigido, cuya calificación era, para él, la prueba que debía superar con miras a la concreción del derecho a prórroga en cabeza suya. Si a tal calificación no se tenía acceso, como no se tuvo por los concesionarios en mención a raíz del precepto demandado, lo que se configuró fue una ruptura unilateral de lo pactado, ostensiblemente opuesta a la buena fe que ha debido presidir la actuación del Estado en su conjunto.

Llamo la atención también en torno a que, según las normas legales transcritas, en las cuales los concesionarios depositaban su confianza, ellos tenían un derecho a ser evaluados y calificados con miras a la prórroga, a tal punto que dichos preceptos subrayaban expresamente la **renuncia** a la prerrogativa concedida, luego no se puede hablar de que ningún derecho fue desconocido cuando se suprimió la prórroga en forma absoluta respecto de los contratos que venían en ejecución.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 182 de 1995 dispuso:

“Artículo 50. Prórroga de los contratos actualmente vigentes. Previa cesión de los contratos correspondientes por parte de las entidades concedentes, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en los términos y condiciones de la Ley 14 de 1991 y de conformidad con la reglamentación que expida de acuerdo con dicha ley, procederá a prorrogar y a suscribir los contratos vigentes seis (6) meses antes de su vencimiento y por término igual al que fueron objeto de adjudicación” (subrayo).

Obsérvese el sentido vinculante de la norma, en cuanto imperativamente — y no simplemente por remisión a una facultad librada al deseo o a la voluntad de la Comisión de Televisión— dispuso la prórroga de los contratos vigentes —los mismos que son afectados ahora por la disposición acusada—, en los términos y condiciones de la Ley 14 de 1991 y de conformidad con la reglamentación que dicho organismo ha debido expedir.

A nadie se oculta, entonces, que los concesionarios fueron sorprendidos por la nueva ley, que no plasmó reglas aplicables a futuras contrataciones para prohibir en ellas las prórrogas —lo cual habría sido perfectamente legítimo—, sino que interrumpió arbitrariamente el curso normal de unas relaciones jurídicas específicamente designadas, para prohibir, respecto de ellas, una posibilidad que el esquema normativo incorporado a sus términos les garantizaba sobre ciertas bases.

En otras palabras, se despojó a tales concesionarios, sin fórmula de juicio, de una oportunidad clara y expresa en la ley, de la cual han debido gozar si el Estado, contra el postulado constitucional, no hubiera resuelto atropellarlos.

Es bueno verificar cómo una de las cláusulas incorporadas a los contratos celebrados (la tercera en aquéllos que los magistrados tuvimos a la vista), a cuyo cumplimiento se obligó el Estado colombiano, señala: “El presente contrato tendrá un plazo de ejecución de seis (6) años, **prorrogables si se cumplen las condiciones generales de prórroga** establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 14 de 1991” (subrayo).

Si el Estado, vinculado en tales términos por una regla de juego que según la buena fe tenía que aplicar, la desconoció, suprimiendo la oportunidad de que se verificaran en cada caso esas condiciones generales de prórroga surgidas de la normatividad a cuyo amparo se contrató, vulneró, mediante la norma examinada, el artículo 83 de la Constitución Política.

2) Pero la violación que resulta más flagrante y más grave, por lo que significa en cuanto precedente, y por la capacidad altamente corruptora que demuestra, es la del artículo 20 de la Constitución Política.

Según su texto, ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de esta Corte —cuyos alcances se desconocen aquí de manera inexplicable—, “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

“Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

He transcrito el precepto constitucional con el objeto de mostrar la abierta incompatibilidad de la norma impugnada con todos sus mandatos.

Podemos examinarlos brevemente:

—Los antecedentes del establecimiento de la Ley 335 de 1996, que son públicamente conocidos, como también lo fueron las intervenciones de sus autores en los debates constitucionales correspondientes —a los cuales no puede ser ajeno el juez constitucional— son muy claros en el sentido vindicativo de la normatividad que se aprobaba, respecto de la actitud independiente que en el plano informativo y de opinión mostraron varios medios de televisión en el curso de la crisis política generada por hechos y procesos bien conocidos de la opinión pública.

Por lo tanto, la absoluta pérdida de objetividad del legislador, en la cual ha debido fundarse para proferir una ley cuyos alcances abstractos, si lo eran en verdad, han debido reflejarse en la consagración de normas que regularan situaciones futuras e impersonales, hizo perder a la norma una de sus notas esenciales —la generalidad—, trocándose en peligroso instrumento de retaliación y de castigo político.

—No puede cristalizarse una auténtica libertad de expresión si el periodista o el órgano de comunicación, independientemente de que utilicen para su actividad el espectro electromagnético u otros medios, como la imprenta o la línea física, tienen que agradar a los titulares del poder político, en el Congreso o en el Gobierno, para tener asegurados, al menos por un tiempo, los canales a través de los cuales se expresan.

En el caso de marras, la actitud del Congreso ante los medios de televisión cambió de manera radical entre la expedición de la Ley 182 de 1995, que precisamente reglamentaba el servicio de televisión y establecía normas para la contratación correspondiente, y la de la Ley 335 de 1996, cuya razón de ser tiene todas las características de una normatividad coyuntural, pues mientras el 20 de enero de 1995 tales medios veían ratificadas las reglas contractuales introducidas en la Ley 14 de 1991, sin que entonces se considerara su actividad como digna de una inaplazable restricción a costa de un supuesto interés público por ellos contrariado, el 20 de diciembre de 1996 —menos de dos años después— las cámaras consideraron imperativo y urgente impedir las prórrogas de sus contratos.

—Tampoco puede pensarse en una auténtica libertad de información, ni desde el punto de vista de los informadores ni bajo la perspectiva del público — menos todavía cuando de esa información se esperaría que fuera veraz e imparcial, como lo exige la Constitución—, si la objetividad tiene unos costos tan altos como los del inopinado y brusco cambio de las reglas de juego contractuales, en cuya virtud el medio goza de eficacia para llegar a los destinatarios de lo que informa. En tal sentido, el derecho a informar, y el que tiene el pueblo a ser informado, son derechos fundamentales inalienables cuyo núcleo esencial es groseramente desconocido cuando el ejercicio mismo de la libertad, o la medida en que se ha hecho uso de ella se convierten en factores decisivos para resolver si las relaciones contractuales que permiten al medio operar subsisten como fueron inicialmente concebidas o, por el contrario, se las cambia unilateralmente, a gusto y conveniencia de los legisladores afectados por las informaciones difundidas.

—Menos todavía es posible seguir sosteniendo que en Colombia está garantizada la libertad de “fundar medios masivos de comunicación” mientras la subsistencia de los que operan a la luz de unas ciertas condiciones señaladas por el Estado permanezca supeditada a la veleidosa transformación del interés político que subyace a decisiones legislativas que pueden incluso afectar contratos en ejecución.

En cuanto a la prohibición de la censura, que tanto ha preocupado a esta Corte en anteriores decisiones -en las cuales ha sido estricta, con miras a preservar en su esencia los alcances de la libertad en el seno de una sociedad democrática-, ha sido infortunadamente relativizada en esta ocasión, con el pretexto del poder exorbitante del Estado frente a quienes con él contratan. Las entidades públicas han obtenido patente de corso para exigir a los comunicadores una conducta servil y abyecta en el ejercicio de su función profesional, bajo el apremio y la amenaza de aplicarles cláusulas contractuales de ese linaje —que en materia de libertad informativa no son otra cosa que expresión bárbara de dictadura—, en virtud de las cuales, oculta por la apariencia externa de una medida jurídica referente a la prórroga del vínculo jurídico que aquéllos mantienen con el Estado, se les aplica en realidad la más cruda censura de prensa.

—En la Sala Plena se sostuvo por los magistrados de la mayoría que esa antipática prerrogativa del Estado, consistente en irrespetar sus propios contratos por la vía de modificar legislativamente los términos en que han sido celebrados, tiene por sustento algo que mi colega, el Dr. Alejandro Martínez Caballero, llamaba “la continuidad del servicio”.

Entendí que con ello se quería significar, para el caso en estudio, que dicha continuidad, referida al servicio público de televisión, se veía amenazada o puesta en peligro por la prórroga, contemplada en las leyes anteriores, de los contratos que se vienen ejecutando y que fueron afectados por la norma acusada.

Y cuando pregunté si ello era así, es decir, cuando quise averiguar si la actual vigencia de esos contratos era contraria a la permanencia del servicio, a su continuidad o a su subsistencia, como para merecer la extraordinaria sanción de un abrupto y absoluto cambio de las reglas aplicables a la relación contractual con el Estado, no obtuve respuesta. Y sigo sin obtenerla después de haber leído el texto definitivo del fallo, que se limita a explicar la medida con la peregrina tesis de que los programadores mencionados por el parágrafo de la norma debían ser sacrificados en aras de un supuesto interés público. Por lo cual, para la Corte, al caso era aplicable la teoría de que “los términos de los contratos de concesión de servicios públicos, incluidos los que adjudican espacios públicos de la televisión, pueden verse afectados por las disposiciones de una ley posterior a aquella que regía en el momento de su celebración, inclusive en lo que tiene que ver con los derechos, obligaciones y prerrogativas del concesionario como contratista particular, siempre y cuando esas nuevas disposiciones traduzcan motivos de interés público o bienestar general, que como tales superen el interés particular”. Para deducir tal cosa —repito— era preciso, en lógica y en Derecho, demostrar que la norma revisada se dictó con base en el presupuesto indudable de que la prórroga de los contratos pugnaba con el interés público. Lo demás representa ostensible violación del preámbulo de la Constitución, que proclama la *justicia* como uno de los fundamentos esenciales del Estado colombiano.

—También se dice en la Sentencia que la Corte encontró exequible la norma demandada, en razón de la necesidad de democratizar el acceso al uso del espectro electromagnético y de garantizar a todos los ciudadanos la igualdad de oportunidades para su utilización, por cuanto la normatividad que venía rigiendo establecía “prórrogas sucesivas e ilimitadas, equivalentes a la concesión perpetua”.

No es cierto que los contratos a los que se refiere el parágrafo de la norma acusada se hubieren celebrado bajo el concepto de una prórroga indefinida. Ello no surge ni de su texto, ni de la disposición legal que les era aplicable, la del artículo 50 de la Ley 182 de 1995, que expresamente ordenaba la prórroga de los contratos vigentes —esos y no otros— “por término igual al que fueron objeto de adjudicación”. Lo cual implica una sola prórroga, a no ser que la Corte entienda que cada prórroga es una adjudicación.

Pero, además, la democratización del espectro electromagnético y las mayores posibilidades de acceso a su uso -norma inobjetable y benéfica del artículo 75 de la Constitución Política- no es un objetivo que constitucionalmente pueda lograrse sobre la base ilegítima de desconocer principios y derechos, también de rango constitucional, como la buena fe, la libertad de expresión y el derecho a la información, ni por virtud de la antidemocrática teoría según la cual el Estado, para lograr sus fines, puede apabullar a las personas. Y ello, aunque en gracia de discusión la terminación inopinada de unos contratos vigentes para “repartir de nuevo” los mismos espacios entre igual número de aspirantes implicara *per se* un proceso renovador orientado a *democratizar* el acceso al espectro electromagnético.

Finalmente, estimo violado el artículo 73 de la Constitución Política, de ahora en adelante romántica teoría, según el cual “la actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

En cuanto a la declaración de exequibilidad del aparte demandado del artículo 28 de la Ley 335 de 1996, por el cual se deroga el ya citado artículo 50 de la Ley 182 de 1995, la comparto, en cuanto, según reiterada jurisprudencia, es atributo esencial a la función legislativa el de derogar las normas precedentes, pero, a mi juicio, la Corte ha debido condicionarla en el sentido de que no afectara contratos en ejecución, y de que gobernara sólo la contratación futura en materia de televisión.

3. La exigencia de asociarse para prestar el servicio de televisión.

He votado favorablemente la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 335 de 1996, a cuyo tenor “los concesionarios de los canales nacionales de operación privada deberán ser sociedades anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas”, sociedades que deberán inscribir sus acciones en bolsas de valores, por cuanto acato la jurisprudencia ya sentada por la Corte en Sentencia C-093 del 7 de marzo de 1996 (M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

Pero aclaro mi voto en el sentido de que, a partir de tal providencia, como lo expresé en el respectivo salvamento, se modificaron los alcances del artículo 20 de la Constitución, según el cual *toda persona* tiene derecho a fundar medios masivos de comunicación. Y pienso que también, en virtud de la misma doctrina, hoy ratificada, se cambió el concepto de la libertad de asociación, que debería permitir a las personas asociarse cuando quisieran hacerlo y no cuando se lo impusiera la ley, condicionando así el ejercicio de un derecho fundamental a la obligatoria renuncia de otro. Ambos —creo yo— resultan violados.

Reitero, entonces, lo que ya me permití expresar en esa ocasión:

“No me identifico con la mayoría en lo concerniente a la declaración de exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 35 y 56 de la Ley 182 de 1995, ni tampoco con los condicionamientos a los que dicha exequibilidad fue sometida por la Corte.

“Si alguna demanda me ha parecido fundada entre las que hemos tenido ocasión de considerar durante los últimos meses es la instaurada en esta ocasión contra los artículos mencionados, pues la incompatibilidad entre el contenido restrictivo de éstos y los perentorios mandatos de la Carta Política se me ofrece como incontrastable y evidente.

“Comienzo por señalar que la sentencia contradice de manera abierta la reiteradísima doctrina de esta Corte en lo relacionado con la persona, su dignidad y sus derechos, que, según aquí se ha repetido hasta el cansancio, constituyen

objeto, principio y razón de ser del Estado y de las instituciones, en especial bajo la vigencia de una Constitución edificada alrededor de un criterio humanista, que favorece el trabajo como elemento esencial de la convivencia y que tiene a la libertad como uno de sus valores esenciales.

"Las normas legales respaldadas por la Corte, con mayor razón si se consideran los alcances que les dió el fallo, cercenan indudablemente la garantía consagrada en el artículo 20 de la Constitución, según el cual «toda persona» —sin discriminación alguna— goza de la libertad de «fundar medios masivos de comunicación» —también sin distinciones entre ellos—.

"Esa garantía general, reconocida a la persona por la Constitución Política, queda reducida exclusiva y definitivamente en la ley a ciertas personas jurídicas —ni siquiera a todas ellas— cuando se trata de operar el servicio de televisión.

"A mi juicio, una cosa es que la Constitución encomiende al Estado la gestión y el control del espectro electromagnético y otra muy distinta que, so pretexto del ejercicio de esas atribuciones, se afecte el núcleo esencial de derechos fundamentales como el enunciado.

"El artículo 75 de la Carta señala con claridad que en Colombia está garantizada —a toda persona (artículos 5 y 13 C.P.)— la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, lo cual no significa que todos puedan en efecto, sin controles ni requisitos, utilizar los canales y frecuencias, que son bienes públicos, sino que partirán de la misma consideración y del mismo trato cuando busquen acceder a aquél. Esa igualdad de oportunidades se rompe cuando, desde el comienzo e injustificadamente, se dispone por el legislador que el hecho de ser persona natural impide toda posibilidad de obtener y aún de pensar en alcanzar ese acceso, como ocurre en el caso de la disposición demandada.

"Bien es cierto que el acceso al espectro electromagnético se tendrá «en los términos que fije la ley», pero —como resulta de nutrida doctrina constitucional— tal referencia no implica ni puede implicar autorización al legislador para desconocer o modificar preceptos de la Carta Política. Los «términos de la ley» no son absolutos ni tienen el carácter de onímodos. Están sujetos a la Constitución. Por ello, en la materia que nos ocupa, tales términos no pueden consistir en la prohibición de ejercer un derecho de rango constitucional.

"En esta oportunidad ha sido violado también el derecho de asociación, que, como lo ha señalado la Corte, tiene un doble aspecto: a nadie se puede impedir o prohibir que se asocie, pero a ninguno es posible forzar u obligar para que lo haga.

"La asociación debe pues, corresponder a un acto espontáneo, voluntario, libre, cumplido con toda autonomía por el sujeto que se asocia. Por lo cual, la libertad

*de asociación desaparece cuando la ley la exige como requisito **sine qua non** para ejercer un derecho fundamental, como el plasmado en el artículo 20 de la Carta, pues ante tal imposición, la persona se ve precisada a escoger entre su posibilidad constitucional de no asociarse si no quiere (derecho de asociación) y el ejercicio del otro derecho, que sólo tendrá lugar si se asocia, aun contra su voluntad.*

"Adicionalmente, debo manifestar mi perplejidad por los efectos del condicionamiento plasmado en la sentencia en relación con los artículos demandados, pues, si las normas iniciales, tal como las redactó el legislador, eran de por sí limitativas -lo que, repito, me parece inconstitucional-, su contenido definitivo e inmodificable -en razón de la cosa juzgada constitucional-, después de la sentencia, resulta abiertamente opuesto a la garantía que consagra la Carta.

"En realidad, mientras las normas en su redacción original tan sólo excluían a las personas naturales, la versión final obligatoria que de ellas resulta luego de la sentencia eliminan a otras personas jurídicas sin una justificación plausible desde el punto de vista constitucional: en el caso del artículo 35 las personas jurídicas con ánimo de lucro que pueden ser operadoras del servicio público de televisión son únicamente «aquellas que se constituyen y funcionan como sociedades de capital abierto» (es decir, quedan por fuera las compañías limitadas, las comanditarias y las colectivas, entre otras); en cuanto al artículo 56, para los fines de la prestación del servicio de televisión en cualquiera de los canales zonales, los concesionarios no solamente deben ser sociedades anónimas cuyas acciones estén inscritas en una bolsa de valores sino que, por virtud del fallo, su capital debe integrarse mediante ofertas públicas y deben ser abiertas (excluyendo así a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro y a la mayor parte de las sociedades civiles y comerciales).

"La Corte, entonces, más allá de la definición sobre exequibilidad de los aludidos preceptos, modificó las palabras, el sentido y el alcance de las normas establecidas por el legislador y convirtió en una excepción lo que en la Carta tiene el carácter de garantía general.

"Los motivos pueden ser muy loables -y en ellos estoy de acuerdo con la mayoría-, pero han debido ser evaluados por el Congreso, en ejercicio de su función legislativa, de ninguna manera por la Corte Constitucional. Esta, además, discriminó donde el propio Constituyente no había establecido ninguna distinción".

4. La determinación de la programación de "Señal Colombia"

También salvo mi voto en relación con la constitucionalidad de las expresiones del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, por cuyo mandato corresponde a Inravisión la facultad de "determinar" la programación de la televisión cultural y educativa que se difunde por el canal denominado "Señal Colombia".

A pesar del condicionamiento que plasmó la Corte, en el sentido de que al respecto se sigan las directrices de la Comisión Nacional de Televisión, ha sido ignorada la autonomía de este último organismo, consagrada en los artículos 76 y 77 de la Carta, convirtiendo todo un canal de televisión en instrumento de propaganda del Gobierno de turno, puesto que el contenido de sus programas será íntegramente oficial, sujeto a la voluntad de Inravisión, entidad adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

El hecho de que el artículo 20 de la Ley, sobre cuya constitucionalidad también salvo el voto por las mismas razones, pretenda atemperar la omnímoda facultad de Inravisión al respecto, indicando que la programación “definida” por dicho Instituto seguirá los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional y tendrá en cuenta las funciones establecidas para la Comisión Nacional de Televisión, en nada cambia los alcances perniciosos del precepto que deja en manos del Ejecutivo la posibilidad de manipular a su antojo veinticuatro horas al día de programación en un medio respecto del cual Inravisión no debería ser “programador” sino transmisor, emisor y ejecutor de los contenidos que autorizara el organismo constitucionalmente encargado de “la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión” (artículo 76 C.P.) y de “la dirección de la Política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución” (artículo 77 C.P.).

Para sintetizar el espíritu que informa mi apreciación jurídica acerca de las graves distorsiones que esta Ley y su exequibilidad han introducido en el Derecho Público colombiano, especialmente en el sensible campo de la libertad de información, acojo tres párrafos de la propia Sentencia, que contradicen su filosofía pero que se ajustan a la Constitución y que, en sana lógica, unidos como estaban inescindiblemente los artículos 10 y 33 de la Ley 335 de 1996—declarado exequible el primero e inexecutable el segundo—, han debido servir para preservar los primordiales valores constitucionales y éticos que resultaron afectados:

“...así como una comunicación libre es requisito esencial para la existencia de una sociedad libre, una comunicación abierta a todos, en igualdad de condiciones, es indispensable para la realización del Estado democrático.

“Es decir, que la realización del derecho fundamental a la información, a través de un medio masivo de comunicación como la televisión, incide de manera definitiva en el proceso de conformación de la opinión pública, que es la que tiene la responsabilidad, en un Estado democrático y participativo, de legitimar o deslegitimar el ejercicio del poder, capacidad de la cual dependerá el fortalecimiento y consolidación de la democracia. Lo anterior implica que cualquier interferencia en ese proceso, bien sea que provenga del poder político, del poder económico o de los mismos medios, atenta no sólo contra los derechos individuales de las personas comprometidas, actores en el proceso, sino contra las bases y fundamentos del Estado democrático.

"La garantía del libre ejercicio del derecho a recibir información, implica la garantía paralela de no interferencia de los poderes del Estado en la obtención, producción y suministro de la misma por parte de los medios masivos de comunicación, y exige de dichos poderes públicos la producción de la normativa necesaria para impedir que otras fuerzas sociales obstruyan su ejercicio".

Suscribo lo transcrito sin vacilaciones. Lástima que, a pesar de tan claros conceptos, la Corte haya accedido a legitimar normas que de manera tan protuberante los desconocieron.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-350
Julio 29 de 1997

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Vulneración por desconocimiento derecho a prórroga / LIBERTAD DE INFORMACION EN CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION - Cambio de las reglas de juego contractuales / CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION PUBLICA - Vulneración derechos por desconocimiento de prórroga (Salvamento parcial de voto)

No solamente se legisló para situaciones futuras, sino también en relación con contratos vigentes cuya concesión de espacios se había otorgado por el Estado con anterioridad, prohibiéndose en forma expresa para ambos casos, en virtud de la ley en referencia, la prórroga de los referidos contratos. En el caso sub-examine ha debido tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas", principio este que no fue aplicado en la decisión de la cual en forma respetuosa me he separado parcialmente en lo concerniente al artículo mencionado. Las repercusiones del pronunciamiento del cual discrepo no son saludables ni plausibles, y más bien son inquietantes para la confianza jurídica que deben regir las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, frente a la modificación inconstitucional de las reglas previamente establecidas. De otro lado, considero que la norma acusada ha debido declararse inexecutable por contrariar el derecho a la libertad de información plenamente protegido por el artículo 20 de la Carta Política, según el cual "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial", asegurando así el pluralismo informativo.

Ref.: Expedientes D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1567, D-1572 y D-1574.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

El suscrito Magistrado se permite formular en forma comedida, salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia, en virtud de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 335 de 1996, por las razones que a continuación se señalan.

La parte demandada del artículo 10 de la ley mencionada establece que “en todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables”. Y aunque si bien es cierto que en el párrafo transitorio de la misma ley se dispuso que sin perjuicio de lo estipulado en la misma, con relación a los contratos de concesión de espacios en los canales nacionales comerciales actualmente vigentes, se respetarían los términos originalmente convenidos para su vigencia, se agregó lo siguiente: “pero sin opción de prórroga alguna”, aparte este también demandado, con lo cual en síntesis, no solamente se legisló para situaciones futuras, sino también en relación con contratos vigentes cuya concesión de espacios se había otorgado por el Estado con anterioridad, prohibiéndose en forma expresa para ambos casos, en virtud de la ley en referencia, la prórroga de los referidos contratos.

Ahora bien, es sabido que el artículo 40 de la ley 14 de 1991, estableció que “seis meses antes del vencimiento del término de duración de los contratos de concesión, el Consejo Nacional de Televisión determinará y comunicará qué contratos se prorrogan”, teniendo en cuenta para ello que al vencimiento del período de ejecución el concesionario hubiese obtenido el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, conforme a las reglas consagradas en el artículo 14 literal d) de la misma ley.

Para el efecto, en los contratos suscritos entre el gobierno y los concesionarios de espacios de televisión, se dejó expresa constancia de que este tendría un plazo de seis (6) meses prorrogables si se cumplían las condiciones generales de prórroga, establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, hoy Comisión Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 40 de la ley 14 de 1991.

En el informe conjunto rendido por las Comisiones Sextas de ambas cámaras, se expresó lo siguiente como antecedentes legislativos de la referida norma :

“Se racionaliza el esquema contractual al elevar la adjudicación de cuatro a seis años prorrogables, atendiendo las cuantiosas inversiones que ameritan períodos adecuados para amortizarlas”.

Por su parte, la ley 182 de 1995 reglamentó el servicio de televisión y estableció normas para contratación de los servicios, derogando algunas de las disposiciones consignadas en la ley 14 de 1991. En lo referente a la prórroga de los contratos que para la fecha de la vigencia de la misma se encontraban en ejecución, se reiteró que estos serían prorrogados seis (6) meses antes de su vencimiento, “y por término igual al que fueron objeto de adjudicación”, es decir, por seis (6) años y ya no de

manera indefinida, con lo cual se respetaban las situaciones jurídicas individuales consolidadas con anterioridad a la vigencia de la misma ley.

Por consiguiente, considero que la ley demandada en el artículo mencionado no podía modificar las situaciones jurídicas individuales adquiridas con justo título, pues ello implicaba, evidentemente, quebrantar el artículo 58 de nuestra Carta Fundamental que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores y sin que en el presente asunto se encuentre acreditada la existencia de motivos de utilidad pública o interés social para la expedición de dicha ley.

Por el contrario, específicamente se expresó en el párrafo transitorio del artículo 10 demandado, que la concesión de espacios en los canales nacionales vigentes serían respetados en los términos originalmente convenidos para su vigencia, “pero sin opción de prórroga”, cláusula esta que ya estaba previamente aceptada por el Estado y los concesionarios.

Como lo expresé en el transcurso de las deliberaciones de la Sala Plena, estimo que en el caso sub-examine ha debido tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”, principio este que no fue aplicado en la decisión de la cual en forma respetuosa me he separado parcialmente en lo concerniente al artículo mencionado.

El tratadista Gastón Jeze, en su obra “Los Principios Generales del Derecho Administrativo” señala lo siguiente:

“La situación jurídica individual goza de una gran estabilidad. Tal es su característica. Sólo muy difícilmente pueden ser paralizados sus efectos en el porvenir. El medio jurídico para ello estriba en realizar actos jurídicos creadores de nuevas situaciones jurídicas individuales. En cuanto a los efectos en el pasado son intangibles...”

“Lo que procede ante todo afirmar y proclamar es que el parlamento carece de poder para modificar estas situaciones jurídicas individuales, ni para el porvenir en cuanto al pasado...”

“Y agrega, la situación jurídica individual no puede ser modificada por la ley. El acto jurídico que ha creado esta situación no puede ser revocado ni modificado por una ley. Cuando el acto jurídico ha determinado el nacimiento regular de un derecho o una obligación, este derecho u obligación no puede ser modificado por el parlamento, ya obre en funciones de legislador, ya como autoridad administrativa.”

“El legislador no puede disponer que en el porvenir la situación jurídica individual no se ejecute o que se ejecute en otras condiciones que las que han sido señaladas en el acto creador”.

Ello es tan obvio que de lo contrario se atenta gravemente como ha ocurrido, contra la seguridad jurídica dentro de la finalidad del Estado de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, como se predica en forma diáfana en el artículo 2º de la Carta Fundamental. De ahí que las repercusiones del pronunciamiento del cual discrepo no son saludables ni plausibles, y más bien son inquietantes para la confianza jurídica que deben regir las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, frente a la modificación inconstitucional de las reglas previamente establecidas.

De otro lado, considero que la norma acusada ha debido declararse inexecutable por contrariar el derecho a la libertad de información plenamente protegido por el artículo 20 de la Carta Política, según el cual “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial...”, asegurando así el pluralismo informativo.

De esta manera, siendo los contratos de concesión uno de los instrumentos jurídicos idóneos, para el ejercicio del derecho constitucional a la libre información, la Corte ha debido realizar un estudio pormenorizado de las razones y motivos que se tuvieron por el legislador en lo concerniente al artículo en referencia, a fin de verificar si estas se encontraban ajustadas a un interés público o social, o por el contrario, a objetivos diferentes que en cierto modo podían afectar el sagrado derecho a la libre información veraz e imparcial, al pensamiento y opiniones, garantizados plenamente por la Constitución Política de 1991 en la forma mencionada.

Fecha ut supra,

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA NO. C-350
Julio 29 de 1997

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Autonomía
(Salvamento parcial de voto)

La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es una garantía institucional que asegura a los habitantes del territorio que la dirección de la política de televisión se orienta a la protección de los derechos, principios y valores constitucionales - es decir, al llamado interés general - y no al servicio de intereses particulares, políticos, económicos, religiosos, ideológicos o de cualquiera otra índole. Como lo ha sugerido esta Corporación, sólo una garantía tal asegura la existencia de un libre mercado de ideas en el proceso de comunicación social, patrocina la fiscalización y control del poder político y la formación plural de culturas, credos o ideologías, al margen de la preferencia del gobernante de turno. No parece pues que la mencionada autonomía constituya un bien constitucional de poca monta.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Juicio de proporcionalidad por
injerencia del legislador en autonomía (Salvamento parcial de voto)

En las condiciones descritas, una injerencia del legislador en la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, debe estar sometida al más estricto juicio de proporcionalidad. Como lo ha indicado esta Corporación, las decisiones del Congreso de la República que restrinjan o limiten bienes constitucionalmente protegidos, deben ser evaluadas mediante un juicio de proporcionalidad, cuya intensidad será mayor cuanto más valioso resulte el bien afectado. Así, para que una ley pueda comprometer un bien constitucional, es necesario (1) que persiga una finalidad legítima; (2) que sea útil para alcanzar el objetivo buscado; (3) que resulte necesaria para el logro de la finalidad y (4) que el costo - daño - que procura sea menor que el bien que seguramente habrá de alcanzar.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Existencia medidas menos
lesivas para autonomía por presencia Ministro de Comunicaciones
(Salvamento parcial de voto)

Resulta claro que si bien la disposición demandada busca una finalidad legítima - la coordinación entre las distintas entidades - y es idónea para alcanzar tal objetivo, lo cierto es que para ello no era necesario autorizar la presencia del Ministro de Comunicaciones en todas las reuniones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Existen medidas menos gravosas para la autonomía de la Junta. Es evidente la gran injerencia que, a través del Ministro de Comunicaciones, puede poner en acción el Gobierno Nacional en el análisis, debate y adopción de las políticas de dirección de la televisión, las cuales - según la Constitución - deben ser adoptadas en un espacio de plena independencia y autonomía del poder político. El grado de afectación que se ha producido respecto de la autonomía o independencia de los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, es mucho mayor que el beneficio que eventualmente se logra, consistente en la coordinación de las políticas sobre asuntos comunes. Beneficio que, de otra parte, como se mencionó, hubiera podido ser alcanzado a través de otras medidas menos lesivas para la independencia de la Comisión.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Presencia del Ministro de Comunicaciones para asuntos de su cartera (Salvamento parcial de voto)

No pugna una interpretación que, en atención a la autonomía que la Constitución asegura a la Comisión Nacional de Televisión, sostenga que el Ministro de Comunicaciones sólo debe ser invitado a la sesiones de la Junta en las cuales se debatan asuntos que revistan objetivamente un interés para la cartera de la cual es titular y, exclusivamente, durante el tiempo en que se debatan tales asuntos. Una posición contraria no sólo contraviene el artículo 77 de la Carta sino que, además, no puede sustentarse en los motivos que expresa la mayoría para declarar, "en los términos de esta providencia", la exequibilidad de la norma impugnada.

CONCESIONARIOS DE CANALES NACIONALES DE OPERACION PUBLICA Y PRIVADA - Similitudes y necesidad de un juicioso análisis de constitucionalidad (Salvamento parcial de voto)

Aunque, existen diferencias entre los concesionarios de canales nacionales de operación privada y los concesionarios de espacios de televisión en canales de operación pública, en ciertos aspectos los dos tipos de contratistas mencionados guardan enormes similitudes. Estos dos grupos de personas se encuentran en las mismas condiciones y que una ley que interfiera en la libre competencia, favoreciendo a unos respecto de los otros, debe someterse a un juicioso análisis de constitucionalidad en orden a verificar: (1) que el trato diferente se funda en una justificación objetiva y razonable y (2) que respeta el grado de la diferencia entre los dos grupos que están siendo objeto de trato de una disciplina diferente. Lamentablemente el examen anterior dejó de realizarse. En consecuencia, se optó por mantener dentro del ordenamiento una disposición que, en nuestro criterio, compromete la igualdad, lesiona la libre competencia y amenaza seriamente el pluralismo informativo.

LIBERTAD DE INFORMACION - Contenido plural y múltiple / **DERECHO A INFORMAR** - Alcance / **DERECHO A INFORMARSE** - Alcance / **DERECHO A SER INFORMADO** - Alcance (Salvamento parcial de voto)

La libertad de información tiene un contenido plural y múltiple. En efecto, a su amparo se protege tanto el derecho a informar, como a informarse y a ser informado. El primero de ellos, el derecho a informar, supone necesariamente la garantía simultánea de otros derechos, como la libertad de expresión y la libertad de conciencia e, incluso, la defensa de las condiciones operativas necesarias para que pueda producirse de manera estable, segura y profesional el proceso comunicativo. A su turno, el derecho a informarse se relaciona directamente, con el derecho de petición, y con otros bienes constitucionales como la defensa de la profesión del periodista o la "reserva de la fuente". Por último, el derecho a ser informado, supone la posibilidad de acceder a los medios de comunicación y se asegura mediante el pluralismo informativo, así como a través de los límites que la propia Constitución establece a las libertades de expresión e información.

DERECHO A LA INFORMACION - Dimensiones
(Salvamento parcial de voto)

En general, el derecho a informar tiene dos dimensiones distintas pero complementarias: (1) sustantiva, que implica el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía, así como la posibilidad de difundir hechos noticiosos sin que pueda censurarse la información; y (2) operativa o funcional, que supone la garantía de las condiciones estructurales u operativas necesarias para el ejercicio pleno, sin restricciones, de esta libertad. De esta segunda dimensión forma parte, por ejemplo, el derecho de acceso democrático e igualitario al espectro electromagnético, en condiciones tales que aseguren que el reto empresarial que acompaña necesariamente la fundación del medio de comunicación, no será asaltado o minado desde el propio Estado.

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Medios necesarios para ejercicio de derechos fundamentales
(Salvamento parcial de voto)

Los contratos de concesión de espacios de televisión no constituyen fines en sí mismos, sino medios necesarios para el ejercicio de todos los derechos constitucionales involucrados en la libertad de información. El contrato de concesión en este caso no es un contrato administrativo más y no puede, simplemente, someterse a las reglas generales de los contratos administrativos. En efecto, este tipo de contrato constituye la condición de posibilidad para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales que han sido considerados por esta Corporación, como derechos dignos de preferencia por su carácter de nutrientes esenciales del proceso democrático.

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Juicioso estudio de constitucionalidad por la prohibición de prórroga (Salvamento parcial de voto)

La regulación legal de este tipo de contratos debe merecer un juicioso estudio de constitucionalidad, pues ellos se erigen en presupuesto jurídico y material de un derecho constitucional que resulta esencial para el funcionamiento del sistema democrático. La tarea que en esta oportunidad tenía la Corte, era la de verificar si la medida impugnada violaba el derecho de informar o la libertad de información. Para ello, debía analizar si se trataba de una afectación arbitraria de la dimensión operativa del derecho a informar, vale decir, si la medida tenía una finalidad legítima y si resultaba razonable y proporcionada en relación con el fin perseguido. De la misma manera, quebrantar la seguridad jurídica que debe rodear el proceso de formación de una empresa comunicativa cuando existen medidas menos costosas en términos de la lesión a la confianza y a la estabilidad, o cuando la decisión no es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida o cuando el costo es superior al beneficio que se obtiene, resulta abiertamente inconstitucional.

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION - Verificación constitucional finalidad legítima de medida por prohibición de prórroga (Salvamento parcial de voto)

La ley que se estudia, se enmarca en el contexto de la fuerte tensión, necesaria e incluso deseable en una democracia, entre el ejercicio del poder y la libertad de información. En estas condiciones, más que en cualesquiera otras, el juez constitucional debe verificar que la finalidad de la medida sea, en realidad, legítima. El análisis de proporcionalidad deberá realizarse a partir de los elementos formales que fueron los únicos identificados por la mayoría. En estos términos, debe sostenerse, como lo afirma la sentencia, que la finalidad de la norma estudiada es la de abrir los espacios de participación de los ciudadanos en el proceso de distribución del uso del espectro electromagnético. Se trata entonces de un objetivo que no sólo no pugna con la Constitución sino que desarrolla los imperativos fijados en los señalados 13, 20, 74 y 75 de propia Carta, a tenor de los cuales, el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades y la democratización en el acceso al uso del espectro como medio para el ejercicio de las libertades y los derechos constitucionales. No puede afirmarse, como lo hace la mayoría, que la finalidad de la disposición demandada sea imperativa o urgente. A lo sumo se trataba de un objetivo deseable.

DERECHOS FUNDAMENTALES - Condiciones que deben darse para su restricción (Salvamento parcial de voto)

Conforme al juicio de proporcionalidad, debió la Corte preguntarse si la medida era adecuada o útil para lograr el objetivo perseguido, ya que como ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el legislador sólo puede afectar el ejercicio de los derechos fundamentales cuando, entre otras condiciones, la restricción resulte útil para el logro

de una finalidad legítima. Una restricción inútil o caprichosa siempre resulta inconstitucional. No basta que una medida que restringe los derechos fundamentales, tenga una finalidad legítima y resulte útil para alcanzarla. Se requiere, adicionalmente, que sea necesaria, vale decir, que no exista ninguna otra, menos restrictiva de los derechos constitucionales, que sea susceptible de alcanzar el mismo efecto.

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION -

Afectación de derechos por modificación de reglas anteriores sobre prórroga
(Salvamento parcial de voto)

La modificación de las reglas legales que reglamentan, por ejemplo, los contratos de concesión de espacios de televisión o de cadenas y programas radiales sólo puede operar, en principio, hacia el futuro, sin que esté permitido que se afecten las condiciones bajo las cuales originalmente fueron pactados tales contratos. Sin embargo, en algunos eventos resulta indispensable modificar las reglas originalmente pactadas, cuando ellas vulneran mandatos constitucionales imperativos e inaplazables. La intención de lograr una mejor adecuación de las normas legales a los mandatos constitucionales, no es suficiente para justificar el cambio de reglas anteriores, al amparo de las cuales los concesionarios celebraron los contratos y calcularon sus expectativas. Para intervenir en esa órbita contractual constitucionalmente protegida se requiere que exista un imperativo constitucional de urgente aplicación. De otra forma, bajo el fácil expediente del "interés general" y de la promoción de valores, principios o derechos que siempre admiten una más adecuada regulación, se auspiciaría un peligroso espacio de control y fiscalización del poder político sobre los medios de comunicación social. En estas condiciones, se amenaza hasta extremos impensables la libertad del individuo, sometido a la información oficial avalada por el poder, y se menoscaba gravemente la legitimidad del sistema democrático. El interés de la disposición estudiada no era otro distinto que el de permitir que en el proceso de adjudicación de los contratos que empezarán a ejecutarse, hubiere mayor participación. Este objetivo no puede desestimarse, pues patrocina la igualdad de oportunidades. Sin embargo, no se trataba de un objetivo constitucional inaplazable o urgente. Una prórroga de seis años, cuando los contratistas han sido objetivamente seleccionados y han cumplido satisfactoriamente sus obligaciones legales y constitucionales, no viola ningún principio constitucional. Así las cosas, resulta claro que un juicioso análisis de constitucionalidad de la disposición estudiada, habría conducido inexorablemente a su declaración de inconstitucionalidad. El principio de efectividad y de aplicación del derecho sustancial, por encima de las formas, surge, a nuestro juicio, como imperativo que la Corte no puede olvidar tan fácilmente, máxime cuando de manera patente bajo el manto de la ley abstracta se esconde en este caso una de las violaciones más afrentosas a la libertad de expresión y a la democracia. La Corte ha debido introducir un examen severo de constitucionalidad, dadas las trazas de singularidad de la ley y la sospecha de que ella articulaba un ominoso mecanismo de censura.

Ref.: Expediente D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D 1574 acumulados.

Magistrado Ponente: Doctor. FABIO MORON DIAZ.

Con el acostumbrado respeto los suscritos Magistrados presentamos nuestro salvamento de voto en relación con la decisión de exequibilidad de los artículos 10 y 28 de la Ley 335 de 1996. Adicionalmente, el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz extiende su discrepancia respecto de la declaración de exequibilidad del artículo 2 de la misma Ley.

La presencia del Ministro de Comunicaciones en las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión

1. El artículo 2 de la Ley 335 de 1996, señala que "el titular del Ministerio de Comunicaciones podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, con voz pero sin voto". A juicio de la mayoría, la disposición parcialmente transcrita no viola la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, ni la norma constitucional que indica cómo debe estar conformada su junta directiva (C.P. art. 77). Sostienen que la presencia en la mencionada Junta del titular de la cartera de comunicaciones, con voz pero sin voto, constituye, simplemente, un mecanismo de coordinación entre las funciones, diversas pero complementarias, que cumplen el Gobierno Nacional y la Comisión Nacional de Televisión. En consecuencia, indican que, a través de esta determinación, el legislador no hizo nada distinto que dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 113 y 209 de la Carta.

Con todo respeto, en esta decisión la Corte no alcanzó a comprender, en toda su extensión, el alcance y significado de la norma constitucional que garantiza la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión (C.P. art. 77). Adicionalmente, jamás como ahora, la Corte había desestimado tanto el poder de la palabra y la capacidad de influencia de un agente del Gobierno Nacional, en un foro que la propia Constitución quiso liberar de presiones externas, al indicar, de manera expresa, su conformación autónoma.

2. A tenor del artículo 77 de la Carta, la Comisión Nacional de Televisión es una entidad autónoma, encargada de dirigir la política que, en materia de televisión, determine la ley. Dicho organismo se encuentra gobernado por una Junta Directiva compuesta por cinco miembros que tendrán el período fijo que defina el legislador. En la misma norma se establece con claridad que sólo dos de los cinco miembros pueden ser designados por el Gobierno Nacional. Sobre la autonomía de la Comisión, esta Corporación ya había indicado:

"La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por

ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas. El sentido de dicha autonomía es el de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario. La inxequibilidad de las disposiciones demandadas surge, de conformidad con lo expuesto, por la manifiesta violación del principio de separación de los órganos del Estado y por la consiguiente restricción que comporta respecto del ámbito de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión. La anotada autonomía es justamente el objeto del derecho social que todos los colombianos tienen a una televisión manejada sin interferencias o condicionamientos del poder político o económico. Desde luego, este manejo se realizará dentro del marco de la Ley, a la que compete trazar las directrices de la política televisiva, lo que pone de presente que es allí donde el papel del legislador se torna decisivo y trascendental”¹.

Al respecto, en la misma decisión, se resaltó la importancia que la independencia de la Comisión Nacional de Televisión tiene para la formación de una opinión pública libre y para la formación de una sociedad pluralista. El extracto pertinente fue citado por la mayoría en la decisión de la cual me aparto, sin que se hubieren inferido del mismo sus reales consecuencias. Bien vale la pena citar nuevamente la doctrina constitucional, ante la incompreensión de la mayoría frente a la misma:

“La búsqueda obsesiva de un grado significativo de autonomía funcional para el ente encargado de dirigir la televisión, no es pueril o carente de toda justificación. Por el contrario, ella nace de la importancia y trascendencia de este medio de comunicación en la sociedad moderna. La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido a poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio d

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí sólo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente.

"La autonomía del ente televisivo, en suma, asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc.

"El legislador no puede desvirtuar y anular esta garantía, sin poner en peligro el concierto de libertades y principios que protege"².

En suma, la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es una garantía institucional que asegura a los habitantes del territorio que la dirección de la política de televisión se orienta a la protección de los derechos, principios y valores constitucionales —es decir, al llamado *interés general*— y no al servicio de intereses particulares, políticos, económicos, religiosos, ideológicos o de cualquiera otra índole. Como lo ha sugerido esta Corporación, sólo una garantía tal asegura la existencia de un libre mercado de ideas en el proceso de comunicación social, patrocina la fiscalización y control del poder político y la formación plural de culturas, credos o ideologías, al margen de la preferencia del gobernante de turno. No parece pues que la mencionada autonomía constituya un bien constitucional de poca monta.

En las condiciones descritas, una injerencia del legislador en la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, debe estar sometida al más estricto juicio de proporcionalidad. Como reiteradamente lo ha indicado esta Corporación, las decisiones del Congreso de la República que restrinjan o limiten bienes constitucionalmente protegidos, deben ser evaluadas mediante un juicio de proporcionalidad, cuya intensidad será mayor cuanto más valioso resulte el bien afectado. Así, para que una ley pueda comprometer un bien constitucional, es necesario (1) que persiga una finalidad legítima; (2) que sea útil para alcanzar el objetivo buscado; (3) que resulte necesaria para el logro de la finalidad y (4) que el costo —daño— que procura sea menor que el bien que seguramente habrá de alcanzar.

Sin embargo, en la decisión de la cual me aparto, la mayoría se limitó a constatar (1) que la norma estudiada apuntaba a una finalidad legítima —consistente en la coordinación de las políticas del Gobierno Nacional y la Comisión de televisión—, y (2) que el Ministro sólo tenía derecho a voz, pero no derecho a voto, con lo cual, a su juicio, no se desconocía la conformación de la mencionada Junta.

² Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

3. En mi criterio, el análisis realizado por la Corte es insuficiente. La mera verificación de la legitimidad del *fin* perseguido no es, ni puede ser, en un Estado Social de derecho, condición suficiente para avalar una medida que restringe un bien constitucionalmente protegido. En pocas palabras, el análisis respecto del *medio* elegido por el legislador para alcanzar un objetivo constitucionalmente deseado, no puede ser desestimado por el juez constitucional. Lamentablemente, ello ocurrió en el presente evento, en el que la Corte hizo caso omiso del juicio de proporcionalidad. Un análisis algo más profundo, hubiera permitido a la mayoría establecer la desproporción del medio utilizado para alcanzar la finalidad propuesta.

4. En efecto, resulta claro que si bien la disposición demandada busca una finalidad legítima —la coordinación entre las distintas entidades— y es idónea para alcanzar tal objetivo, lo cierto es que para ello no era necesario autorizar la presencia del Ministro de Comunicaciones en todas las reuniones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Existen medidas menos gravosas para la autonomía de la Junta como, por ejemplo, la posibilidad de invitar al titular de la cartera de comunicaciones exclusivamente a las reuniones que tuvieren relación directa con las políticas de ese ministerio, o la de solicitar conceptos técnicos, verbales o por escrito, sobre cuestiones de común interés, o la de conformar una comisión conjunta para tratar temas en los cuales resultare necesaria la coordinación, etc.

5. Es evidente la gran injerencia que, a través del Ministro de Comunicaciones, puede poner en acción el Gobierno Nacional en el análisis, debate y adopción de las políticas de dirección de la televisión, las cuales —según la Constitución— deben ser adoptadas en un espacio de plena independencia y autonomía del poder político. Como antes se mencionó, no cabe desconocer que, en la tensión que existe entre la formación de una opinión pública crítica y el ejercicio del gobierno, los agentes del ejecutivo pueden intentar ejercer, sobre los miembros de la Comisión, presiones indebidas en ejercicio del indudable poder que ostentan. Para ello, ¿qué mejor que asistir personalmente a las reuniones de la Junta?. En otras palabras, el grado de afectación que se ha producido respecto de la autonomía o independencia de los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, es mucho mayor que el beneficio que eventualmente se logra, consistente en la coordinación de las políticas sobre asuntos comunes. Beneficio que, de otra parte, como se mencionó, hubiera podido ser alcanzado a través de otras medidas menos lesivas para la independencia de la Comisión.

Por las razones anotadas, la disposición estudiada, entendida como la facultad del Ministro de Comunicaciones para asistir a todas las reuniones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, era inexecutable y así ha debido ser declarada, en forma explícita, en la correspondiente decisión.

6. Sin embargo, la mencionada disposición ofrece un segundo entendimiento. En efecto, el verbo rector *podrá*, en ella empleado, da lugar a considerar que no es

obligatoria la presencia del Ministro en todas las Juntas, ni que la Comisión esté obligada a invitarlo a todas las sesiones. Sobre las facultades del Ministro, la decisión de la mayoría indica:

“(La norma impugnada) impone a los organismos responsables de la gestión y manejo del espectro electromagnético en lo relacionado con la televisión, un espacio común para la deliberación y coordinación de los asuntos que les atañen, en el cual el titular de la cartera de comunicaciones podrá manifestarse, a través de opiniones y conceptos, siempre y cuando se refiera a aspectos técnicos que correspondan a la órbita de su competencia, lo cual no puede entenderse como una interferencia indebida, mucho menos si se tiene en cuenta que la norma atacada autoriza al ministro para “asistir” a la junta directiva de la CNTV, no para constituirse en parte de la misma” (subraya no original).

En estos términos fue declarado exequible el artículo 2.

En consecuencia, pese a que la parte transcrita de la decisión mayoritaria, no es del todo clara, puede sostenerse que no pugna con ésta ni con el contenido deóntico del citado artículo 2, una interpretación que, en atención a la autonomía que la Constitución asegura a la Comisión Nacional de Televisión, sostenga que el Ministro de Comunicaciones sólo debe ser invitado a la sesiones de la Junta en las cuales se debatan asuntos que revistan objetivamente un interés para la cartera de la cual es titular y, exclusivamente, durante el tiempo en que se debatan tales asuntos. Una posición contraria no sólo contraviene el artículo 77 de la Carta sino que, además, no puede sustentarse en los motivos que expresa la mayoría para declarar, “en los términos de esta providencia”, la exequibilidad de la norma impugnada.

La duración y prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión

7. La parte cuestionada del artículo 10 de la Ley 335 de 1996 se refiere a la duración y prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión “pública”. En efecto, el segundo y tercer incisos de la citada norma indican que, en el futuro, este tipo de contratos tendrá una duración de seis años improrrogables, —a diferencia de los contratos de concesión para la “televisión privada” que tendrán una duración de diez años prorrogables—. A su turno, el último inciso del párrafo transitorio, modifica los términos originales convenidos para los contratos de concesión vigentes hasta el 31 de diciembre de 1997 derogando la opción de prórroga originalmente convenida.

Los demandantes entienden que al consagrar la ley condiciones contractuales más favorables para los concesionarios de los canales privados de televisión, respecto de quienes obtengan el derecho a utilizar espacios de televisión pública, se vulnera el principio de igualdad, la libre competencia, el pluralismo informativo

y el derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz e imparcial. Adicionalmente, consideran que modificar las reglas de los contratos de concesión vigentes, suprimiendo *el derecho* a la prórroga, constituye una actitud “retaliatoria” que viola los derechos adquiridos de los concesionarios, la libertad de expresión de los medios de comunicación, el derecho a la información de los televidentes y el pluralismo informativo. La Corte declaró exequibles las tres disposiciones impugnadas del artículo 10.

Por las razones que se expresan a continuación, disentimos de la opinión de la mayoría.

El trato diferenciado de los concesionarios de canales nacionales de operación privada respecto de los concesionarios de espacios de televisión en canales de operación pública

8. Las normas estudiadas establecen una diferencia fundamental entre los contratos de concesión de espacios de televisión en canales nacionales de operación pública y aquellos que adjudican canales de operación privada. En efecto, mientras los primeros tienen una duración de seis años y son improrrogables, los segundos tienen una duración de diez años y son susceptibles de prórroga.

En sentir de la mayoría, el trato diferenciado no viola la Constitución. En su criterio, los contratos de concesión para acceder a la televisión de operación pública son distintos de los contratos de concesión que se celebran para alcanzar un canal privado de televisión. En consecuencia, al no existir *patrón de comparación*, no resulta pertinente el cargo por violación de la igualdad, pues los dos extremos no son similares y, por lo tanto, tampoco puede reclamarse el mismo trato.

9. Aunque, existen diferencias entre los concesionarios de canales nacionales de operación privada y los concesionarios de espacios de televisión en canales de operación pública, en ciertos aspectos los dos tipos de contratistas mencionados guardan enormes similitudes. Basta indicar que en los dos casos se trata de personas que pretenden ejercer la libertad de fundar empresas informativas que competirán por la misma audiencia, tanto para efectos del ejercicio de las libertades relacionadas con la conciencia y el conocimiento —libertad de expresión, libertad de información, etc.— como en cuanto se refiere al aspecto puramente económico o empresarial. En estos términos, y guardadas las diferencias, puede afirmarse que estos dos grupos de personas se encuentran en las mismas condiciones y que una ley que interfiera en la libre competencia, favoreciendo a unos respecto de los otros, debe someterse a un juicioso análisis de constitucionalidad en orden a verificar: (1) que el trato diferente se funda en una justificación objetiva y razonable y (2) que respeta el grado de la diferencia entre los dos grupos que están siendo objeto de trato de una disciplina diferente.

Lamentablemente el examen anterior dejó de realizarse. En consecuencia, se optó por mantener dentro del ordenamiento una disposición que, en nuestro criterio, compromete la igualdad, lesiona la libre competencia y amenaza seriamente el pluralismo informativo.

La prohibición de la prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión en los canales nacionales comerciales vigentes al momento de expedición de la ley

10. La disposición que modificó las condiciones de los actuales contratos de concesión de espacios de televisión, prohibiendo la posibilidad de prorrogarlos, fue declarada exequible por la Corte.

La mayoritaria entendió que la citada disposición no era inconstitucional en la medida en que pretendía corregir un vicio de la ley anterior que, al consagrar prórrogas indefinidas "equivalentes a la concesión perpetua de espacios de televisión", comprometía el acceso democrático y en igualdad de condiciones al espectro electromagnético. En consecuencia, para la Corte, la norma demandada no sólo no viola el derecho a la libertad de expresión, sino que, por el contrario, lo patrocina. Sobre la modificación sorpresiva de las reglas contractuales, consideró que ello hacía parte de las facultades ordinarias del Congreso siempre que se tratara de promover el interés general, el que, en este caso, estaba representado por la necesidad de promover el acceso al espectro electromagnético en las condiciones definidas por el artículo 75 de la Carta. Adicionalmente, entendió que la prórroga constituía una mera expectativa y por ello, al anularla, no se comprometieron los derechos adquiridos de los concesionarios.

En nuestro criterio, por las razones que serán expuestas, la disposición demandada viola el derecho a la libertad de información, consagrado en el artículo 20 de la Carta y, en consecuencia, ha debido ser declarada inexecutable.

11. La libertad de información (C.P. art. 20) tiene un contenido plural y múltiple. En efecto, a su amparo se protege tanto el derecho a informar, como a informarse y a ser informado. El primero de ellos, el derecho a informar, supone necesariamente la garantía simultánea de otros derechos, como la libertad de expresión y la libertad de conciencia e, incluso, la defensa de las condiciones operativas necesarias para que pueda producirse de manera estable, segura y profesional el proceso comunicativo. A su turno, el derecho a informarse se relaciona directamente, con el derecho de petición, y con otros bienes constitucionales como la defensa de la profesión del periodista o la "reserva de la fuente" (C.P. art. 73 y 74). Por último, el derecho a ser informado, supone la posibilidad de acceder a los medios de comunicación y se asegura mediante el pluralismo informativo, así como a través de los límites que la propia Constitución establece a las libertades de expresión e información.

En esta ocasión interesa precisar, sobre todo, el alcance del derecho a informar, que es, a nuestro juicio, el que de manera protuberante resulta vulnerado por la disposición demandada. En ciertas oportunidades, este derecho se ha confundido con la libertad de expresión. Sin embargo, desde su consagración en las primeras declaraciones de derechos, la libertad de expresión y el derecho a informar, se distinguieron, identificándose, este último, con “ el derecho a imprimir”, vale decir, con el derecho a difundir, masivamente, informaciones, ideas u opiniones libres.

En las sociedades abiertas contemporáneas, en las cuales resulta imposible para el sujeto acceder, por su propia cuenta, a toda la información que necesita para formarse una opinión completa y veraz sobre los acontecimientos de su interés, el derecho a la información entendido, como se ha mencionado, como el derecho a difundir masivamente ideas, opiniones o hechos noticiosos, adquiere una importancia trascendental. Frente al enorme flujo de información y a la clara imposibilidad del individuo de acceder simultáneamente a todas las fuentes, los profesionales de la información —canales o programas de radio y televisión, agencias de prensa, periódicos, periodistas independientes, entre otros— se convierten en los canalizadores y, por lo tanto, en los principales responsables del libre flujo de ideas y de la formación de una opinión pública libre. En estas condiciones, los ordenamientos jurídicos han procurado dotar a los medios y, en general, a los agentes del proceso de comunicación social, de garantías especiales para asegurar que, en la tensión que se produce entre la actividad comunicativa y el proceso gubernamental, no se limite arbitrariamente la libertad de información. Incluso, puede sostenerse que en la mayoría de los estados constitucionales, este derecho tiene una “posición de preferencia” frente a otros derechos, también de raigambre constitucional.

12. En general, el derecho a informar tiene dos dimensiones distintas pero complementarias: (1) sustantiva, que implica el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía que han sido mencionados, así como la posibilidad de difundir hechos noticiosos sin que pueda censurarse la información; y (2) operativa o funcional, que supone la garantía de las condiciones estructurales u operativas necesarias para el ejercicio pleno, sin restricciones, de esta libertad. De esta segunda dimensión forma parte, por ejemplo, el derecho de acceso democrático e igualitario al espectro electromagnético, en condiciones tales que aseguren que el reto empresarial que acompaña necesariamente la fundación del medio de comunicación, no será asaltado o minado desde el propio Estado.

13. En el presente caso se estudiaba la constitucionalidad de una disposición que afectaba a los contratos vigentes de concesión de espacios de televisión. A primera vista podría afirmarse, como en efecto lo hace la mayoría, que ello no lesionaba la libertad de información, en la medida en que se trataba simplemente de una decisión técnica de carácter contractual que no implicaba censurar contenidos ni tergiversar informaciones. Sin embargo, dicha tesis confunde la libertad de expresión con el derecho a informar y, al mismo tiempo, desestima la

dimensión operativa de la libertad de información. En efecto, si el espectro electromagnético pertenece al Estado (C.P. art. 75), los contratos de concesión de espacios de televisión se convierten en la condición necesaria para el ejercicio del derecho a informar —y todos los que le resultan conexos— a través de este medio masivo. En estas condiciones, cualquier afectación de tales contratos repercute en el ejercicio del derecho y, en consecuencia, puede llegar a vulnerarlo.

En otras palabras, los contratos de concesión de espacios de televisión no constituyen fines en sí mismos, sino medios necesarios para el ejercicio de todos los derechos constitucionales involucrados en la libertad de información. Así las cosas, el silogismo de la mayoría, en virtud del cual, (1) no comporta vulneración de la Carta el hecho de que el legislador modifique, en nombre del interés general, los contratos de concesión de servicios públicos, (2) la televisión es un servicio público, (3) por lo tanto, el legislador está facultado para modificar los contratos de concesión de espacios de televisión sin violar los derechos fundamentales eventualmente involucrados; resulta, por lo menos, simplista. El contrato de concesión en este caso no es un contrato administrativo más y no puede, simplemente, someterse a las reglas generales de los contratos administrativos. En efecto, este tipo de contrato constituye la condición de posibilidad para el ejercicio de una serie de derechos fundamentales que han sido considerados por esta Corporación, como derechos dignos de preferencia por su carácter de nutrientes esenciales del proceso democrático.

Sin embargo, el contrato de concesión de espacios de televisión es una institución jurídica creada y regulada por la ley. En tales condiciones, mal puede afirmarse que el legislador no pueda intervenir cuando, por el contrario, su intervención resulta necesaria para la existencia misma de este instituto. No obstante, la regulación legal de este tipo de contratos debe merecer un juicioso estudio de constitucionalidad, pues ellos se erigen en presupuesto jurídico y material de un derecho constitucional que resulta esencial para el funcionamiento del sistema democrático.

En consecuencia, la tarea que en esta oportunidad tenía la Corte, era la de verificar si la medida impugnada violaba el derecho de informar o la libertad de información consagrada en el artículo 20 de la Carta. Para ello, debía analizar si se trataba de una afectación arbitraria de la dimensión operativa del derecho a informar, vale decir, si la medida tenía una finalidad legítima y si resultaba razonable y proporcionada en relación con el fin perseguido. La afectación de los contratos de concesión en aras de un objetivo que pugna con la Constitución o que no resulta de tal entidad que justifique un cambio repentino en las reglas de juego no podría ser aceptado por el Juez Constitucional. De la misma manera, quebrantar la seguridad jurídica que debe rodear el proceso de formación de una empresa comunicativa cuando existen medidas menos costosas en términos de la lesión a la confianza y a la estabilidad, o cuando la decisión no es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida o cuando el costo es superior al beneficio que se obtiene, resulta abiertamente inconstitucional.

¿Era legítima la finalidad perseguida por el legislador?

14. En el contexto del juicio de proporcionalidad de una norma acusada de violar un derecho constitucional, el estudio sobre la finalidad de la misma no puede circunscribirse exclusivamente a una investigación sobre la apariencia de realidad. En efecto, bajo el manto de manifestaciones formales, pueden agazaparse los verdaderos motivos de expedición de una medida que tiende a la restricción de los derechos, los que, de vulnerar algún valor, bien o derecho, podrían acarrear la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico. Ni el legislador, ni ningún otro órgano público, está autorizado para utilizar su poder en contra de los principios y valores constitucionales.

La ley que se estudia, se enmarca en el contexto de la fuerte tensión, necesaria e incluso deseable en una democracia, entre el ejercicio del poder y la libertad de información. En estas condiciones, más que en cualesquiera otras, el juez constitucional debe verificar que la finalidad de la medida sea, *en realidad*, legítima. Lo anterior equivale a indicar que corresponde a la Corte también estudiar el contexto en el que se expide la ley, así como las manifestaciones de los actores más importantes del proceso legislativo y los efectos que está en capacidad de producir, puesto que identificada la desviación de poder, la norma restrictiva carecería de sustento constitucional. No puede ser este salvamento el lugar para realizar tan detallado estudio. No obstante, no puede dejar de recordarse la dura polémica que, en torno a importantes asuntos de gobierno, se ha surtido a través de los medios de comunicación, así como las manifestaciones claras de algunos congresistas sobre la necesidad de intervenir el proceso de formación de la opinión para que no se produzca lo que, en su criterio, ha constituido una tergiversación de los hechos políticos más relevantes de los últimos tres años. En estas condiciones y al amparo de la sospecha que, en todo Estado que tenga la prioridad de defender la libertad de expresión como fundamento mismo de todo el orden político, ha de recaer sobre una ley que restringe la libertad de información, podría llegar a aseverarse que la norma estudiada se encuentra viciada por perseguir objetivos inconstitucionales. En efecto, los hechos públicos y notorios permitirían pensar que la intención verdadera de algunos de quienes votaron la norma no era otra que la de "castigar" ilegítimamente a quienes, justa o injustamente, han ejercido una posición crítica respecto del comportamiento de las mayorías políticas. De este modo también se aseguraría que el flujo de información, particularmente importante en vísperas de elecciones generales, se dirija a la defensa de los intereses de esas mismas mayorías. Sin embargo, para demostrar la desviación de poder y, en consecuencia, la finalidad ilegítima de una disposición, se requiere algo más que sospechas más o menos fundadas. Para ello, es menester, como sabiamente lo muestra la jurisprudencia contencioso administrativa, un estudio riguroso de todo el proceso de formación de la disposición, el que resulta imposible en el breve lapso destinado para consignar la posición disidente. Con todo, se echa de menos que la Corte y, el mismo ponente, pudiéndolo haber hecho no hubiese decretado las pruebas pertinentes.

Así las cosas, el análisis de proporcionalidad deberá realizarse a partir de los elementos formales que fueron los únicos identificados por la mayoría. En estos términos, debe sostenerse, como lo afirma la sentencia, que la finalidad de la norma estudiada es la de abrir los espacios de participación de los ciudadanos en el proceso de distribución del uso del espectro electromagnético. Se trata entonces de un objetivo que no sólo no pugna con la Constitución sino que desarrolla los imperativos fijados en los señalados 13, 20, 74 y 75 de propia Carta, a tenor de los cuales, el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades y la democratización en el acceso al uso del espectro como medio para el ejercicio de las libertades y los derechos constitucionales.

15. Ahora bien, para la Corte la norma demandada atendió primordialmente la necesidad imperiosa de democratizar el acceso al espectro electromagnético. En su criterio, esta disposición vino a corregir las reglas contractuales definidas en leyes anteriores que consagraban la opción indefinida de la prórroga de los contratos vigentes y, con ello, una especie de concesión eterna del uso del espectro, que violaba flagrantemente lo dispuesto por el artículo 75 citado. Sin embargo, la misma sentencia sostiene la teoría de que la prórroga comporta un nuevo acuerdo de voluntades, del cual nace un contrato que será sometido a las normas vigentes al momento de su celebración, y no a aquellas que gobernaron el contrato original. En estas condiciones, aun si resultara cierto que el artículo 40 de la Ley 14 de 1991 consagraba la opción de prorrogar indefinidamente los contratos, es evidente que los contratos vigentes hasta el 31 de diciembre de 1997, sólo habrían podido prorrogarse por una única vez, pues el nuevo contrato estaría sometido a la Ley 335 de 1996 que prohíbe su prórroga. El argumento fundado en el peligro de la "concesión perpetua", lo desmiente la misma sentencia.

No puede entonces afirmarse, como lo hace la mayoría, que la finalidad de la disposición demandada sea imperativa o urgente. A lo sumo se trataba de un objetivo deseable.

¿La medida estudiada era adecuada, necesaria y estrictamente proporcionada respecto del fin perseguido?

16. Conforme al juicio de proporcionalidad, debió la Corte preguntarse si la medida era adecuada o útil para lograr el objetivo perseguido, ya que como ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el legislador sólo puede afectar el ejercicio de los derechos fundamentales cuando, entre otras condiciones, la restricción resulte útil para el logro de una finalidad legítima. Una restricción inútil o caprichosa siempre resulta inconstitucional.

17. No basta que una medida que restringe los derechos fundamentales, tenga una finalidad legítima y resulte útil para alcanzarla. Se requiere, adicionalmente, que sea necesaria, vale decir, que no exista ninguna otra, menos restrictiva de los derechos constitucionales, que sea susceptible de alcanzar el mismo efecto.

Sin tener que hacer un análisis muy sofisticado, resulta evidente que si se trataba de impedir, como lo sostiene la Corte, las prórrogas sucesivas e indefinidas, habría sido suficiente prescribir que el nuevo contrato se sometiera a las reglas de la Ley 335 de 1996. Adicionalmente, la Corte habría podido interpretar las normas anteriores —art. 40 de la Ley 14 de 1991— de manera tal que se restringiera en el futuro la opción de prórroga, para garantizar una mayor competencia, todo ello, sin afectar los derechos de los actuales concesionarios.

18. No obstante, al parecer, la norma estudiada buscaba, simplemente que, en el proceso de adjudicación de los contratos que empezarán a ejecutarse el 1 de enero de 1997, se diese mayor participación. En términos de esta finalidad, resta realizar el juicio de estricta proporcionalidad, vale decir, el estudio sobre la equivalencia entre el costo que la medida general impone y el beneficio que procura.

19. El cambio súbito de las condiciones contractuales que sirven de sustento operativo al ejercicio del derecho a informar, compromete la confianza que deben tener los profesionales de la información sobre el alcance de su libertad. Ciertamente, una modificación sorpresiva de las reglas contractuales que definen los deberes y derechos e, incluso, las expectativas de las empresas informativas, tiene como consecuencia, además de afectar eventualmente los derechos económicos involucrados, la de sembrar un ambiente de incertidumbre que suele terminar por generar una autorrestricción de la autonomía informativa. Si en cualquier momento el poder político, objeto de control por los medios de comunicación, puede a su discreción afectar las condiciones de ejercicio de la libertad de expresión, simplemente, habría que señalar que no existen garantías plenas para el ejercicio de esta libertad y la vigencia del sistema democrático.

Por ello, la modificación de las reglas legales que reglamentan, por ejemplo, los contratos de concesión de espacios de televisión o de cadenas y programas radiales sólo puede operar, en principio, hacia el futuro, sin que esté permitido que se afecten las condiciones bajo las cuales originalmente fueron pactados tales contratos. Sin embargo, en algunos eventos resulta indispensable modificar las reglas originalmente pactadas, cuando ellas vulneran mandatos constitucionales imperativos e inaplazables. En otras palabras, la intención de lograr una mejor adecuación de las normas legales a los mandatos constitucionales, no es suficiente para justificar el cambio de reglas anteriores, al amparo de las cuales los concesionarios celebraron los contratos y calcularon sus expectativas. Para intervenir en esa órbita contractual constitucionalmente protegida - al ser ella, como se ha reiterado, condición necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental que tiene en el ordenamiento una posición de preferencia - se requiere que exista un imperativo constitucional de urgente aplicación. De otra forma, bajo el fácil expediente del “interés general” y de la promoción de valores, principios o

derechos que siempre admiten una más adecuada regulación, se auspiciaría un peligroso espacio de control y fiscalización del poder político sobre los medios de comunicación social. En estas condiciones, se amenaza hasta extremos impensables la libertad del individuo, sometido a la información oficial avalada por el poder, y se menoscaba gravemente la legitimidad del sistema democrático.

El juicio de estricta proporcionalidad de una medida como la estudiada sólo puede ser superado si se trata, como se mencionó, de buscar un objetivo constitucionalmente inaplazable.

20. A juicio de la mayoría, el objetivo inaplazable consistía en reformar las normas anteriores que, según un aparte de la sentencia, establecían prórrogas indefinidas o contratos de concesión perpetuos. No obstante, como fue mencionado, en la exposición de motivos, la misma decisión reconoce que las reglas anteriores sólo resultaban aplicables para la prórroga que debía producirse a partir del 1 de enero de 1998, pero que los nuevos contratos se sujetarían a las disposiciones de la Ley 335 de 1996, —vigente al momento de la prórroga—. Además, como ya se advirtió, si ésa era la intención, existían medios menos lesivos en relación con el derecho a informar radicado en cabeza de los actuales concesionarios y respecto de las condiciones de seguridad y estabilidad jurídica, que resultan esenciales para el ejercicio de esta preciosa libertad.

En consecuencia, debe afirmarse que el interés de la disposición estudiada no era otro distinto que el de permitir que en el proceso de adjudicación de los contratos que empezarán a ejecutarse a partir del 1° de enero de 1998 y hasta 31 de diciembre del año 2003, hubiere mayor participación. Este objetivo no puede desestimarse, pues patrocina la igualdad de oportunidades. Sin embargo, no se trataba de un objetivo constitucional inaplazable o urgente. Una prórroga de seis años, cuando los contratistas han sido objetivamente seleccionados y han cumplido satisfactoriamente sus obligaciones legales y constitucionales, no viola ningún principio constitucional. Así las cosas, resulta claro que un juicioso análisis de constitucionalidad de la disposición estudiada, habría conducido inexorablemente a su declaración de inconstitucionalidad.

21. La igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, se refiere a la justa y equitativa asignación de posibilidades de orden técnico que permitan su utilización. Los canales que se radican en cabeza del Estado —canales nacionales—, de suyo le brindan un medio de goce y disposición del espectro, gracias al cual puede materializar una política en materia televisiva, pudiendo operar de manera directa o mediante concesionarios en lo que concierne a la programación y a su ejecución. Por esta razón, la concesión de espacios, no puede interpretarse como una “distribución del espectro electromagnético”, que físicamente no puede ser objeto de reparto. Por

lo demás, en este caso, la concesión presupone al Estado como usuario del espectro, puesto que es titular de uno o varios canales, cuyos espacios gestiona directamente o indirectamente a través del indicado mecanismo.

Se entiende que el Estado no puede monopolizar la utilización del espectro en lo que atañe a todas las posibilidades de disfrute que de él se derivan. Al lado de los canales nacionales, los particulares y la comunidad, tienen el derecho de acceder al espectro. En estricto rigor, hecha la salvedad anterior, las prácticas monopolísticas a que alude la norma constitucional se prohíben a propósito del fenómeno anómalo que podría presentarse entre los particulares que directamente usufructúan las posibilidades técnicas propiciadas por el espectro. Los concesionarios de espacios de un canal nacional pueden ejecutar su actividad sobre la base de que el Estado ya es usuario del espectro y tiene un derecho eminente para hacerlo. Si es el Estado el que detenta, a través del canal nacional, el acceso al espectro, mal puede afirmarse que los concesionarios de espacios dentro de éste, sean los sujetos que monopolizan su uso o compiten por su aprovechamiento.

No quiere decir lo anterior que al adjudicar espacios dentro de los canales nacionales, el Estado no deba velar por la igualdad de oportunidades. Pero esto es distinto a considerar que los concesionarios de los canales nacionales, con independencia del Estado que es el titular de los mismos, sean quienes por sí ante sí acceden u ocupan una frecuencia o franja en el espectro, cuando lo que ocurre es que ello lo hace el Estado concedente. En este sentido, la utilización del espectro no se multiplica por el número de concesionarios de espacios en los canales nacionales, puesto que su uso y ocupación es única y ella corresponde a la que se lleva a cabo a través del respectivo canal nacional. Respecto del espectro y del concepto de "prácticas monopolísticas", es la posición del Estado la que compete con la de los demás usuarios y la misma no aumenta ni disminuye porque los concesionarios internos de los canales públicos sean muchos o pocos, o se prescindiera de éstos y se preste directamente el servicio por el Estado.

Extrañamente la ley reduce las restricciones tradicionales que buscaban impedir las prácticas monopolísticas en el conjunto de los canales privados. Justamente, allí donde los controles se tornaban obligatorios. De otro lado, la equivocada idea de que el uso del espectro electromagnético se afectaba cuantitativamente según las características temporales de los contratos de adjudicación de espacios dentro de los canales públicos, ha inducido a la Corte a sostener que las restricciones legales examinadas se justifican con miras a evitar las prácticas monopolísticas en dicho medio, como si el eventual concesionario tuviere un poder de congestión o de apropiación distinto al que de suyo ya posee el canal en el que interviene.

22. La concesión de espacios dentro de los canales públicos, que se hace a título derivado, como toda función pública debe ejecutarse en términos de igualdad, imparcialidad, moralidad y eficiencia. La convocatoria a una licitación

pública para proceder a adjudicar espacios a concesionarios, se orienta a favorecer las mejores condiciones de contratación desde el punto de la entidad estatal. Adicionalmente, la indicada convocatoria promueve la igualdad de oportunidades.

Sin embargo, atribuir al procedimiento licitatorio el carácter de instrumento de democratización del acceso al espectro electromagnético, denota un apego excesivo al lenguaje metafórico y vacío. Primero, sólo mediatamente - por conducto del canal público - se accede al espectro y su uso se cobija de manera temporal y precaria bajo el título que detenta el Estado. Segundo, los espacios dentro de los canales nacionales son limitados y sólo a unos pocos sujetos, que representan una fracción infinitamente reducida de la población colombiana, finalmente se les podrá asignar un espacio; el número de aspirantes a espacios, por sí sólo, no configura ningún ejercicio democrático. Tercero, la licitación pública, como procedimiento normal de contratación estatal, prácticamente presente en todos los campos, estaría cumpliendo la función extraña de "democratizar" la construcción de puentes, carreteras, venta de equipos, prestación de servicios etc.

En realidad, la licitación pública constituye una modalidad de contratación estatal que posee muchas bondades y estimula la igualdad de oportunidades. La democracia y su ejercicio, no es ajena a la promoción de la igualdad, pero tiene un significado específico en cuanto abarca los procesos de participación en la toma de decisiones que afectan la vida colectiva. Los aspirantes a contratar con el Estado, responden a una invitación a contratar; en modo alguno participan en la adopción de una decisión colectiva. De hecho, la sustitución de unos concesionarios por otros, así ello se haga cada seis o cuatro años, no vuelve al país ni más ni menos democrático.

23. De acuerdo con lo expuesto, si en gracia de discusión, llegare a aceptarse que el sistema de prórrogas establecido en la legislación derogada, aplicable a la concesión de espacios en los canales públicos, tuviere el defecto de entronizar una suerte de nociva perpetuidad, las situaciones contractuales legítimamente amparadas por aquélla habrían podido ciertamente ser objeto de regulación legal.

Ya se advirtió que la ley que pretenda regular la materia contractual atinente a las concesiones de espacios en los canales públicos, debe reunir las condiciones que se exigen de toda restricción de los derechos fundamentales, las cuales dejaron de cumplirse. No cabe duda de que en este caso la ley introduce severas restricciones a la libertad de informar y de ser informado. Pero, aún haciendo caso omiso de lo anterior, la misma aceptación de la premisa - que no admitimos - según la cual se asistía a una censurable perpetuidad en cabeza de los concesionarios, no justifica que sus derechos adquiridos contractuales o inclusive sus meras expectativas se hayan visto repentinamente frustradas por obra de la ley que de manera singular y directa ha querido acallar las voces independientes.

Corresponde a un hecho público y notorio, suficientemente ilustrado a lo largo del debate legislativo, que la retroactividad de la ley obedeció a una estrategia selectiva de represalia contra los periodistas y los medios que en estos últimos años asumieron una actitud crítica ante los hechos de distinto origen que han convulsionado ostensiblemente la vida nacional. La libertad de expresión y de pensamiento, clave de bóveda de la democracia, se extinguen si el Congreso hace uso desviado de su función normativa y la emplea con el fin de establecer un régimen encubierto de censura. Para este efecto ya no es necesario, como en una época pasada, crear una comisión oficial de censores. Resulta más eficaz, bajo el ropaje de la ley abstracta e impersonal, modificar sorpresivamente el régimen de contratación de espacios y cercenar derechos adquiridos y expectativas.

La mayoría lejos de preservar la primacía real de la Constitución, se ha limitado a ejercitar un control meramente formal, como si la pretensión del Constituyente hubiese sido la de que la Constitución sólo reinase en el mundo de las formas. El principio de efectividad y de aplicación del derecho sustancial, por encima de las formas, surge, a nuestro juicio, como imperativo que la Corte no puede olvidar tan fácilmente, máxime cuando de manera patente bajo el manto de la ley abstracta se esconde en este caso una de las violaciones más afrentosas a la libertad de expresión y a la democracia. La Corte ha debido, en primer término, desvelar el propósito real de la ley, cuyos destinatarios eran claramente identificables, lo mismo que sus acciones y abstenciones, lo que convertía a la ley en una ley singular y, por tanto, en una norma sobre la cual debía recaer un examen - el más estricto - de igualdad.

Los hechos conocidos, que bien han podido esclarecerse aún más, de haber decretado el magistrado ponente las pruebas pertinentes —omisión que deploramos—, sugieren que la acción legislativa no se dirigió a resolver un problema relativo a la contratación estatal, que no se había intentado corregir antes, sino directamente a afectar negativamente los intereses contractuales legítimos de los medios que demostraron tener en la crisis política que ha sufrido el país una actitud crítica o independiente.

La Corte ha debido introducir un examen severo de constitucionalidad, dadas las trazas de singularidad de la ley y la sospecha de que ella articulaba un ominoso mecanismo de censura. La discriminación normalmente acompaña a las leyes singulares. El inopinado cambio, por vía de la ley, de las condiciones contractuales aplicables a los concesionarios de televisión, que han sido críticos e independientes frente al comportamiento de figuras políticas, puede en verdad representar una forma de censura. Se imponía, por consiguiente, combinar el sistema de control abstracto con el examen material de las normas demandadas. Si en el futuro no se modifica la orientación interpretativa, a través de la ley podrán mimetizarse las formas más perniciosas de censura y de violación de los derechos.

La Corte, sin quererlo, se ha unido al discurso deliberadamente abstracto de la ley. Llega incluso hasta el punto de hacer extensiva a la concesión de espacios en los canales públicos, la teoría de la concesión arraigada en el derecho administrativo. Ignora las particularidades de la concesión en materia televisiva, en la cual el concesionario como titular del derecho a informar no desarrolla una función pública en el sentido de actividad estatal, sino facultades de origen constitucional, lo que lo sustrae del poder de dirección que se predica del mayor número de concesiones en las que las posiciones activas sólo nacen del contrato. De ahí que concluya la Corte que tanto el Gobierno como el Congreso, mediante sus actos, puedan modificar los derechos y obligaciones que constituyen la materia contractual de todas las concesiones, incluidas las de espacios en los canales nacionales de televisión. Toda concesión, supone la Corte, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, puede ser modificada por el hecho del Príncipe. Ocurre, sin embargo, que el Estado que ha sustituido al Príncipe, debe respeto y acatamiento a los derechos fundamentales de los ciudadanos. No se remite a duda que los contratos de concesión de espacios de televisión, no contienen sólo derechos y obligaciones de orden contractual —materia disponible por la ley y en ocasiones por el acto administrativo—, sino también derechos fundamentales, que no pueden ser escamoteados con la misma facilidad.

El extravío abstracto de la Corte ha servido de complemento a un designio concreto de censura. Persistir invariablemente en el control formal de constitucionalidad de las leyes, aún en los casos en los cuales la transgresión adquiere contornos visibles, aunque enmascarados en la aparente abstracción de la ley, equivale, a nuestro juicio, a una renuncia melancólica de la suprema función de mantener la integridad y supremacía de la Constitución Política, a la que se le ha sustraído eficacia real para gobernar el comportamiento colectivo.

Dejamos así consignada nuestra opinión disidente,

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

**SENTENCIAS SOBRE
OBJECIONES PRESIDENCIALES
JULIO
1997**

SENTENCIA No. C-324

Julio 10 de 1997

OBJECION PRESIDENCIAL - Alcance del examen de la Corte
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Aprobación leyes que comportan gasto público / **GOBIERNO** - Inclusión de gasto público en proyecto ley de presupuesto

Esta Corte ha señalado que, salvo las restricciones constitucionales expresas, el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público. Sin embargo, corresponde al Gobierno decidir si incluye o no en el respectivo proyecto de presupuesto esos gastos, por lo cual no puede el Congreso, al decretar un gasto, "ordenar traslados presupuestales para arbitrar los respectivos recursos". Por ende, el escrutinio judicial para determinar si en este aspecto una ley es o no constitucional consiste en analizar si la respectiva norma consagra "un mandato imperativo dirigido al ejecutivo", caso en el cual es inexecutable, "o si, por el contrario, se trata de una ley que se contrae a decretar un gasto público y, por lo tanto, a constituir un título jurídico suficiente para la eventual inclusión de la partida correspondiente, en la ley de presupuesto", evento en el cual es perfectamente legítima.

OBJECION PRESIDENCIAL - Celebración años de Manizales y realización de obras / **PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO** - Trámite de objeciones presidenciales / **OBJECION PRESIDENCIAL** - Devolución proyecto a las Cámaras

Se señala que el Gobierno "ejecutará las siguientes obras", mientras que el artículo 3º autoriza al gobierno a efectuar las operaciones presupuestales necesarias para "el cumplimiento de lo dispuesto" en el proyecto. No existe entonces incongruencia entre las dos normas sino perfecta armonía, ya que el primer artículo ordena la realización de unas obras, mientras que el segundo confiere al gobierno facultades presupuestales para ejecutar esas obras, con lo cual es claro que el proyecto está disponiendo una erogación presupuestal, pues la obras deben inevitablemente ser realizadas. En el presente caso no es procedente realizar una exequibilidad condicionada ya que no tiene operancia el principio de "conservación del derecho"

que le sirve de sustento. Este principio opera claramente en relación con las normas vigentes, pero su aplicación en los casos del trámite de objeciones presidenciales tiene menor peso, ya que la norma legal aún no se encuentra en vigor, pues se trata de un proyecto de ley. Además, la propia Constitución regula de manera diferente el trámite de las objeciones, cuando la Corte las encuentra total o parcialmente fundadas. Cuando la fijación del contenido constitucionalmente admisible de uno o varios artículos permite que entre inmediatamente en vigor un proyecto que, en caso contrario, debería ser archivado, o retornado a las cámaras para ser rehecho, es factible que la Corte recurra a un sentencia condicionada. Sin embargo, este tipo de sentencias no tiene ninguna utilidad cuando, debido a que otras objeciones se encuentran fundadas, inevitablemente, el proyecto será de todas formas declarado parcialmente inexecutable, por cuanto en tal caso, el proyecto retorna al Congreso para que éste rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte, a fin de que ésta pronuncie un fallo definitivo sobre el tema. Por ende, en tales casos, respeta mejor el principio democrático y la seguridad jurídica, que la Corte declare inexecutable la disposición, pues el Congreso tiene la posibilidad de rehacer e integrar los artículos afectados.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO - Decreto por el Congreso de nueva inversión nacional

El artículo 339 de la Carta específicamente señala que el plan de inversiones “contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión”. Por ello, esta Corporación ya había señalado que el plan de inversiones incorpora “los principales proyectos de inversión pública nacional”, por lo cual “el plan ordena las prioridades en materia de inversión pública y no pretende detallar y hacer una lista taxativa de todos y cada uno de los proyectos que decide acometer la nación”. En ese orden de ideas, no se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley que decreta una inversión únicamente porque el nuevo proyecto no se encuentra contenido en el plan de inversiones. Si bien el Congreso puede decretar una inversión que no se encuentra en el plan de desarrollo, lo cierto es que esa nueva inversión debe ser compatible con el Plan, lo cual tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa. De un lado, la nueva inversión nacional no sólo no puede contradecir las orientaciones del plan de desarrollo sino que debe encontrar algún sustento en las opciones políticas adoptadas en el mismo. De otro lado, la nueva inversión no puede ser de tal magnitud que modifique las propias prioridades definidas en el plan, pues estaríamos en frente no de una inversión cualquiera sino de una de aquellas que, obligatoriamente, por su carácter principal, tiene que estar contenida en el plan de inversiones. Estas exigencias son necesarias pues admitir que cualquier ley pueda decretar una inversión de enorme magnitud, o un gasto incompatible con las orientaciones y estrategias del plan, convertiría en irrelevante la noción misma de planificación, y eliminaría la prevalencia que la Carta reconoce a la ley del plan.

OBJECION PRESIDENCIAL - Parque urbanístico y ecológico

Ref.: Expediente O.P. 014: Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley N° 157/95 Senado y 259/95 Cámara "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia para esta ciudad".

Temas: Autorización, apropiación presupuestal y reparto de competencias entre el Congreso y el Gobierno.

Improcedencia del principio de "conservación del derecho" frente a objeciones presidenciales parcialmente fundadas.

Plan de desarrollo y leyes que decretan inversiones no previstas en el plan.

Inversiones nacionales y reparto de competencias entre la Nación y los municipios.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de julio de mil novecientos noventa y siete 1997.

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio del 13 de junio del año en curso, y con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 167 de la Carta Política, el Presidente del Senado de la República remitió a la Corporación el Proyecto de Ley N° 157/95 Senado -259/95 Cámara "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia para esta ciudad", el cual fue objetado por

el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, y radicado en la Corte como expediente OP-014.

El trámite legislativo del proyecto de ley fue el siguiente:

1. El proyecto de ley fue presentado ante la Secretaría General del Senado, en la sesión Plenaria del día 1° de noviembre de 1995, por varios Senadores y Representantes a la Cámara.

2. El día 29 de noviembre de 1995 se dio el Primer Debate al Proyecto de Ley N° 157-95 Senado, en la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, y se aprobó. El segundo debate se surtió en la sesión plenaria del Senado el 14 de diciembre de 1995.

3. El proyecto fue remitido a la Cámara en donde le correspondió el N° 259-95 y recibió primer debate en la Comisión Segunda Constitucional Permanente el 8 de mayo de 1996. Luego de ser aprobado, se surtió el segundo debate en la Plenaria el 18 de junio de 1996.

4. Aprobado el Proyecto de Ley N° 259-95 Cámara, el Secretario General de esa Corporación lo remite mediante oficio N° S.L. 373-96 al Sr. Secretario General del Senado, quien lo envía para la correspondiente sanción presidencial el 21 de junio de 1966, con sus respectivos anexos y antecedentes legislativos.

5. El Presidente de la República recibió el proyecto el 4° de julio de 1966 y devolvió el expediente legislativo el 12 de julio de ese mismo mes al Presidente del Senado, sin la sanción, con objeciones de naturaleza constitucional.

6. Las mesas directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ante la tacha de inconstitucionalidad del proyecto de ley por parte del Presidente de la República, conformaron una Comisión Accidental cuyo informe de insistencia fue considerado y aprobado en la Plenaria del H. Senado de la República el 12 de diciembre de 1996, y en la Plenaria de la H. Cámara de Representantes el 27 de mayo de 1997. El Presidente del Senado de la República remitió entonces el Proyecto a esta Corte para que decida sobre su exequibilidad.

II. TEXTO DE LA NORMA OBJETADA

El proyecto de ley objetado establece:

"LEY N°

"Por medio de la cual la nación se asocia a la celebración del sesquicentenario de la ciudad de manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia para la ciudad

"El Congreso de Colombia

"DECRETA:

"Artículo Primero: *La Nación se asocia a la celebración del sesquicentenario de la ciudad de Manizales, capital del Departamento de Caldas, que se cumplirá el 12 de octubre de 1999, y rinde tributo de gratitud y admiración a sus fundadores y a las excelsas virtudes de sus habitantes.*

"Artículo Segundo: *En desarrollo de los artículos 150 (numerales 3 y 15) y 151 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional ejecutará las siguientes obras de beneficio común en la ciudad de Manizales, así:*

"a) Erradicación de viviendas localizadas en zonas de alto riesgo y recuperación de las áreas afectadas. Para estos efectos, la nación contribuirá con un aporte de DOCE MIL MILLONES DE PESOS (\$12.000.000.000.00).

"b) Construcción de empalme de la Vía del Magdalena con la Troncal de Occidente, atravesando el sector suroccidental de la ciudad. La Nación aportará la suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000.00).

"c) Infraestructura de apoyo que reconozca y dinamice la calidad de Ciudad Universitaria, La Nación destinará para esta obra la suma de OCHO MIL MILLONES DE PESOS (8.000.000.000.00).

"d) Construcción de la variante Norte del centro de la ciudad que conecte la carretera al Norte del Departamento con la Troncal de occidente. La Nación aportará la suma de NUEVE MIL MILLONES DE PESOS (\$9.000.000.000.00).

"e) Diseño, trazado y obras preliminares de la vía "Manizales - Villamaría - Chinchina". Para tal fin, la Nación hará un aporte de NUEVE MIL MILLONES DE PESOS (\$9.000.000.000.00).

"f) Construcción del Ecoparque los Alcázares - El Arenillo en predio urbano del municipio. El Ecoparque comprenderá área de protección ecológica de reforestación, preservación de cuencas, conservación del bosque primario que hospeda gran variedad de fauna típica de la selva andina.

Igualmente obras de infraestructura para la protección de la reserva ecológica de Monteleón. La Nación contribuirá con la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000.00).

"Artículo Tercero: *Autorízase al Gobierno Nacional para efectuar las operaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.*

"Artículo Cuarto: Esta Ley rige a partir de su promulgación.

*"El Presidente del Honorable Senado de la República,
Julio César Guerra Tulena*

*"El Secretario del Honorable Senado de la República,
Pedro Pumarejo Vega*

*"El Presidente de La H. Cámara de Representantes,
Rodrigo Rivera Salazar*

*"El Secretario General de la H. Cámara de Representantes,
Diego Vivas Tafur".*

III. OBJECIONES DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Según el Gobierno, el proyecto viola los artículos 150 numeral 11, 339, 341, y 357 de la Constitución Política, así como la Ley 60 de 1993.

En primer término, el Presidente considera que se violan los artículos 339 y 341 de la Carta, ya que las obras de infraestructura que la Nación pretende realizar en los próximos años se determinaron en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-1998, y por ende las apropiaciones en el presupuesto general de la Nación deben "responder en primer término a las necesidades planteadas como prioritarias en el plan". En ese orden de ideas, las obras de infraestructura pretendidas en el proyecto de ley alteran el Plan de Inversiones, lo cual sólo podría darse con una reforma de dicho Plan, reforma que, según el Gobierno, requiere necesariamente de su iniciativa.

En segundo término, el Gobierno considera que el proyecto viola el artículo 357 de la Carta por cuanto varias de las obras previstas en el proyecto no corresponden a funciones de órganos del nivel nacional. Así, según el Ejecutivo, el artículo 21 de la Ley 60 de 1993 atribuyó a los municipios la erradicación de vivienda localizada en zonas de alto riesgo y la construcción y mantenimiento de la infraestructura vial. Igualmente, agrega el Presidente, la Ley 99 de 1993 determinó que la competencia para las obras ambientales previstas por el proyecto de ley objetado no corresponde tampoco a la Nación. Por ende, según el Gobierno, todas esas inversiones no son de competencia de la Nación, lo cual no obsta para que ésta contribuya a su ejecución mediante la cofinanciación.

Finalmente, el Gobierno considera que el proyecto viola el artículo 150 ordinal 11, pues el Congreso no puede, en una ley que decreta gasto público, ordenar los traslados presupuestales para que se ejecuten las obras programadas.

IV. LA INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

El Congreso de la República insistió en la aprobación del presente proyecto pues consideró infundadas las objeciones presidenciales.

Según el Congreso, el presente proyecto decreta unos gastos que se encuentran en consonancia con el plan de desarrollo, pues no puede entenderse que dicho plan "haya agotado las obras de infraestructura que podría desarrollar el Gobierno en un futuro". Es más, según el Congreso, las propias "disposiciones constitucionales y legales permiten precisar que en ningún caso los planes de inversiones, agotan las opciones para que el Gobierno pueda realizar gasto público de inversión, por cuanto se prevé la inclusión de partidas que no correspondan al Plan". Esto concuerda además con el sentido de una ley del plan, como la Ley 188 de 1995, la cual, en relación con las inversiones, se limita a hacer "una enumeración enunciativa de programas, subprogramas y proyectos". Luego el Congreso analiza las diversas inversiones previstas en el proyecto objetado y concluye que todas ellas son "coherentes con el Plan", por lo cual concluye que la primera objeción no tiene fundamento.

El Congreso considera que tampoco se vulnera el artículo 357 superior, ni la Ley 60 de 1993, pues esas normas no impiden que la Nación participe en ese tipo de inversiones. El artículo 21, según el Congreso, determina las actividades que puede desarrollar el municipio con los recursos provenientes de las transferencias pero no impide la participación en estas obras de los organismos del orden nacional, ya sea de manera directa o por medio de cofinanciación, tal y como lo prevén la misma ley 60 de 1993 y el Plan de Desarrollo Económico y Social. Es más, añade la insistencia, el propio plan "El Salto Social" prevé programas que armonizan con los gastos decretados en el proyecto objetado, como "inversiones a cargo del Instituto Nacional de Vías" o "acciones tendientes a realizar grandes obras de mitigación de riesgos relacionados con la vivienda, incluida en la Red de Solidaridad Social", muchos de los cuales se realizarían "con recursos provenientes de la Nación, no con transferencias". De otro lado, según el congreso, la objeción que tiene fundamento en la Ley 99 de 1993 se desvirtúa, por cuanto no sólo esa ley "reconoce que los organismos del orden nacional tienen funciones en lo relacionado con el Medio Ambiente, sino que también se soporta en norma de igual jerarquía a la ley que se pretende objetar. Basta con incluir partidas que atiendan los gastos decretados en el Proyecto de Ley, para que tales asuntos los atienda la Corporación Autónoma Regional de Caldas".

Finalmente, el Congreso considera que tampoco es de recibo la tercera objeción, pues no hay violación del artículo 150 ordinal 11 de la Carta, ya que el proyecto no configura una ley de apropiaciones sino una ley autónoma que decreta gastos de inversión.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En su concepto de rigor, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar que son fundadas las objeciones del Ejecutivo respecto del proyecto ley bajo revisión.

El Procurador comienza por recordar que la Carta autoriza al Congreso de la República para decretar gasto público, pero que corresponde al Ejecutivo definir su inclusión en el respectivo presupuesto de gastos. Por ello, "las leyes que autorizan gasto público no tienen *per se* la aptitud jurídica para modificar directamente la Ley de apropiaciones o el Plan Nacional de Desarrollo, ni pueden ordenarle perentoriamente al gobierno que realice los traslados presupuestales pertinentes con arreglo a los cuales se pretende obtener los recursos para sufragar los costos que su aplicación demanda". Conforme a lo anterior, la Vista Fiscal concluye que "el Ejecutivo es el órgano constitucionalmente habilitado para formular el presupuesto de gastos, consultando las necesidades sociales inaplazables, la existencia de recursos para su financiación y los programas y proyectos contenidos en la ley del Plan Nacional de Desarrollo, sin que el Congreso tenga competencia para imponerle la inclusión de partidas que garanticen la ejecución de erogaciones decretadas mediante una ley anterior". A partir de esas consideraciones generales, el Procurador concluye que las objeciones presidenciales son fundadas, pues el proyecto pretende "modificar tanto la Ley de Apropiaciones como la de Inversiones Públicas, desconociendo lo señalado en los artículos 150-3-15, 154, 341 y 346 de la Constitución, pues se advierte claramente que el propósito del Congreso es obligar a incluir partidas en el Presupuesto de Gastos, para llevar a cabo las obras programadas en el sesquicentenario de la ciudad de Manizales". Así, las obras previstas "comportan una modificación de la parte especial del Plan Nacional de Desarrollo e Inversión, contraviniendo lo dispuesto en el inciso final del artículo 341 de la Constitución Política, en la medida en que para decretarlas el Congreso debió contar con el visto bueno del Gobierno". Además, agrega el Ministerio Público, las partidas apropiadas son una cifra elevada "que en las actuales circunstancias de racionalización del gasto público, pueden representar una grave alteración al equilibrio macroeconómico". Finalmente, considera el Procurador, "proyectos de este género desbordan los mandatos del artículo 150-15 de la Constitución, pues bajo el pretexto de decretar honores, el legislativo no puede modificar el esquema de planificación macroeconómica del Estado".

VI. FUNDAMENTOS

Competencia.

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas objetadas por el Presidente de la República, según lo dispuesto en los artículos 167, inciso 4º, y 241 numeral 8º de la Carta Política.

El trámite de las objeciones y de la insistencia.

2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación y al artículo 166 de la Carta, el Gobierno dispone del término de seis (6) días hábiles¹ para devolver con

¹ Sobre el término de 6 días hábiles pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-268 de 1995, C-380 de 1995, C-292 de 1996 y C-028/97

objeciones cualquier proyecto, cuando no conste de más de veinte artículos. El proyecto de la referencia cuenta con cuatro artículos, y el gobierno lo recibió el 4 de julio de 1996 y lo devolvió el 12 de julio del mismo año, luego el Presidente actuó dentro del término establecido por la norma superior.

3. Una vez recibido el pliego de objeciones presidenciales, las cámaras nombraron ponentes para su estudio. El informe solicitando el rechazo de las objeciones fue entonces aprobado en la Plenaria del Senado de la República el 12 de diciembre de 1996 y en la Plenaria de la Cámara de Representantes el 27 de mayo de 1997. En consecuencia, el procedimiento del Congreso se ciñó al trámite previsto en el artículo 167 de la Constitución, por lo tanto corresponde a esta Corporación decidir sobre la exequibilidad del proyecto de ley, según las objeciones presentadas.

Alcances de las objeciones presidenciales y del examen de la Corte.

4. El Presidente formula objeciones contra la totalidad del proyecto revisado. Sin embargo, todos sus cargos se orientan contra los artículos 2º y 3º, pues el Ejecutivo no impugna el artículo 4º sobre vigencia de la ley, ni que, como lo señala el artículo 1º, la Nación se asocie a la celebración del sesquicentenario de la ciudad de Manizales, y rinda tributo de gratitud y admiración a sus fundadores y a las excelsas virtudes de sus habitantes. Por ende, y teniendo en cuenta que la Corte no revisa oficiosamente los proyectos de ley sino únicamente las específicas objeciones presidenciales, esta Corporación se inhibirá de estudiar los artículos 1º y 4º, y se contraerá al análisis de las objeciones contra los artículos 2º y 3º del presente proyecto

Autorización, apropiación presupuestal y reparto de competencias entre el Congreso y el Gobierno.

5. Comienza la Corte por estudiar la tercera objeción, por cuanto ella constituye un ataque global contra los dos artículos. En efecto, el Gobierno considera que los artículos 2º y 3º del proyecto violan el artículo 150 ordinal 11, pues el Congreso no puede, en una ley que decreta gasto público, ordenar los traslados presupuestales para que se ejecuten las obras programadas. Por su parte, el Congreso considera que esta objeción no es de recibo ya que el proyecto no ordena una apropiación sino que se limita a decretar un gasto de inversión. Entra pues la Corte a examinar esta objeción.

La Constitución, y tal y como lo ha señalado esta Corporación², atribuye competencias diferenciadas a los órganos del Estado según los diversos momentos de desarrollo de un gasto público. Así, en relación con la objeción presidencial en

² Ver, entre otras, las sentencias C-490/94, C360/96, C-017/97 y C-192/97

el presente caso, es necesario distinguir entre una ley que decreta un gasto y la ley anual del presupuesto, en la cual se apropian las partidas que se considera que deben ser ejecutadas dentro del período fiscal respectivo. Así, esta Corte ha señalado que, salvo las restricciones constitucionales expresas, el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público. Sin embargo, corresponde al Gobierno decidir si incluye o no en el respectivo proyecto de presupuesto esos gastos, por lo cual no puede el Congreso, al decretar un gasto, “ordenar traslados presupuestales para arbitrar los respectivos recursos”³. Por ende, el escrutinio judicial para determinar si en este aspecto una ley es o no constitucional consiste en analizar si la respectiva norma consagra “un mandato imperativo dirigido al ejecutivo”, caso en el cual es inexecutable, “o si, por el contrario, se trata de una ley que se contrae a decretar un gasto público y, por lo tanto, a constituir un título jurídico suficiente para la eventual inclusión de la partida correspondiente, en la ley de presupuesto”⁴, evento en el cual es perfectamente legítima.

6. El inciso primero del artículo segundo del proyecto objetado señala:

“En desarrollo de los artículos 150 (numerales 3 y 15) y 151 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional ejecutará las siguientes obras de beneficio común en la ciudad de Manizales, así: (subrayas no originales)

“El verbo rector de la disposición establece no una autorización para un gasto sino que ordena la ejecución de una serie de obras públicas. Si tal es el sentido de la norma, es claro que el artículo es inconstitucional, pues el Congreso estaría invadiendo la competencia del Gobierno. Sin embargo, el artículo 3º del mismo proyecto señala:

“Autorízase al Gobierno Nacional para efectuar las operaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley”.

Podría entonces argumentarse que el artículo 2º debe ser interpretado a partir del artículo 3º, y por ende podría concluirse que la primera norma incurre en un error técnico, y que el objetivo del proyecto no es obligar al Ejecutivo a realizar las erogaciones sino simplemente habilitarlo para efectuar las correspondientes apropiaciones, como lo señala el artículo 3º. Sin embargo, la Corte no considera de recibo esa interpretación, ya que una lectura sistemática de los dos artículos lleva a concluir que el proyecto efectivamente ordena un gasto público, y no se limita a autorizarlo. En efecto, el artículo tercero autoriza al Gobierno a efectuar las operaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de la ley, esto es, para la ejecución de las obras ordenadas -y no simplemente autorizadas- en el artículo

³ Sentencia C-490/94. MP, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sentencia C-360/94. MP, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.

2°. Por consiguiente, el artículo 3° es una norma instrumental para dar cumplimiento al artículo 2°, por lo cual es el artículo 3° el que debe ser interpretado a la luz del artículo 2°, y no a la inversa. El Gobierno debe entonces efectuar las obras señaladas en el artículo 3°, para lo cual el proyecto lo dota de los instrumentos necesarios, a saber, lo autoriza a efectuar las correspondientes operaciones presupuestales. Por ende, la Corte concluye que la objeción del Gobierno es fundada, pues la ley no se limita a decretar un gasto, sino que ordena su ejecución, por lo cual el Gobierno se encuentra sujeto a un deber de darle aplicación mediante la incorporación del gasto en los proyectos de ley relativos al plan de inversiones y el Presupuesto Nacional. Por consiguiente, la Corte concluye que los artículos 2° y 3° del proyecto objetado son inexecutable.

Principio de conservación del derecho y objeciones presidenciales.

7. Esta determinación no contradice la sentencia C-360/96, en donde la Corte realizó un análisis en parte diferente, frente a la objeción del gobierno contra un artículo que aparentemente ordenaba una apropiación presupuestal, pues señalaba literalmente “apropiarse dentro del presupuesto”. En aquella ocasión la Corte consideró que esa norma debía ser armonizada con otra disposición del mismo proyecto que señalaba que “el Gobierno Nacional, queda autorizado para efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias, hacer los traslados presupuestales requeridos para el cumplimiento de la presente Ley”. La Corte concluyó entonces que la intención del Congreso no era la de impartir una orden al Gobierno, sino la de autorizar la inclusión del gasto en el presupuesto. Dijo entonces la Corte:

“De la disposición transcrita resulta claro que la intención del legislador no era la de disponer traslados presupuestales para arbitrar los recursos de que trata la norma estudiada y, por consiguiente, obligar al ejecutivo a realizar las erogaciones correspondientes con cargo al tesoro público. Simplemente, se buscaba habilitar al Gobierno nacional para efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias, que no es otra cosa que autorizarlo, en los términos del artículo 346 de la Carta, para incluir el respectivo gasto en el proyecto de la ley de presupuesto.

“En consecuencia, la Corte entiende que la norma estudiada no hace otra cosa que decretar un gasto público que, en los términos de la Constitución y la ley, podrá ser incluido en el presupuesto de gastos. En este sentido, la expresión “apropiarse” debe ser entendida en el único sentido constitucionalmente legítimo, como la habilitación para que el ejecutivo incluya el gasto en el respectivo proyecto de la ley de presupuesto.

“Si este error de técnica legislativa fuera valorado como la voluntad unívoca del congreso de ordenar, a través de una ley, la inclusión perentoria de un gasto en la ley de apropiaciones, tendría que ser declarado inexecutable, pues como lo ha reiterado esta Corporación, las competencias en materia de gasto público están

distribuidas de manera tal que sólo el Gobierno puede definir el contenido del proyecto de presupuesto que deberá ser presentado al congreso, sin perjuicio de que a su turno, el órgano ejecutivo deba sujetarse a las disposiciones constitucionales pertinentes”.

A partir de lo anterior, la Corte declaró infundadas las objeciones presidenciales y exequible el artículo “bajo el entendido de que el mencionado proyecto se limita a decretar un gasto público”.

8. La Corte considera que, a pesar de la similitud de los casos, existen dos diferencias esenciales que explican por qué las determinaciones tomadas son diferentes.

De un lado, el artículo impugnado en la sentencia C-360/96 ordenaba “aprópiase dentro del presupuesto”, por lo cual era razonable interpretarlo a la luz del siguiente artículo del proyecto que autorizaba al Gobierno a “efectuar apropiaciones”, ya que, en estricta lógica jurídica, existía una incongruencia entre las dos disposiciones, ya que la primera hacía obligatorio lo que la segunda simplemente autorizaba. En el presente caso la situación es diferente, pues el artículo 2º utiliza otro lenguaje, ya que señala que el Gobierno “ejecutará las siguientes obras”, mientras que el artículo 3º autoriza al gobierno a efectuar las operaciones presupuestales necesarias para “el cumplimiento de lo dispuesto” en el proyecto. No existe entonces incongruencia entre las dos normas sino perfecta armonía, ya que el primer artículo ordena la realización de unas obras, mientras que el segundo confiere al gobierno facultades presupuestales para ejecutar esas obras, con lo cual es claro que el proyecto está disponiendo una erogación presupuestal, pues la obras deben inevitablemente ser realizadas.

9. Con todo, podría argumentarse que la Corte hubiera podido mantener la norma objetada, efectuando una exequibilidad condicionada, tal y como se hizo en la sentencia C-360/96. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso no es procedente realizar una exequibilidad condicionada ya que no tiene operancia el principio de “conservación del derecho” que le sirve de sustento. Según este principio, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático⁵. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento.

Este principio opera claramente en relación con las normas vigentes, pero su aplicación en los casos del trámite de objeciones presidenciales tiene menor peso, ya que la norma legal aún no se encuentra en vigor, pues se trata de un proyecto

⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-100/96. Fundamento Jurídico No 10 y C-065/97.

de ley. Además, la propia Constitución regula de manera diferente el trámite de las objeciones, cuando la Corte las encuentra total o parcialmente fundadas. En efecto, el artículo 167 establece que si la Corte declara inexecutable el proyecto, éste “se archivará”. En cambio, si “la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte”. En tales circunstancias, cuando la fijación del contenido constitucionalmente admisible de uno o varios artículos permite que entre inmediatamente en vigor un proyecto que, en caso contrario, debería ser archivado, o retornado a las cámaras para ser rehecho (C.P. art. 167), es factible que la Corte recurra a un sentencia condicionada. Sin embargo, este tipo de sentencias no tiene ninguna utilidad cuando, debido a que otras objeciones se encuentran fundadas, inevitablemente, el proyecto será de todas formas declarado parcialmente inexecutable, por cuanto en tal caso, y conforme lo señala el artículo 167, el proyecto retorna al Congreso para que éste rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte, a fin de que ésta pronuncie un fallo definitivo sobre el tema. Por ende, en tales casos, respeta mejor el principio democrático y la seguridad jurídica, que la Corte declare inexecutable la disposición, pues el Congreso tiene la posibilidad de rehacer e integrar los artículos afectados.

Ahora bien, en el presente caso, como se verá, algunas de las otras objeciones del Gobierno se encuentran fundadas. El proyecto de todos modos tiene que ser devuelto a las Cámaras, por lo cual no se justifica la realización de una sentencia de constitucionalidad condicionada. Los artículos 2° y 3° serán entonces declarados inexecuibles.

Leyes que decretan inversiones y plan de desarrollo.

10. A pesar de que los artículos objetados serán declarados inexecuibles, es necesario que esta Corporación, por razones de economía procesal, se pronuncie sobre los otros cargos formulados por el Ejecutivo, ya que el proyecto de todos modos será devuelto a las Cámaras, a fin de que éstas lo rehagan conforme al dictamen de la Corte. Entra pues la Corte a estudiar las dos primeras objeciones.

11. Según el Gobierno, el artículo 2° consagra unas inversiones que no fueron previstas en el Plan Nacional de Desarrollo, por lo cual es inconstitucional, ya que las apropiaciones presupuestales deben responder a las necesidades planteadas como prioritarias en el mencionado plan. Según el Congreso, esta objeción no es de recibo, por cuanto no todas las inversiones deben estar contenidas en el plan. En términos generales, la Corte coincide con el criterio del Congreso, pues el artículo 339 de la Carta específicamente señala que el plan de inversiones “contendrá los presupuestos plurianuales de los *principales* programas y proyectos de inversión” (subrayas no originales). Por ello, en anteriores ocasiones, esta Corporación ya había señalado que el plan de inversiones incorpora “los

principales proyectos de inversión pública nacional”, por lo cual “el plan ordena las prioridades en materia de inversión pública y no pretende detallar y hacer una lista taxativa de todos y cada uno de los proyectos que decide acometer la nación.⁶” En ese orden de ideas, no se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley que decreta una inversión únicamente porque el nuevo proyecto no se encuentra contenido en el plan de inversiones.

12. Lo anterior no significa empero que el plan de inversiones no sea relevante en el estudio de las normas que decretan inversiones, ya que la Carta señala con claridad que la ley del plan tiene prevalencia sobre las otras leyes (C.P. art. 341), por lo cual es obvio que una ley ordinaria no puede modificar la ley del plan. Por consiguiente, si bien el Congreso puede decretar una inversión que no se encuentra en el plan de desarrollo, lo cierto es que esa nueva inversión debe ser compatible con el Plan, lo cual tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa. De un lado, la nueva inversión nacional no sólo no puede contradecir las orientaciones del plan de desarrollo sino que debe encontrar algún sustento en las opciones políticas adoptadas en el mismo. De otro lado, la nueva inversión no puede ser de tal magnitud que modifique las propias prioridades definidas en el plan, pues estaríamos en frente no de una inversión cualquiera sino de una de aquellas que, obligatoriamente, por su carácter principal, tiene que estar contenida en el plan de inversiones. Estas exigencias son necesarias pues admitir que cualquier ley pueda decretar una inversión de enorme magnitud, o un gasto incompatible con las orientaciones y estrategias del plan, convertiría en irrelevante la noción misma de planificación, y eliminaría la prevalencia que la Carta reconoce a la ley del plan.

13. Con los anteriores criterios, entra la Corte a estudiar la compatibilidad con el plan de desarrollo de las inversiones señaladas en el proyecto objetado.

El literal a) del artículo 2º del proyecto de ley objetado, autoriza una partida presupuestal para la erradicación de viviendas situadas en zonas de alto riesgo en Manizales. Ahora bien, la Ley 188 de 1995, o ley del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones de 1995 a 1998, describe como subprograma estratégico para la acción estatal gubernamental, la realización de obras para el “mejoramiento de vivienda” y la construcción de “grandes obras de mitigación de riesgos”, para lo cual se pretende con la creación de subsidios otorgados por el INURBE, los municipios y los Fondos de Cofinanciación de Inversión Social y de Infraestructura Urbana y la Red de Solidaridad, otorgar un apoyo nacional a los municipios en la orientación de las políticas de vivienda social urbana. Así mismo, se facilita el subsidio de un “subprograma de vivienda nueva”, para familias de menos de dos salarios mínimos mensuales de ingreso (art. 20 numeral 1.9.1.). En el mismo sentido, el numeral

⁶ Sentencia C-017/97. MP, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver sentencia C-360/96. Fundamento Jurídico No 7.

1.10 del artículo 20 de la ley del plan describe la intensión gubernamental de fortalecer “la capacidad administrativa de las ciudades y poblaciones en el diseño de instrumentos de regulación y normatividad urbana, el desarrollo de proyectos de vivienda y entorno, y gestión de servicios públicos, transporte y equipamiento”. Finalmente, el numeral 6.9. señala como propósito gubernamental, la constitución de una partida con destino al Fondo de calamidades, cuyo objeto es prevenir las emergencias y los desastres. En consecuencia, la Corte encuentra que la autorización legal del gasto que se efectúa en literal a) del artículo 2º del proyecto de ley objetado, encuentra amplio sustento en la ley del plan.

De otro lado, el literal b) del artículo 2º del proyecto de ley que se objetó prevé una partida presupuestal para la construcción de un empalme con la vía al Magdalena y con la troncal de occidente. Por su parte el literal d) establece la construcción de la variante Norte del centro de la ciudad que conecte la carretera al Norte del Departamento con la Troncal de occidente. Estas inversiones armonizan con la ley del plan, la cual fija como uno de los propósitos del gobierno, y que estará a cargo de la nación, a través del Instituto Nacional de Vías, la “construcción de la infraestructura vial de la red troncal y transversal a su cargo” (art. 20 numeral 4.4.1.) y la ampliación de “la red actual a través de nuevos tramos y de vías de acceso a las troncales y transversales” (art. 20 numeral 4.4.1.1.2.).

En relación con el literal c) del artículo 2º, que prevé una partida presupuestal para inversión en infraestructura propia de una ciudad universitaria, la Corte encuentra dos normas que soportan la autorización de la partida. De un lado, el numeral 1.2.1. describe como objetivo de política gubernamental el “apoyo a la infraestructura cultural nacional y local”. Y, de otro lado, el numeral 1.4.2. incluye programas para el apoyo de la educación superior, cuya “inversión se orientará también al fortalecimiento institucional de las entidades públicas de educación superior y a su vinculación a un sistema universitario estatal”.

El numeral e) del artículo 2º objetado decretan una inversión a cargo de la nación para la construcción de una vía intermunicipal. Ahora bien, si se observan los numerales 4.4.1.2.1. y 4.4.1.2.4. del artículo 20, se puede deducir claramente que estas inversiones encuentran respaldo en la ley del plan, pues se contempla un subprograma de red secundaria a cargo del instituto Nacional de Vías, quien destinará recursos a las “vías de la red de las entidades territoriales mientras se realiza la transferencia”, para lo cual a través del Fondo de Cofinanciación de vías se “permitirá que se amplíe la cobertura de las redes secundarias”.

Finalmente, la Corte considera que la inversión que se decreta para la construcción de un parque aparentemente para la protección ecológica, preservación de cuencas hidrográficas y la conservación de bosques primarios, también encuentra respaldo en la ley del plan. Así, los numerales 7.1, 7.2 y 7.3, señalan como objetivos gubernamentales la protección de ecosistemas estratégicos, para lo cual se diseña un subprograma de “consolidación del sistema de parques

nacionales naturales y conservación y uso sostenible de la biodiversidad busca fortalecer y consolidar el actual sistema de parques nacionales naturales”. Así mismo, se busca “mantener la productividad de los sistemas hídricos y mejorar la eficiencia en el uso del agua” y “contrarrestar la alta deforestación y la presión sobre los bosques naturales del país, mediante la formulación y puesta en marcha de una política forestal”. Con todo si, como se verá, realmente no se trata de una reserva ecológica sino de un parque municipal de contenido urbanístico, este sustento en el plan de desarrollo desaparece.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que ninguno de esos proyectos es de tal magnitud que obligatoriamente hubiera debido ser incluido en el plan de desarrollo, la Corte concluye que la primera objeción no se encuentra fundada.

Inversiones nacionales y reparto de competencias entre la Nación y los municipios.

14. El Gobierno considera que el proyecto viola el artículo 357 de la Carta por cuanto varias de las obras previstas no pueden ser adelantadas directamente por la Nación, ya que corresponden a los municipios, según el reparto de competencias efectuado por el artículo 21 de la Ley 60 de 1993 y la Ley 99 de 1993. Según el Congreso, la objeción no tiene fundamento pues esas normas no impiden la participación de la Nación en esas inversiones. Entra pues la Corte a estudiar esas objeciones.

15. El artículo 21 de la Ley 60 de 1993, norma de carácter orgánico, efectuó un reparto de competencias entre la Nación y los municipios, y expresamente señaló en su parágrafo:

“En el Presupuesto General de la Nación, no podrán incluirse apropiaciones para los mismos fines de que trata este artículo, para ser transferidas a las entidades territoriales, diferentes a las participaciones reglamentadas en este capítulo, sin perjuicio de las apropiaciones presupuestales para la ejecución de funciones a cargo de la nación con participación de las entidades territoriales, y de las partidas de cofinanciación para programas en desarrollo de funciones de competencia exclusiva de las entidades territoriales”.

Por consiguiente, si las obras de inversión están destinadas a cubrir actividades que, según ese artículo, corresponden a los municipios, y no se encuentran en la excepción prevista de ser un servicio a cargo de la Nación, las objeciones del Gobierno son fundadas pues, tal y como ya lo señaló esta Corte al analizar el mismo tema⁷, se trataría de funciones municipales que se disponen al margen de los programas de cofinanciación, con lo cual se estaría desconociendo la prohibición

⁷ Ver sentencia C-017/97. MP, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

del párrafo del artículo 21 de la Ley 60 de 1993, que es norma orgánica. Por ende, se vulneraría el artículo 151 de la Carta, que expresamente sujeta la actividad legislativa a las leyes orgánicas que expida el mismo Congreso. Con todo, y como se señaló en la citada sentencia C-017/97, la Corte no descarta que en desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C.P., art. 288), la Nación pueda en ciertos eventos brindar apoyo económico adicional a los municipios en estas materias. Sin embargo, debe realizarse dentro del marco de la ley orgánica que distribuye competencias y recursos entre la nación y las entidades territoriales y siempre que, en aplicación de tales principios, ello sea procedente. Otra cosa sería fomentar una autonomía parasitaria y demasiado costosa en términos fiscales. La duplicación del gasto en las distintas esferas y la falta de una precisa alinderación de responsabilidades políticas, administrativas y presupuestales, socava el modelo de autonomía territorial consagrado en la Constitución Política”.

Entonces la Corte a analizar si las inversiones decretadas por el proyecto objetado corresponden o no a funciones atribuidas a los municipios por la ley 60 del artículo 21 de la ley 60 de 1993, y si caen o no en las excepciones previstas por el propio artículo 21, esto es, que se trate de funciones a cargo de la nación con participación de las entidades territoriales

16. El literal a) del artículo 2° del proyecto de ley objetado, autoriza una partida presupuestal para la erradicación de viviendas situadas en zonas de alto riesgo en Manizales. Ahora bien, el ordinal 12 del artículo 21 de la ley 60 de 1993 atribuye a los municipios la “prevención y atención de desastres” para lo cual deberán efectuar “adecuación de áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo” y reubicar asentamientos. Por ende, frente a ese literal, la objeción gubernamental es fundada.

De otro lado, el literal b) del artículo 2° del proyecto de ley que se objetó prevé una partida presupuestal para la construcción de carreteras de empalme con la vía al Magdalena y con la troncal de occidente. Por su parte el numeral d) decreta una inversión a cargo de la nación para la construcción de la variante Norte del centro de la ciudad que conecte la carretera al Norte del Departamento con la Troncal de occidente, mientras que el numeral e) establece un gasto nacional para el diseño, trazado y obras preliminares de la vía “Manizales - Villamaría - Chinchina. Ahora bien, el ordinal 15 del artículo 21 de la ley 60 de 1993 atribuye a los municipios la “construcción y mantenimiento de las redes viales municipales e intermunicipales”, por lo cual debe la Corte interrogarse si los gastos previstos corresponden a vías municipales o intermunicipales, caso en el cual la objeción se encuentra fundada, o si por el contrario son carreteras cuya responsabilidad es de la Nación, pues en tal evento la prohibición del párrafo artículo 21 no se aplicaría.

El artículo 12 de la Ley 105 de 1993 define la infraestructura de transporte a cargo de la Nación y señala que está constituida por:

"1. La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, que se define de acuerdo con los siguientes criterios:

"a. Las carreteras cuyos volúmenes de tránsito sean superiores a aquellas que sirven hasta un 80% del total de la red vial de carreteras.

"b. Las carreteras con dirección predominante sur-norte, denominadas troncales, que inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales.

"c. Las carreteras que unen las Troncales anteriores entre sí, denominadas Transversales, cuyo volumen de tránsito esté justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los Países limítrofes o con los puertos de comercio internacional.

"d. Las carreteras que unen las capitales de Departamento con la red conformada con los anteriores criterios, de acuerdo con su factibilidad técnica y económica; esta conexión puede ser de carácter intermodal.

"(...)".

Por su parte, y como ya se vio, los numerales 4.4.1.2.1. y 4.4.1.2.4. del artículo 20 del Plan Nacional de Desarrollo prevén un subprograma de red secundaria a cargo del instituto Nacional de Vías, quien destinará recursos a las "vías de la red de las entidades territoriales mientras se realiza la transferencia".

Conforme a estas normas, todo indica que las vías previstas por los literales b) y d) del artículo 2º objetado son de competencia de la Nación, por lo cual la impugnación del Gobierno no parece fundada frente a ellas, pues se trataría de una función de la Nación. En cambio, en el caso del literal e) la objeción encuentra fundamento ya que se trata, al parecer, de una vía típicamente intermunicipal. Corresponde entonces al Congreso, en asocio con el Ministerio del Transporte, determinar específicamente la naturaleza de estas vías pues, como se vio, la constitucionalidad de los gastos previstos por esos literales depende de ese elemento.

En relación con el literal c) relativo a la "Infraestructura de apoyo que reconozca y dinamice la calidad de Ciudad Universitaria", el Gobierno no formuló objeción específica relativa a que se trate de una función municipal que no puede ser acometida por la Nación, por lo cual la Corte no se pronunciará en relación con la misma.

17. El Gobierno funda la objeción sobre la construcción del Ecoparque los Alcázares y las obras de infraestructura relativas a la protección de la reserva ecológica de Monte León en el desconocimiento, según su criterio, de la Ley 99 de

1993, que determinó que la competencia para las obras ambientales previstas por el proyecto de ley no corresponde tampoco a la Nación. Esa objeción no es en principio de recibo pues, como bien lo señala el Congreso, no sólo esa misma ley reconoce que los organismos del orden nacional tienen funciones en lo relacionado con el medio ambiente, sino que, esa norma no tiene naturaleza orgánica sino que tiene la misma jerarquía de la ley que se pretende objetar.

Sin embargo, no por ello la objeción del Gobierno deja de tener fundamento, ya que el ordinal 10 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 atribuye a los municipios la "inversión en parques y plazas públicas". En ese orden de ideas, la Corte considera que es necesario distinguir entre un parque, en el sentido urbanístico del término, y un parque, en el sentido ecológico del mismo. El primero tiene un contenido esencialmente urbanístico y recreacional, pues es un sitio para mejorar el paisaje urbano y para el esparcimiento de las personas, por lo cual es natural que estas inversiones correspondan en principio a los propios municipios. En cambio, el segundo tiene una dimensión más estratégica pues busca salvaguardar sistemas ecológicos de particular riqueza, por lo cual en general la Nación debe contribuir también a su protección. Así, el Código de Recursos Naturales define, en su artículo 327, un parque nacional como un área con valor excepcional para el patrimonio nacional, debido sus particulares características naturales, culturales o históricas, por lo cual la Nación se la reserva.

En ese orden de ideas, y aun cuando es obvio que cualquier parque municipal tiene un cierto valor ecológico, la Corte entiende que cuando se trata de una obra que tiene esencialmente una dimensión urbanística y recreacional, se aplica la prohibición del artículo 21 de la Ley 60 de 1993, y no pueden entonces incluirse apropiaciones para tal efecto en el presupuesto nacional. Ahora bien, todo indica que, a pesar de su denominación, el Ecoparque los Alcázares - El Arenillo y la reserva ecológica de Monteleón tienen una naturaleza más urbanística, por lo cual la objeción gubernamental parecería tener fundamento. Corresponde entonces al Congreso, en asocio con Gobierno, determinar específicamente la naturaleza de estos parques, ya que la constitucionalidad de los gastos previstos en ese literal depende de ese elemento.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero. Declararse **INHIBIDA** para conocer de los artículos 1° y 4° de las Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley N° 157/95 Senado y 259/95 Cámara "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia", por ausencia de sustentación específica de la objeción presidencial contra esas disposiciones.

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLES** los artículos 2º y 3º del proyecto de Ley N° 157/95 Senado y 259/95 Cámara “Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia”, por encontrar fundadas las objeciones presidenciales.

Tercero. Teniendo en cuenta que el proyecto de Ley N° 157/95 Senado y 259/95 Cámara “Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia” es parcialmente inexecutable, por Secretaría General de la Corte envíese el expediente al Presidente del Senado de la República para que dé aplicación a lo previsto en el artículo 167 de la Constitución.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al presidente de la república y al presidente del congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional, HACE CONSTAR QUE el doctor José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día 10 de julio de 1997 por encontrarse en comisión oficial en el exterior

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-325
Julio 10 de 1997

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Aprobación leyes que comporten gasto público / **GOBIERNO NACIONAL** - Libertad de inclusión gasto público en proyecto de presupuesto / **OBJECION PRESIDENCIAL** - Celebración años municipio de Baranoa y construcción de obras

La Corte Constitucional ha señalado que, salvo las restricciones expresamente contenidas en la C.P., el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público, en cuyo caso el Gobierno decidirá libremente si los incluye en el respectivo proyecto de presupuesto. La redacción imperativa del precepto no faculta al Gobierno Nacional para apropiar los recursos necesarios destinados a las obras contempladas en el artículo, sino que le exige presentar un proyecto de presupuesto en el cual conste el gasto público que se decreta. La expresión deóntica utilizada por el Congreso, a juicio de la Corte es unívoca y de ella se infiere con claridad que el Gobierno se encuentra sujeto a un deber de darle aplicación mediante la incorporación del gasto en los proyectos de ley relativos al plan de inversiones y el Presupuesto Nacional. Por consiguiente, se dispondrá la inexequibilidad de la norma.

Ref.: Expediente O.P. 015

Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamentc de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Aprobado por Acta No. 28.

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso en el cual la Corte resuelve sobre las objeciones presidenciales planteadas por motivos de inconstitucionalidad al Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado “Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras”.

I. TEXTO DE LA NORMA OBJETADA

“El Congreso de Colombia

“DECRETA:

“Artículo 1°: La Nación se asocia a la Celebración de los ciento treinta y nueve años (139) de vida administrativa del Municipio de Baranoa, Departamento del Atlántico y exalta su empuje y tesón por lograr un real desarrollo económico y social.

“Artículo 2°: Ríndase homenaje y tributo de admiración a las gentes del Municipio de Baranoa, Departamento del Atlántico, como reconocimiento a su valioso aporte al progreso e integración de la comunidad atlanticense.

“Artículo 3°: El Gobierno Nacional, incluirá en el Plan de Inversiones Públicas, Presupuesto de Rentas y ley de Apropiações las partidas necesarias para efectuar los estudios técnicos y la posterior ejecución de las obras necesarias para efectuar la canalización, construcción de alcantarillas de cajón, y los puentes que se necesiten sobre los arroyos «CIEN PESOS» y «ARROYO GRANDE» en las zonas que recorren, ubicadas en el casco urbano del Municipio de Baranoa (Atlántico).

"Artículo 4º: Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar los contratos necesarios con el fin de dar cumplimiento a lo contenido en la presente ley.

"Artículo 5º: La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación".

II. ANTECEDENTES

1. Mediante oficio del 12 de junio del año en curso, y con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 167 de la Carta Política, el Secretario General del Senado de la República remitió a la Corporación el proyecto de Ley Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras" que fue objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad.

2. El trámite legislativo del proyecto de ley fue el siguiente:

El proyecto de Ley fue presentado el día 11 de Octubre de 1995 ante la Cámara de Representantes. El día 13 de diciembre de 1995 la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes aprobó por unanimidad, en primer debate, el proyecto de ley (folio 13).

Según constancia de la Secretaría General de la Cámara de Representantes del día 18 de junio de mil novecientos noventa y seis, en la fecha la Plenaria de la Cámara de Representantes aprobó, mediante el voto unánime de los 144 representantes asistentes, el proyecto de ley en segundo debate.

El Secretario General de la Comisión Cuarta del Senado de la República dejó constancia de que el día 23 de octubre se aprobó por unanimidad el proyecto de ley en cuestión (folio 54). En el folio 59 aparece constancia de la aprobación del proyecto de ley en la plenaria del Senado de la República.

Mediante oficio recibido en el Departamento Administrativo de la Presidencia el día 20 de diciembre de 1996, el Presidente de la Cámara de Representantes hace llegar al Presidente de la República el expediente legislativo y el texto del proyecto de ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras".

El Presidente de la República, mediante comunicación de diciembre 23 de 1996, remite al Presidente de la Cámara de Representantes el proyecto de ley sin sanción presidencial, objetándolo por razones de inconstitucionalidad.

El día 23 de abril de 1997, según aparece en el folio 87, la Cámara de Representantes aprobó el informe de la comisión encargada de estudiar las objeciones presidenciales al proyecto de ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras".

En respuesta a las prueba decretada por el Magistrado Ponente, la Secretaría General del Senado de la República comunica a la Corte que en sesión ordinaria del 3 de junio de 1997, el Senado de la República aprueba el informe elaborado por la Comisión senatorial encargada de estudiar las objeciones presidenciales.

3.- Con fecha 20 de junio del presente año, la Secretaría General de la Corte Constitucional recibió el concepto del Procurador General. El expediente fue remitido al despacho del Magistrado Ponente el día 23 de junio de 1996.

III. OBJECIONES DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

El Gobierno considera que, de conformidad con la Carta (inciso 2° del artículo 154, y artículos 339 y 346) únicamente al Gobierno compete determinar las inversiones que se incluyen en el Plan de Inversiones Públicas y en el Presupuesto General de la Nación. Cualquier proyecto que el Congreso considere que debe incluirse debe contar, para tal efecto, con el aval gubernamental.

Contrariando lo anterior, el artículo 3° del Proyecto de Ley objetado ordena al Gobierno Nacional incluir dentro del Plan de Inversiones Públicas, en el Presupuesto de Rentas y Gastos y en la Ley de Apropriaciones, los recursos destinados a ejecutar los proyectos definidos en la misma norma.

Por otra parte, el artículo 4° del Proyecto de Ley objetado concede al Gobierno Nacional una autorización no solicitada, en clara contravención de la Constitución que exige iniciativa gubernamental en la materia.

Para el presente caso, manifiesta el Gobierno, no es aplicable la Sentencia C-360 de 1996. En dicha ocasión, señala el Presidente, la Corte encontró ajustado a la Carta el proyecto de ley bajo la consideración de que la forma imperativa utilizada -aprópiese- debía entenderse en armonía con la autorización al Gobierno Nacional para efectuar las apropiaciones necesarias, con lo cual se purgaba el vicio de técnica legislativa. La anterior situación no se observa en este caso, ya que la orden se refuerza mediante una autorización, que es de iniciativa gubernamental.

IV. INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

El Congreso de la República insistió en la aprobación del Proyecto de Ley N° 162 de 1994 Senado-286 de 1995 Cámara, con base en los argumentos que se exponen a continuación.

El Congreso de la República considera que la ley objetada, lejos de desconocer las competencias y atribuciones del gobierno, se limita a desarrollar la facultad legislativa para decretar gasto público, la cual ha sido refrendada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Al respecto, en el informe de la Cámara de Representantes, adoptado por el Senado de la República, se afirma que “analizado los soportes constitucionales que invoca el gobierno nacional para objetar el citado proyecto de ley, vemos claramente que no alude a la iniciativa del legislativo en materia de gasto público, esto implica que las partidas contempladas en los proyectos de ley objetados podrán ser incorporados en el plan de inversiones del próximo cuatrienio...”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, luego de recordar que la Carta autoriza al Congreso de la República para decretar gasto público y que corresponde al ejecutivo definir su inclusión en el presupuesto de gastos según las necesidades sociales inaplazables, la existencia de recursos y la consonancia con el Plan Nacional de Desarrollo, indica que el Congreso en ningún caso puede imponerle al Gobierno la obligación de incluir “partidas que garanticen la ejecución de erogaciones decretadas mediante ley anterior”.

En segundo lugar el Procurador señala que, conforme a las normas constitucionales, la elaboración del proyecto de ley del plan de desarrollo está sometido a especiales condiciones y que compete al gobierno presentarlo al Congreso. Además, como expresamente lo dispone la Carta, las modificaciones que el Congreso considere oportuno introducir a dicho plan, deben mantener el equilibrio financiero propuesto y contar con el visto bueno del Gobierno Nacional.

Del contenido normativo del proyecto de ley objetado el Procurador entiende “que su finalidad es la de modificar tanto la Ley de Apropiações como la de Inversiones Públicas”, desconociendo el mandato constitucional de los artículos 150-3-15, 154, 341 y 346 de la Carta, y ordenando al Gobierno, sin su anuencia, incluir partidas en el Plan de Inversiones Públicas, en el Presupuesto de Rentas y en la Ley de Apropiações, a fin de adelantar obras en el Municipio de Baranoa. Por otra parte, tal decisión legislativa puede alterar el equilibrio macroeconómico, “máxime en las actuales circunstancias de austeridad del gasto público”.

Por último, estima que “proyectos de este género desbordan los mandatos del artículo 150-15 de la Constitución, pues bajo el pretexto de decretar honores, el legislativo no puede modificar el esquema de planificación macroeconómica del Estado”.

VI. FUNDAMENTOS

Competencia.

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas del Proyecto de Ley objetadas por el Presidente de la República, según lo dispuesto en los artículos 167, inciso 4° y 241, numeral 8° de la Carta Política.

La Objeción Presidencial.

2. Antes de entrar al análisis de la objeción formulada por el Presidente de la República es preciso señalar que si bien se objeta la integridad del proyecto de ley, los argumentos expuestos por la presidencia se limitan a cuestionar la constitucionalidad de los artículos 3 y 4 del proyecto, a los cuales la Corte limitará su estudio.

De otra parte, aunque el Presidente presenta una única objeción, de la lectura del escrito presentado al Congreso se desprende que existen argumentos distintos frente a los dos artículos objeto de control constitucional.

Objeción al artículo 4°.

3. El Presidente considera que la autorización contenida en el artículo 4° debe ser solicitada por el Gobierno Nacional, según lo dispone el artículo 154 de la Carta. En los informes elaborados en una y otra cámara, el Congreso de la República nada dice al respecto. En consecuencia, la Corte entiende que el legislador acepta la objeción presentada por el Gobierno, ya que el artículo 167 de la Carta exige, para efectos del control constitucional sobre las objeciones presentadas por el Presidente de la República, que el Congreso insista en el proyecto, es decir, que se oponga a cada una de las objeciones presentadas por el Presidente de la República.

Por otra parte, ello explica que el Presidente del Senado de la República exprese en su comunicación a la Corte Constitucional que las objeciones presentadas por el ejecutivo fueron “declaradas infundadas parcialmente por el Congreso”¹.

¹ Oficio de Junio 4 de 1997, recibido el día 13 de Junio de 1997.

Objeción al artículo 3°.

4. El Gobierno Nacional y el Procurador General de la Nación consideran que si bien el Congreso es competente para decretar gasto público, dicha competencia no le autoriza para imponer la obligación al primero de modificar el Presupuesto de la Nación, ni mucho menos para introducir cambios en el Plan Nacional de Desarrollo.

El Congreso, por su parte, manifiesta que la norma se limita a decretar gasto público y que las partidas pueden ser introducidas en el plan de desarrollo para el siguiente cuatrienio.

5. La Corte Constitucional ha señalado que, salvo las restricciones expresamente contenidas en la C.P., el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público, en cuyo caso el Gobierno decidirá libremente si los incluye en el respectivo proyecto de presupuesto.

En la sentencia C-360 de 1996, la Corte reiteró dicha doctrina en los siguientes términos:

“9. Como lo señaló la sentencia C- 490 de 1994 de esta Corporación, el principio general que rige la competencia del Congreso y de sus miembros en materia de iniciativa legislativa no es otro que el de la libertad. En efecto, el principio democrático (C.P. art. 1), la soberanía popular (C.P. art. 3), la participación ciudadana en el ejercicio del poder político (C.P. art. 40), la cláusula general de competencia (C.P. art. 150), y especialmente, la regla general establecida en el artículo 154 de la Carta que consagra el principio de la libre iniciativa, permite concluir que, con excepción de las específicas materias reservadas por la propia Constitución, la directriz general, aplicable a la iniciativa legislativa de los miembros del congreso, es la de la plena libertad”.

Al respecto, la sentencia C-490 de 1994 precisó:

“«(3) El principio general predicable del Congreso y de sus miembros en materia de iniciativa legislativa no puede ser otro que el de la libertad. A voces del artículo 154 de la C.P.: ‘Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 146, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución’.

»Por vía excepcional, la Constitución, en el artículo citado, reserva a la iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150, así como aquellas que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas,

las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

»Salvo el caso de las específicas materias de que pueden ocuparse las leyes mencionadas, no se descubre en la Constitución una interdicción general aplicable a la iniciativa de los miembros del Congreso para presentar proyectos de ley que comporten gasto público».

“10. Las materias que de manera excepcional están reservadas a la iniciativa del Gobierno, se encuentran expresamente consagradas en el mismo artículo 154 de la Carta y se refieren exclusivamente al Plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas (C.P. art. 150-3); a la estructura de la administración nacional (C.P. art. 150-7); a las autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos (C.P. art. 150-9); al presupuesto general de la Nación (C.P. art. 150-11); al Banco de la República y su Junta Directiva (C.P. art. 150-22); a las normas generales sobre crédito público, comercio exterior y régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso y de la Fuerza Pública (C.P. art. 150-19, literales a), b) y e)); a la participación en las rentas nacionales o transferencias de las mismas (C.P. art. 154); a los aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales (C.P. art. 154); a las exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales (C.P. art. 154).

“Como lo ha señalado esta Corporación, las excepciones que establece la Constitución y que son de interpretación restrictiva, no pueden ser ampliadas a través de normas jurídicas de inferior jerarquía, menos aún si ellas limitan, como en el caso concreto, el despliegue del principio democrático de la libre iniciativa, consagrado como regla general en el primer inciso del artículo 154.

“11. Las leyes que decretan gasto público —de funcionamiento o de inversión— no se encuentran constitucionalmente atadas a la iniciativa gubernamental y, por lo tanto, no resulta legítimo restringir la facultad del Congreso y de sus miembros, de proponer proyectos sobre las referidas materias, con la obvia salvedad de que la iniciativa de su inclusión en el proyecto de presupuesto corresponde exclusiva y discrecionalmente al Gobierno”.

6. En la citada sentencia, la Corte fijó como criterio para analizar las leyes que decretan gasto, la necesidad de verificar si el Congreso de la República imparte una orden al ejecutivo —caso en el cual la disposición debía reputarse inconstitucional— o si se limita a habilitarlo para incluir el gasto decretado en el proyecto de presupuesto —lo que constituye una expresión legítima de las atribuciones del Congreso—.

Con ocasión del examen constitucional de las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley N° 162/94 Senado - 186/95 Cámara “Por medio de la cual la Nación se asocia a los cincuenta años de la fundación de la Universidad del Valle y se dictan otras disposiciones”, la Corte realizó un análisis que armonizaba la disposición legal objetada con el artículo 3° del citado proyecto, para concluir que resultaba evidente que la intención del Congreso no era la de impartir una orden al Gobierno, sino la de autorizar la inclusión del gasto en el presupuesto.

Dicho análisis no es procedente en el presente caso. El artículo tercero del Proyecto de Ley N° 162/94 Senado - 186/95 Cámara “Por medio de la cual la Nación se asocia a los cincuenta años de la fundación de la Universidad del Valle y se dictan otras disposiciones” era del siguiente tenor:

“Artículo Tercero: El Gobierno Nacional, queda autorizado para efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias, hacer los traslados presupuestales requeridos para el cumplimiento de la presente Ley”.

En el Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado “Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras”, en cambio, no sólo no existe norma similar, sino que respecto del artículo 4° el Congreso de la República encontró fundada la objeción presidencial y, en consecuencia, la norma carece de existencia. El análisis de la intención del legislador se limitará, por lo tanto, a lo prescrito en el artículo 3° objetado.

7. La fórmula utilizada por el legislador reviste las características de una orden. El artículo 3° objetado dispone que el “Gobierno Nacional, **incluira...**”. Resulta evidente que la redacción imperativa del precepto no faculta al Gobierno Nacional para apropiar los recursos necesarios destinados a las obras contempladas en el artículo, sino que le exige presentar un proyecto de presupuesto en el cual conste el gasto público que se decreta.

8. El Congreso, en su respuesta a la objeción, considera que en ningún caso está ordenando al Gobierno “incluir” el gasto en el presupuesto. En su concepto, la norma no hace más que decretar el gasto conforme a sus competencias, sin perjuicio de que el Gobierno libremente la incorpore o no en el proyecto de presupuesto.

La Corte no comparte dicha apreciación. La expresión deóntica utilizada por el Congreso, a juicio de la Corte es unívoca y de ella se infiere con claridad que el Gobierno se encuentra sujeto a un deber de darle aplicación mediante la

incorporación del gasto en los proyectos de ley relativos al plan de inversiones y el Presupuesto Nacional. Por consiguiente, se dispondrá la inexequibilidad de la norma.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 3° del Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras".

Segundo. Declararse **INHIBIDA** para conocer del artículo 4° del Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras", por cuanto el Congreso de la República se abstuvo de producir el acto constitucional de insistencia en la constitucionalidad de la norma y, en consecuencia, declaró fundada la objeción presidencial a dicha disposición.

Tercero. Declararse **INHIBIDA** para conocer de los artículos 1, 2 y 5 del Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley N° 132/95 Cámara-07/96 Senado "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras", por ausencia de sustentación específica de la objeción presidencial a las mismas.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La Suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional HACE CONSTAR QUE que el Doctor José Gregorio Hernández Galindo no asistió a la sesión de la Sala Plena celebrada el día 10 de julio de 1997 por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-337
Julio 17 de 1997

DEMOCRACIA - Participación del ciudadano / SUFRAGIO -
Participación del ciudadano

Entendida la democracia, desde el punto de vista formal, como “un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad”, ha de aceptarse que la participación de los ciudadanos en la toma de esas decisiones es elemento fundamental, sin el cual no puede concebirse la existencia de dicho sistema. Si el sufragio es medio esencial para la participación del ciudadano en el ejercicio del poder político, es deber del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” e implementar los “mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de ese derecho a los ciudadanos”.

DERECHO AL VOTO-Principal mecanismo de participación del
ciudadano/VOTO-Derecho y deber

El derecho al voto es el principal mecanismo de participación ciudadana. Desde este punto de vista, las normas constitucionales que facultan a los ciudadanos para ejercer el sufragio, obligan correlativamente a las autoridades electorales a hacer posible el ejercicio de tal derecho, que halla su opuesto en el no-derecho de los demás -particulares y autoridades-, a impedirles que lo hagan con entera libertad. Las mismas normas que consagran el ejercicio del voto como una actividad esencialmente libre, hacen inmune al abstencionista a la acción del legislador tendiente a prohibir el no ejercicio del derecho al voto, o a atribuirle alguna pena, a la vez que hacen incompetente al Congreso para actuar de ese modo, “pues el sufragante conserva en todo caso el derecho de abstenerse de votar, votar en blanco o hacerlo en favor de cualquier candidato”. Resultaría paradójico que el legislador, no siendo competente para criminalizar la abstención -conducta no plausible-, tampoco pudiera incentivar la conducta ciudadana -ésta sí plausible- que se le opondría: soportar la carga que significa ejercer conscientemente el voto. Cuando la Constitución consagra el sufragio como un derecho y un deber, el legislador tiene la posibilidad de desestimular

la conducta abstencionista y de estimular el sufragio. Si el voto de los ciudadanos es necesario para legitimar la democracia, el legislador no sólo puede sino que debe estimular el voto, claro está, sin vulnerar principios constitucionales como el contenido en el artículo 13.

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Incentivos legales para votar

Es claro que el Congreso de la República tiene competencia para regular las funciones electorales como ya lo ha hecho; y si bien tal competencia no le habilita para prohibir o sancionar la abstención, nada obsta desde el punto de vista constitucional, para que cree incentivos legales destinados a favorecer a aquellos que cumplan con el deber ciudadano de participar, a través del ejercicio del voto, en la vida política del país, siempre y cuando todas las personas llamadas a sufragar permanezcan iguales ante la ley que cree los incentivos, sea que voten por uno u otro candidato, que voten en blanco y, aún, que no hubieran podido sufragar por fuerza mayor o caso fortuito.

PARTICIPACION CIUDADANA-Estímulos para votar

Para la Corte es plausible que para fomentar la participación de la ciudadanía en las decisiones políticas, se establezcan estímulos que permitan crear conciencia cívica en la población apta para votar, enfatizando así la importancia de este acto dentro de un Estado democrático como el nuestro. La cultura de la participación de los ciudadanos en las elecciones y demás decisiones que se tomen por medio del sufragio, están orientadas a la satisfacción de intereses colectivos, es decir, del bien común. Se trata entonces de cambiar la conducta apática de los ciudadanos frente al voto por un comportamiento positivo, mediante la concesión de estímulos y el reconocimiento por parte del Estado de buen ciudadano. Tampoco encuentra la Corte que la creación de estímulos distorsione la libertad y el sentido patriótico del voto, pues al ciudadano, como se expuso en párrafos anteriores, no se le coacciona para elegir entre las opciones existentes, puesto que bien puede cumplir su deber mediante el voto en blanco. Los estímulos al voto no coaccionan al sufragante sino que apelan a su conciencia cívica para que participe de un objetivo que el Estado considera plausible: consolidar la democracia, fin que es legítimo desde el punto de vista constitucional.

TEST DE RAZONABILIDAD-Guía de protección del principio de igualdad/ TEST DE IGUALDAD

Si bien el legislador puede establecer distinciones entre las personas para la consecución de un fin determinado, ellas deben tener una justificación objetiva y razonable. La alusión a la razonabilidad implica que en la evaluación de la justificación de un trato

desigual, el intérprete debe ejercer una labor de ponderación y verificación de los diferentes elementos que entran en juego, para determinar si éstos se adecuan o no a las reglas, principios y valores constitucionales. Para ello cuenta con una guía metodológica, denominada test de igualdad, que le permite "separar elementos que usualmente quedarían confundidos en una perspectiva general".

TEST DE IGUALDAD-Elementos TEST DE IGUALDAD-Elección del medio

Si bien el test exige que el intérprete evalúe la necesidad del medio para el logro del fin perseguido, esta facultad no puede entenderse como una exclusión de la potestad plena del legislador para elegir entre diferentes alternativas las que, a su juicio, mejor satisfagan el fin propuesto. En otras palabras, si los medios utilizados son adecuados y proporcionados, el legislador podrá escoger el que estime más conveniente, sin necesidad de probar que la medida elegida es la única disponible para alcanzar su objetivo.

EJERCICIO DEL VOTO-Ingreso a instituciones de educación superior

El estímulo que estudia la Corte en esta ocasión, introduce un mecanismo para dirimir el empate entre personas que, de acuerdo con los resultados obtenidos en los exámenes, tienen las mismas capacidades intelectuales. Es claro que si los cupos para acceder a los centros de educación superior son limitados, es viable introducir fórmulas para elegir a los aspirantes que reúnan unas mismas calidades académicas, sin que con ello se establezca una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior. En opinión de la Corte, este mecanismo no solo es útil para la elección del aspirante, sino que es adecuado para estimular el voto, en especial el de la población juvenil.

EJERCICIO DEL VOTO-Descuento tiempo de prestación del servicio militar

El medio que se utiliza para estimular la participación del ciudadano en los comicios es adecuado, porque tiene como finalidad lograr que los ciudadanos aptos para prestar el servicio militar participen en la conformación, ejercicio y control del poder político, concurriendo a las urnas. Además, ese instrumento resulta proporcionado, porque no implica un sacrificio de los derechos de otras personas, ni establece una carga adicional excesiva al beneficiario, pues simplemente, compensa el esfuerzo del ciudadano que identificó los candidatos o analizó las decisiones que habrían de adoptarse, reflexionó sobre ellas e introdujo su voto en la urna, con un alivio de otro deber que está llamado a cumplir. Las personas que por fuerza mayor o caso fortuito no lo hicieron, también son beneficiarias del descuento en la prestación del servicio militar.

EJERCICIO DEL VOTO-Preferencia para acceso a un empleo de carrera estatal

Como el ingreso y ascenso a cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y calidades, bien puede disponer el legislador que, en caso de igualdad en el puntaje, una calidad adicional sea el cumplir cabalmente con los deberes de ciudadano. Si el Estado está interesado en que la democracia se preserve, es lógico que prefiera que las personas que están a su servicio tengan un compromiso con ese propósito. Obsérvese además que, en este caso, la preferencia constituye factor de desempate, pues claramente se señala que la preferencia en la elección se presenta cuando existe "igualdad de puntaje".

EJERCICIO DEL VOTO-Becas educativas, predios rurales y subsidio de vivienda

Se trata de un mecanismo de desempate entre varias personas que se encuentran en idénticas condiciones, lo que supone que los posibles beneficiarios accedieron al concurso en igualdad de oportunidades y se utilizaron los mismos criterios de selección. Además, es posible y legítimo que el Estado, considere que en caso de empate, la persona que merece ser adjudicataria de los beneficios que él concede, sea aquella que está interesada en que la democracia se preserve y que cumpla con sus deberes ciudadanos.

EJERCICIO DEL VOTO-Descuento costo matrícula en institución oficial superior

El trato desigual que se establece entre las personas que votaron y aquellas que no lo hicieron, tiene una justificación razonable. En primer lugar, porque se trata de instituciones oficiales de educación superior, lo que permite que el Estado pueda renunciar a algunos ingresos económicos que normalmente recibiría por el pago de matrículas, sin que con ello viole la autonomía universitaria. En segundo lugar, porque tanto el voto, como el pago de la matrícula en una institución oficial, son cargas que impone el Estado al ciudadano, pudiendo, como ya lo había señalado la Corte, compensarlas. En tercer lugar, porque este beneficio no sacrifica el acceso a la educación superior, pues se trata de personas que ya tienen un cupo ganado por méritos académicos, dentro de la institución universitaria.

Ref.: Expediente OP-016

Objeciones presidenciales al proyecto de ley No. 002/95 Cámara, 220/96 Senado, "Por la cual se establecen estímulos para los sufragantes".

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio fechado el 12 de junio de 1997, el Presidente del Senado de la República remitió a esta Corporación el proyecto de ley que se intitula “Por la cual se establecen estímulos para los sufragantes”, el cual fue objetado por el Presidente de la República, por razones de inconstitucionalidad.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales establecidos para procesos de esta índole, procede la Corte a decidir.

II. EL TRAMITE LEGISLATIVO

- El 20 de julio de 1995, el Representante a la Cámara Juan Ignacio Castrillón Roldán presentó al Congreso de la República el proyecto de ley número 002/95, “Por la cual se reglamenta el deber de votar y se crean estímulos para los sufragantes”, siendo repartido en la misma fecha a la Comisión Primera Constitucional.

- Posteriormente, el Representante a la Cámara William Velez Mesa presentó el proyecto de ley No. 030/95, “Por la cual se establecen estímulos para el ejercicio del voto y se determina la edad de la ciudadanía”.

- Luego el Representante a la Cámara Carlos Ardila Ballesteros, presentó el proyecto de ley No. 044/95, “Por el cual se introducen algunas reformas en el sistema de votación y se dictan otras disposiciones”.

Dado que los tres proyectos citados se referían a un mismo tema, la Comisión Primera Constitucional Permanente decidió acumularlos y designó como ponentes para primer debate a los Representantes a la Cámara William Vélez Mesa, Ramón Elejalde y Roberto Camacho, quienes presentaron a consideración de la Comisión el proyecto que aparece publicado en la Gaceta del Congreso No. 179 de mayo 15 de 1996, páginas 6 a 9.

- El 5 de diciembre de 1995, la Comisión Primera de la Cámara aprobó en primer debate al proyecto acumulado.

- El 15 del mismo mes, la Plenaria de la Cámara le dió segundo debate siendo aprobado por unanimidad.

- El texto definitivo del proyecto, aprobado por la Cámara de Representantes, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 62 de febrero 27 de 1996. Había sido ya remitido al Senado mediante oficio No. 013 de enero 24 de 1996.

- El Senador Parmenio Cuéllar Bastidas fue comisionado para elaborar el informe ponencia para primer debate ante la Comisión Primera Constitucional de esa Corporación. La ponencia fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 179 de mayo 15 de 1996.

- La Comisión Primera Constitucional del Senado de la República aprobó el proyecto en primer debate, el 5 de junio de 1996.

- Para segundo debate se designó ponente al mismo senador, cuyo informe fue aprobado por la Plenaria del Senado el 27 de noviembre de 1996.

- Como entre los proyectos aprobados en las plenarios de la Cámara y del Senado hubo diferencias, se nombró una Comisión de Conciliación, en los términos del artículo 161 de la Constitución, la cual elaboró el proyecto final que fue sometido a la consideración de ambas Cámaras Legislativas. El informe de la Comisión Conciliadora fue aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes el día 5 de diciembre de 1996 y en la Plenaria del Senado de la República el 9 de diciembre del mismo año.

- El 10 de diciembre de 1996, se remitió el proyecto de ley al Presidente de la República para la correspondiente sanción.

- Con oficio de fecha 27 de diciembre de 1996, el Presidente de la República devolvió sin sancionar el proyecto de ley a la Cámara de Representantes, formulando las objeciones de inconstitucionalidad que son materia de este proceso.

- Las Plenarios de la Cámara y del Senado aprobaron los informes presentados por las respectivas comisiones accidentales, en los que se declaraban infundadas las objeciones.

III. TEXTO DEL PROYECTO OBJETADO.

"El Congreso de Colombia

"DECRETA:

"Artículo 1°. El voto es un derecho y un deber ciudadano. La participación mediante el voto en la vida política, cívica y comunitaria se considera una actitud positiva de apoyo a las instituciones democráticas, y como tal será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades.

"Artículo 2°. Quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados, gozará de los siguientes beneficios:

"1) Quien hubiere participado en las elecciones inmediatamente anteriores tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hayan hecho, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior.

"2) Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores al reclutamiento en el servicio militar tendrá derecho a una rebaja de un (1) mes en el tiempo de prestación de este servicio, cuando se trate de soldados bachilleres o auxiliares de policía bachiller, y de dos (2) meses, cuando se trate de soldados campesinos o soldados regulares.

"3) Quien hubiere participado en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado.

"4) Quien hubiere ejercido el derecho al voto en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hicieren, en la adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidios de vivienda que ofrezca el Estado, en caso de igualdad de condiciones estrictamente establecidas en concurso abierto.

"5) El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos.

"Artículo 3°. El ciudadano tendrá derecho a media jornada de descanso compensatorio remunerado por el tiempo que utilice para cumplir su función como elector. Tal descanso compensatorio se disfrutará en el mes siguiente al día de la votación, de común acuerdo con el empleador.

"Artículo 4°. Se considera justificada la abstención electoral en una determinada votación cuando dentro de los quince (15) días siguientes a los escrutinios municipales el interesado demuestra, de manera fehaciente ante el Registrador Municipal o Distrital o del Estado Civil o Cónsul del lugar donde está inscrita su cédula, que no sufragó por fuerza mayor o caso fortuito.

"Si el Registrador Municipal o Distrital del Estado Civil o el Cónsul aceptare la excusa, expedirá el certificado electoral de que trata el artículo siguiente.

"Si la excusa no fuere aceptada, el interesado podrá apelar la decisión ante el superior inmediato.

"Artículo 5°. Créase el certificado electoral como plena prueba del cumplimiento ciudadano del deber de votar, el cual será expedido por los jurados de mesa de

votación, o el Registrador Municipal o Distrital del Estado Civil o el Cónsul del lugar donde se encuentre inscrita la cédula.

"Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará todo lo relacionado con el Certificado Electoral, determinará el tiempo y la forma de su expedición, lo mismo que sus refrendaciones sucesivas.

"Artículo 6°. Durante los noventa (90) día anteriores a la fecha de cada elección, o del día en que deba realizarse un evento de participación ciudadana de carácter nacional o territorial, la presente ley será divulgada a través de los medios de comunicación del Estado, tanto por el Gobierno Nacional como por las administraciones seccionales o locales respectivas. Así mismo se dará a conocer en los establecimientos de educación media y superior.

"Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su promulgación".

—Siguen firmas—.

IV. LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES

El Presidente de la República considera que el proyecto viola el artículo 13 de la Carta "al establecer privilegios o beneficios para los ciudadanos que ejercen el derecho al voto", cargo que concreta así: "Es claro entender que en la Carta Política se señala en el artículo 256 (sic) que el voto es un derecho y un deber ciudadano, y que como tal su ejercicio no debe supeditarse al otorgamiento de beneficios para los ciudadanos que efectivamente ejerzan ese derecho, creando de suyo para aquellos que por cualquier motivo no pudieran ejercerlo un desmejoramiento en sus condiciones de vida al no poder acceder a la educación, a subsidios de vivienda, o descuentos en las matrículas en los establecimientos educativos y rebajas en la prestación del servicio militar, tal como se dispone en el proyecto que se objeta".

Para respaldar sus afirmaciones cita las consideraciones hechas por esta Corporación en la sentencia No. C-022 de 1996¹, mediante la cual se declaró inexecutable el literal b) del artículo 40 de la ley 48 de 1993, para concluir que "el proyecto de ley sometido a nuestra consideración señala una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso al empleo de Estado, a las becas educativas, a la adjudicación de predios rurales y subsidios de vivienda, para aquellos ciudadanos que por cualquier razón no puedan ejercer su derecho al voto".

V. FUNDAMENTOS PARA DECLARAR INFUNDADAS LAS OBJECIONES POR PARTE DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

¹ M.P. Dr. Carlos Gaviria Diaz

Las Comisiones Accidentales de la Cámara de Representantes y del Senado propusieron declarar infundadas las objeciones presidenciales e insistir en la iniciativa, basándose también, en el test de razonabilidad elaborado por esta Corporación en la sentencia C-022 de 1996. Dado que los argumentos de las dos Cámaras legislativas guardan similitud, éstos se resumirán en forma conjunta, así:

—Al referirse al principio de igualdad, concretamente al test de razonabilidad, expresan que “Lo primero que exige esta metodología es identificar el criterio de diferenciación que sirve de base a la ley. En nuestro caso se trata de otorgar unos beneficios jurídicos para quienes hayan participado en los eventos de democracia anteriores..... es justo y deseable que quien, en un contexto de endémica abstención generalizada, contribuye con su participación electoral a construir la democracia, reciba el reconocimiento de buen ciudadano por parte del Estado y que ese reconocimiento se traduzca en una situación favorable para él. Se concluye entonces que el proyecto busca una finalidad constitucionalmente legítima y se fundamenta en un criterio objetivo que no abre la puerta a la arbitrariedad en su aplicación”.

—“El segundo paso exige verificar la legitimidad constitucional de tal finalidad... la creación de beneficios electorales tiene pleno sustento en fines del Estado, en valores y principios fundamentales como la democracia participativa, la soberanía popular, la eficacia de los derechos (Preámbulo, artículos primero y segundo), en el deber constitucional de participación en la vida cívica y comunitaria (art. 95 n. 5), y la concepción del voto como deber constitucional (art. 285)”.

—El tercer paso se refiere a la razonabilidad de cada uno de los estímulos creados. En este punto, consideran que existen dos clases de estímulos que hay que distinguir:

1) En lo que respecta a las disposiciones relacionadas con la disminución del tiempo en la prestación del servicio militar obligatorio, el descuento del 10% en el costo de la matrícula en instituciones universitarias oficiales y el descanso compensatorio del tiempo invertido en el ejercicio del voto, dicen que “no se compromete el derecho a un trato igualitario ya que el beneficio no implica la exclusión de ninguna otra persona, nadie sale discriminado, nadie resulta preferido frente a otro y todos están en idéntica posibilidad de hacerse al beneficio derivado del mérito de la buena conducta ciudadana. Se da aquí una situación de óptimo beneficio, pues todos pueden mejorar su posición gracias a una conducta meritoria suya y ninguno empeora por ello”.

2) Sobre los estímulos relativos a la preferencia para el acceso a cupos en las universidades oficiales y a cargos de carrera administrativa, el otorgamiento de becas educativas, predios rurales y subsidios de vivienda en los concursos abiertos para ello, dicen que “este derecho a ser preferido se otorga en favor de quienes ya han demostrado poseer méritos suficientes para acceder al cargo, al cupo o al subsidio, y opera como un factor de desempate frente a quienes no hayan votado en comicios anteriores, siempre y cuando éstos hayan estado en posibilidad jurídica

y fáctica para hacerlo. El estímulo juega como un factor razonable para superar una situación límite que de otra manera sería desatada por el azar. Entonces, ante tal situación racionalmente insoluble el comportamiento de buen ciudadano se erige en criterio de mérito para disfrutar de los bienes públicos y se resuelve así el empate”.

Finalmente, consideran que los estímulos al buen ciudadano son un medio necesario, razonable y adecuado frente a otras alternativas legítimas para hacer jurídicamente efectivo el deber de votar, como sería la sanción, la que resulta más gravosa; además, debe tenerse en cuenta que el comportamiento de buen ciudadano y de respaldo al sistema democrático por parte de quienes votan representa una posición que indica el interés por los asuntos públicos y revela un mejor sentido y una mejor percepción de lo público, convirtiéndose quien así actúe en la persona más apta para desempeñarse como servidor público. El proyecto de ley también prevé que las preferencias para decidir situaciones de empate no operan frente a quienes estuvieron en posibilidad de votar e injustificadamente no lo hicieron.

VI. INTERVENCION CIUDADANA

Durante el término de fijación en lista intervino el ciudadano Tulio Eli Chinchilla Herrera para defender la constitucionalidad de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República.

A su juicio, el deber de votar consagrado en los artículos 95 numeral 9 y 228 de la Carta, constituye “un deber jurídico de rango constitucional pero cuyos destinatarios son los ciudadanos (no el poder público) y, por tanto, (significa) un deber postulado en una norma incompleta cuya eficacia se deja a la decisión legislativa, de tal manera que sólo la intervención del Congreso mediante ley tiene la virtud de convertir dicho deber moral en deber jurídico”, de manera que el legislador está habilitado para decidir cuándo es oportuno darle eficacia a tal deber y cuál es la mejor vía para obtener el fin propuesto.

En consecuencia, considera que el legislador puede optar por castigar al posible votante sancionando su omisión, o premiar con algunos beneficios jurídicos la conducta del buen ciudadano que cumple con ese deber. La decisión por la que opta el legislador no vulnera el derecho a la igualdad si se tiene en cuenta que ella obedece al interés de lograr la más amplia participación ciudadana en las decisiones colectivas, dentro de un contexto social de completa apatía y total rechazo a todo procedimiento democrático estatal; además, se convierte en un medio necesario para el logro del fin propuesto, pues “la vía de los estímulos como mecanismo para motivar al ciudadano constituye una opción que por no apelar a la compulsión respeta en mayor grado el principio axial de la libertad del ser humano y sacrifica en menor medida el carácter de derecho del sufragio. Los estímulos al votante se tornan tanto más necesarios cuanto que son una alternativa igualitaria de beneficios frente a los ya tradicionales y censurables métodos de captación del voto que se utilizan en un sistema de clientelas electorales”.

En relación con cada uno de los estímulos consignados en el proyecto de ley, sostiene que éstos pueden dividirse en dos grupos: el primero comprende la rebaja del tiempo de prestación del servicio militar obligatorio, el descuento del costo de la matrícula en las universidades oficiales, y el descanso compensatorio por el tiempo invertido en el ejercicio del voto, casos en los cuales “no se compromete el derecho a un trato igualitario ya que se recompensa positivamente a alguien pero sin que como consecuencia de tal beneficio se perjudique la condición de ningún otro ciudadano participante, no se excluye a nadie de ningún bien estimado que antes poseyera”; y el otro grupo conformado por los estímulos que consisten en el derecho a ser preferido bajo condiciones de igualdad de méritos, los cuales se otorgan “en favor de quienes ya han demostrado poseer méritos suficientes para acceder al cargo, al cupo o al subsidio, y opera como un factor de desempate frente a quienes no hayan votado en comicios anteriores, siempre y cuando éstos hayan estado en posibilidad jurídica y fáctica para hacerlo. El estímulo juega como un factor razonable para superar una situación límite que de otra manera sería desatada por el azar. Entonces ante tal situación racionalmente insoluble el comportamiento de buen ciudadano se erige en criterio de mérito para disfrutar de los bienes públicos y se resuelve así el ‘empate’. Por ello el expediente de los estímulos al buen ciudadano se muestra como un medio razonable, adecuado y necesario, toda vez que de no ser establecido dejaría una sola alternativa: la adjudicación del cupo, subsidio o la beca por el azar”.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar fundadas las objeciones presidenciales, con fundamento en las siguientes consideraciones:

—“Dentro del contexto político de democracia-representativa, las medidas contempladas en el Proyecto de ley, objetado por el Presidente de la República, no consultan los principios establecidos en la Carta Política, particularmente en cuanto al comportamiento de los ciudadanos, quienes, acorde con los mandatos previstos en el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 3º, 40 y 95 de la Constitución, están vinculados solidariamente y, por tanto, deben participar en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

—“El Proyecto de ley que se revisa no sólo desconoce los principios fundantes de la República, sino también establece estímulos que distorsionan la naturaleza del derecho que tienen los ciudadanos a participar en la conformación del poder político, pues votar bajo la ‘presión’ de un beneficio generador de tratamiento discriminatorio, significa desatender la concepción de democracia-participativa consagrada en la Constitución Política”.

—“El ejercicio del poder político corresponde a una actividad que interesa a todos y no solamente a los beneficiarios de algunos privilegios. Por tanto, resulta contradictorio estimular mediante un sistema de beneficios a quienes se encuentran

en el deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria, propia de la sociedad a la cual pertenecen”.

—Como lo expresó el Ejecutivo Nacional, “los estímulos previstos en el proyecto de ley desconocen el principio de igualdad, al establecer privilegios en favor de algunos votantes, pues limitan el ejercicio de algunos derechos a quienes no voten, desconociendo que la Constitución no ha supeditado el reconocimiento de los mismos al cumplimiento de un deber ciudadano”.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

VIII.1 Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas objetadas por el Presidente de la República, según lo dispuesto en los artículos 167-4 y 241-1 de la Carta Política.

VIII.2 Aclaración previa.

En primer término, advierte la Corte que el Presidente de la República al objetar el proyecto de ley, por el cual se establecen estímulos a los sufragantes, se refiere a él en su integridad. Sin embargo, sus argumentaciones se dirigen a impugnar exclusivamente el artículo 2. Ante esta circunstancia, la Corte procederá al estudio de esa única disposición, y se inhibirá con relación a las demás que conforman tal ordenamiento, pues la Corporación en materia de objeciones presidenciales carece de competencia para efectuar una revisión oficiosa de ellas. (art. 241 C.P.)

VIII.3 El término para presentar las objeciones.

El 27 de diciembre de 1996, el Presidente de la República objetó por razones de inconstitucionalidad el proyecto de ley “Por la cual se establecen estímulos para los sufragantes”, el cual le había sido enviado el 10 de diciembre de 1996 por el Presidente de la Cámara de Representantes, para su sanción.

Dado que el Presidente de la República recibió el proyecto citado el 20 de diciembre de 1996 y lo devolvió con objeciones el 27 de diciembre del mismo año, se ha respetado el término señalado por el constituyente en el artículo 166 de la Carta (6 días hábiles), como quiera que dicha ley solamente consta de siete (7) artículos.

VIII.4. Para resolver las objeciones formuladas debe la Corte determinar si, a la luz de las normas constitucionales, puede el legislador crear incentivos o estímulos para que los ciudadanos cumplan con el deber de votar. Y, en caso afirmativo, analizar cada uno de los establecidos en el artículo 2o. del proyecto, para determinar si se adecuan o no al ordenamiento supremo.

VIII.4.1 *La democracia precisa, por su esencia, de la participación de los ciudadanos.*

Entendida la democracia, desde el punto de vista formal, como “un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad”², ha de aceptarse que la participación de los ciudadanos en la toma de esas decisiones es elemento fundamental, sin el cual no puede concebirse la existencia de dicho sistema.

En armonía con esa idea, los artículos 1o. y 2o. de la Constitución, erigen la participación como principio fundante del Estado y fin esencial del mismo, “lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones que conciernen al destino colectivo”³.

Para hacer realidad el principio de participación democrática, la Constitución prevé algunos instrumentos para lograrlo que “se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria”⁴.

En lo que se refiere a la conformación, ejercicio y control del poder político, la Constitución otorga al ciudadano la facultad de elegir a sus representantes, para ejercer de esa manera su soberanía de manera indirecta; pero además prevé otros mecanismos de participación directa, como los plebiscitos, referendos, consultas populares y la revocatoria del mandato. En todos estos casos la voluntad de los ciudadanos se manifiesta a través del voto.

Si el sufragio es medio esencial para la participación del ciudadano en el ejercicio del poder político, es deber del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (art. 2 C.P.) e implementar los “mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de ese derecho a los ciudadanos” (art. 258 C.P.).

VIII.4.2 *El voto como derecho y como deber.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución, “el voto es un derecho y un deber ciudadano”. El derecho al voto, como quedó expuesto, es el principal mecanismo de participación ciudadana. Desde este punto de vista, las normas constitucionales que *facultan* a los ciudadanos para ejercer el sufragio, *obligan* correlativamente a las autoridades electorales a hacer posible el

² C-145 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³ C-180 de 1994, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

⁴ C-089 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

ejercicio de tal derecho, que halla su opuesto en el no-derecho de los demás -particulares y autoridades-, a impedirles que lo hagan con entera libertad.

En el marco del ordenamiento constitucional colombiano puede decirse también, desde el punto de vista del sujeto activo, que las normas superiores que le atribuyen la *potestad* de elegir Presidente, miembros de las Corporaciones Públicas, Alcalde y Gobernador, disponen simultáneamente que los elegidos, están *sujetos* a ser removidos de sus cargos por indignidad o mala conducta, pérdida de la investidura o como consecuencia de la regulación del voto programático.

Una tercera anotación completa la exposición del contenido normativo del sufragio como derecho, y da pie para examinar el alcance de su consagración también como deber. Las mismas normas que consagran el ejercicio del voto como una actividad esencialmente libre, hacen *immune* al abstencionista a la acción del legislador tendiente a prohibir el no ejercicio del derecho al voto, o a atribuirle alguna pena, a la vez que hacen *incompetente* al Congreso para actuar de ese modo, "pues el sufragante conserva en todo caso el derecho de abstenerse de votar, votar en blanco o hacerlo en favor de cualquier candidato" (Sent. C-145/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Las normas que autorizan a las personas a expresar libremente sus opiniones, establecen en favor de ellas un *privilegio* (Ross prefiere, con razón llamarlo *libertad*) que halla su correlato en el *no-derecho* de los demás a impedirles que lo hagan; así, en el caso de la libre expresión de las opiniones políticas a través del sufragio, la persona puede optar por no manifestar la suya y usar de su *libertad*, absteniéndose de votar, mientras se mantiene el correlato del *no-derecho* de los demás (particulares y autoridades) a impedirle que lo haga, pues en caso contrario afectaría el núcleo esencial del sufragio como derecho, tal como lo ha delimitado la Corte.

El sufragio viene entonces a constituir, un deber cuyo incumplimiento no puede ser sancionado con una pena o con la privación de derechos adquiridos, aunque es impuesto a los particulares atendiendo a su calidad de miembros de la comunidad política, y como representativo, al menos en parte, de la cuota de solidaridad social que corresponde a cada ciudadano, en contrapartida de lo que recibe —derechos, libertades y servicios—, por la aplicación eficaz del ordenamiento.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, resultaría paradójico que el legislador, no siendo competente para criminalizar la abstención -conducta no plausible-, tampoco pudiera incentivar la conducta ciudadana -ésta sí plausible- que se le opone: soportar la carga que significa ejercer conscientemente el voto.

Es claro que el Congreso de la República tiene competencia para regular las funciones electorales (C.P. art. 152 literal c) como ya lo ha hecho; y si bien tal

competencia no le habilita para prohibir o sancionar la abstención, nada obsta desde el punto de vista constitucional, para que cree incentivos legales destinados a favorecer a aquellos que cumplan con el deber ciudadano de participar, a través del ejercicio del voto, en la vida política del país (C.P. art. 95), siempre y cuando todas las personas llamadas a sufragar permanezcan iguales ante la ley que cree los incentivos, sea que voten por uno u otro candidato, que voten en blanco y, aún, que no hubieran podido sufragar por fuerza mayor o caso fortuito.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-180/94, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara: *"Los artículos 1º. Y 21. de la Carta relieván la importancia dada a la participación en el nuevo esquema de organización política en cuanto introducen otro elemento fundamental. En efecto, lejos de concebirla como una práctica deseable dentro del comportamiento político de los colombianos, la erigen en principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad. Lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernen al destino colectivo"* (negrilla fuera del texto).

En el marco del Estado social de derecho vigente en el país, los miembros de la comunidad política nacional están llamados a observar el cumplimiento de los deberes que el ordenamiento les impone como seres libres, partícipes responsables en la determinación de los contenidos de tal ordenamiento, que aceptan las cargas jurídicas como convenientes en cuanto hacen posibles la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Pero que el legislador busque que las personas cumplan con su deber de votar, no en razón de ese interés altruista, sino en razón del interés egoísta pero legítimo de obtener una ventaja, ni vicia de inconstitucionalidad la norma del proyecto de ley que aquí se juzga, ni es una medida inequitativa, como inicialmente pudiera pensarse.

Las exigencias de obediencia a un ordenamiento jurídico, quedan satisfechas cuando el destinatario cumple con sus deberes por la motivación altruista que ese ordenamiento supone, al igual que cuando se incrementa el número de quienes lo acatan, con los que actúan movidos por la expectativa de un privilegio y, a diferencia de los ordenamientos morales, también cuando se suman los que cumplen con los deberes por la motivación aún menos plausible de evitar un posible castigo. Por lo demás, la ley que asocia recompensas al cumplimiento del deber de votar, no sólo no suprime la motivación altruista, sino que la complementa con una serie de incentivos dirigidos a colocar a quienes sólo buscan satisfacer un interés egoísta, en la situación -que de otra manera no enfrentarían-, de considerar si votarán por éste o aquél candidato, o si preferirán hacerlo en blanco.

En otras palabras, cuando la Constitución consagra el sufragio como un derecho y un deber, el legislador tiene la posibilidad de desestimular la conducta

abstencionista y de estimular el sufragio. Si el voto de los ciudadanos es necesario para legitimar la democracia, el legislador no sólo puede sino que debe estimular el voto, claro está, sin vulnerar principios constitucionales como el contenido en el artículo 13.

VIII.4.3 La finalidad del proyecto de ley.

Pues bien: la finalidad del proyecto de ley, como se lee en los antecedentes legislativos que aparecen dentro del expediente, es evidente: estimular a los ciudadanos para que participen en las elecciones y demás decisiones públicas y, de esta manera, reducir la abstención electoral, "enfermedad endémica que padece nuestra democracia representativa desde la década de los años treinta, acentuada luego durante el régimen del Frente Nacional. De allí que derrocar esa actitud de indiferencia colectiva frente a los eventos electorales constituye una tarea prioritaria y reto de nuestro sistema político... Necesitamos entonces formar ciudadanos, sujetos políticos activos para la nueva democracia participativa, que aún sigue sin estrenar. Se impone construir una conciencia de ciudadano, convirtiendo el voto en una expresión de compromiso ético y político con las instituciones, en algo atractivo y con significado para el hombre común. Semejante meta exige la búsqueda de fórmulas imaginativas, novedosas, que muestren a los colombianos y, en especial, a nuestros jóvenes, una faceta amable y benéfica del acto de sufragar. La primera manera de conmover esta conciencia ciudadana consiste en ofrecer incentivos que atraigan positivamente a quienes por muchas décadas se han mostrado indolentes y abúlicos frente a las urnas".

Para la Corte es plausible que para fomentar la participación de la ciudadanía en las decisiones políticas, se establezcan estímulos que permitan crear conciencia cívica en la población apta para votar, enfatizando así la importancia de este acto dentro de un Estado democrático como el nuestro. La cultura de la participación de los ciudadanos en las elecciones y demás decisiones que se tomen por medio del sufragio, están orientadas a la satisfacción de intereses colectivos, es decir, del bien común.

Se trata entonces de cambiar la conducta apática de los ciudadanos frente al voto por un comportamiento positivo, *mediante la concesión de estímulos* y el reconocimiento por parte del Estado de buen ciudadano.

Tampoco encuentra la Corte que la creación de estímulos distorsione la libertad y el sentido patriótico del voto, pues al ciudadano, como se expuso en párrafos anteriores, no se le coacciona para elegir entre las opciones existentes, puesto que bien puede cumplir su deber mediante el voto en blanco.

VIII.5 Los incentivos contemplados en el artículo 2° del proyecto de ley, materia de las objeciones presidenciales.

Veamos entonces si los incentivos a que aluden las objeciones, establecidos en el artículo 2º del proyecto de ley, lesionan o no el principio de igualdad, para lo cual resulta pertinente efectuar el test de razonabilidad.

VIII.5.1 El test de razonabilidad como guía para proteger el principio de igualdad.

Si bien el legislador puede establecer distinciones entre las personas para la consecución de un fin determinado, ellas deben tener una justificación objetiva y razonable.

La alusión a la razonabilidad implica que en la evaluación de la justificación de un trato desigual, el intérprete debe ejercer una labor de ponderación y verificación de los diferentes elementos que entran en juego, para determinar si éstos se adecuan o no a las reglas, principios y valores constitucionales. Para ello cuenta con una guía metodológica, denominada *test de igualdad*, que le permite “separar elementos que usualmente quedarían confundidos en una perspectiva general”⁵.

Una versión detallada de los elementos que componen el *test* fue expuesta en la sentencia C-022 de 1996. De acuerdo con la directriz allí trazada, el intérprete debe recorrer diferentes etapas encaminadas a determinar:

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Como lo señaló la Corte en la providencia citada, “el orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa por una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del sólo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional. El segundo paso, por el contrario, requiere de una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido”.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T- 230 de 1994.

En lo que respecta con el análisis de la proporcionalidad de la medida adoptada, se deben satisfacer tres requisitos adicionales, a saber:

- a) Los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido.
- b) Los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y,
- c) Los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes.

Es importante anotar, que si bien el *test* exige que el intérprete evalúe la necesidad del medio para el logro del fin perseguido, esta facultad no puede entenderse como una exclusión de la potestad plena del legislador para elegir entre diferentes alternativas las que, a su juicio, mejor satisfagan el fin propuesto. En otras palabras, si los medios utilizados son adecuados y proporcionados, el legislador podrá escoger el que estime más conveniente, sin necesidad de probar que la medida elegida es la única disponible para alcanzar su objetivo.

VIII.5.2 El examen de proporcionalidad en el caso concreto

VIII.5.2.1 El objetivo perseguido y su validez a la luz de la Constitución.

El legislador en el artículo 2º del proyecto de ley, materia de las objeciones, claramente estableció distinciones entre individuos, los que votaron en las elecciones inmediatamente anteriores a la concesión del beneficio, y los que no votaron. El criterio selectivo, derivado del ejercicio del sufragio, lo establece el legislador en función de las siguientes circunstancias: ingreso a las instituciones de educación superior, tiempo de prestación del servicio militar, elección de cargos de carrera en las entidades públicas, adjudicación de becas educativas, predios rurales y subsidios de vivienda, y costo de la matrícula en instituciones oficiales de educación superior.

El objetivo perseguido con estos beneficios, como ya se expresó, encuentra justificación constitucional en el artículo 258, que consagra el ejercicio del voto no sólo como un derecho, sino también como un deber. De ahí que el deber de votar no deba entenderse como un simple deseo del Constituyente, sino como una posibilidad de asociar a su observancia, ciertas consecuencias ventajosas, o, a su inobservancia, determinados efectos negativos, que no pueden ser de tal magnitud que desvirtúen la categoría de derecho que la propia Constitución le asigna al sufragio.

En el caso concreto, los estímulos al voto no coaccionan al sufragante sino que apelan a su conciencia cívica para que participe de un objetivo que el Estado

considera plausible: consolidar la democracia, fin que, se reitera, es legítimo desde el punto de vista constitucional.

VIII.5.2.2 La proporcionalidad de las medidas.

Dada la diferencia en los estímulos propuestos, la Corte evaluará la proporcionalidad de cada una de las medidas por separado, aclarando que los beneficios se otorgan a “quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados”.

a. Ingreso a instituciones de educación superior.

El primer numeral del artículo 2º del proyecto de ley, al establecer que “Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hayan hecho, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior”, crea un trato desigual entre las personas interesadas en ingresar a las instituciones públicas o privadas de educación superior, dependiendo del hecho de si cumplieron o no con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores. Según la norma, las personas que participaron en las votaciones, o que no lo hicieron por causa justa, serán preferidas frente a las que injustificadamente no votaron, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso.

El estímulo que estudia la Corte en esta ocasión, introduce un mecanismo para dirimir el empate entre personas que, de acuerdo con los resultados obtenidos en los exámenes, tienen las mismas capacidades intelectuales. Es claro que si los cupos para acceder a los centros de educación superior son limitados, es viable introducir fórmulas para elegir a los aspirantes que reúnan unas mismas calidades académicas, sin que con ello se establezca una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior.

Como puede verse, esta situación es diferente a la considerada por la Corte en la sentencia C-022 de 1996, tantas veces citada. Mientras que en aquella el legislador “desnaturalizó” el método de selección de los estudiantes universitarios, al *aumentar* en 10% el puntaje del ICFES, con un criterio diferente al académico (la prestación del servicio militar), en esta ocasión no desconoció la aptitud real de estudiante. Simplemente, y para efecto de elegir “cuando existe igualdad de puntaje”, decidió premiar a aquel que, además de reunir las condiciones intelectuales requeridas, cumplió con un requisito adicional, votar. En opinión de la Corte, este mecanismo no solo es útil para la elección del aspirante, sino que es adecuado para estimular el voto, en especial el de la población juvenil. No se vulnera entonces el derecho a la igualdad.

b. Descuento en el tiempo de prestación del servicio militar.

El segundo numeral del artículo 2o., prescribe: "Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores al reclutamiento en el servicio militar tendrá derecho a una rebaja de un (1) mes en el tiempo de prestación de este servicio, cuando se trate de soldados bachilleres o auxiliares de policía bachiller, y de dos (2) meses, cuando se trate de soldados campesinos o soldados regulares".

Tanto la prestación del servicio militar, como el ejercicio del voto, son cargas para el ciudadano, que implican inversión de tiempo y esfuerzo. Su cumplimiento es deseado por el Estado, para el mantenimiento del orden y de la democracia. Ante estas dos cargas que se les imponen a ciertos ciudadanos, es plausible que el legislador compense aquella que pueda considerar más gravosa, la que para el caso concreto es la prestación del servicio militar, y premie al ciudadano que votó, con una disminución de ese tiempo.

De acuerdo con estas premisas, el medio que se utiliza para estimular la participación del ciudadano en los comicios es adecuado, porque tiene como finalidad lograr que los ciudadanos aptos para prestar el servicio militar participen en la conformación, ejercicio y control del poder político, concurriendo a las urnas. Además, ese instrumento resulta proporcionado, porque no implica un sacrificio de los derechos de otras personas, ni establece una carga adicional excesiva al beneficiario, pues simplemente, compensa el esfuerzo del ciudadano que identificó los candidatos o analizó las decisiones que habrían de adoptarse, reflexionó sobre ellas e introdujo su voto en la urna, con un alivio de otro deber que está llamado a cumplir.

Ahora bien, entiende la Corte que a pesar de que este numeral no incluye la expresión "*frente a quienes injustificadamente no lo hayan hecho (votar)*", las personas que por fuerza mayor o caso fortuito no lo hicieron, también son beneficiarias del descuento en la prestación del servicio militar. Una interpretación en contrario desconocería el principio de igualdad, pues no es razonable privar de un beneficio a una persona por no haber cumplido con un deber, cuando le era imposible hacerlo.

c. Preferencia para acceder a un empleo de carrera en entidades del Estado.

El numeral 3° del artículo 2° del proyecto de ley, establece: "Quien hubiere participado en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado".

Como en los supuestos anteriores, el privilegio para la elección de empleados de carrera es adecuado para estimular el voto de todos aquellos que aspiren o eventualmente quieran hacerlo, a ocupar un empleo de carrera en cualquier entidad

del Estado. El ejercicio del sufragio como criterio adicional de elección no implica un trato desigual o desproporcionado frente a los candidatos que no votaron, porque se trata de una conducta que guarda conexidad con el tipo de actividad que ejercen los empleados del Estado. En efecto, como el ingreso y ascenso a cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y calidades, bien puede disponer el legislador que, en caso de igualdad en el puntaje, una calidad adicional sea el cumplir cabalmente con los deberes de ciudadano. Si el Estado está interesado en que la democracia se preserve, es lógico que prefiera que las personas que están a su servicio tengan un compromiso con ese propósito.

Obsérvese además que, en este caso, la preferencia constituye factor de desempate, pues claramente se señala que la preferencia en la elección se presenta cuando existe "igualdad de puntaje". En consecuencia, no se vulnera el derecho a la igualdad.

d. Adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidio de vivienda que ofrece el Estado.

El numeral cuarto del artículo 2° del proyecto objetado, consagra: "Quien hubiere ejercido el derecho al voto en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hicieron, en la adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidios de vivienda que ofrezca el estado, en caso de igualdad de condiciones estrictamente establecidas en concurso abierto".

Al igual que los demás numerales, la norma consagra un mecanismo adecuado para estimular la participación de aquellas personas que pretendan ser adjudicatarias de ciertos beneficios concedidos por el Estado, en las elecciones y las decisiones públicas de interés colectivo, mediante el ejercicio del sufragio.

Para la Corte, el estímulo transcrito guarda la debida proporcionalidad, porque se trata de un mecanismo de desempate entre varias personas que se encuentran en idénticas condiciones, lo que supone que los posibles beneficiarios accedieron al concurso en igualdad de oportunidades y se utilizaron los mismos criterios de selección. Además, es posible y legítimo que el Estado, considere que en caso de empate, la persona que merece ser adjudicataria de los beneficios que él concede, sea aquélla que está interesada en que la democracia se preserve y que cumpla con sus deberes ciudadanos. No se viola entonces el derecho a la igualdad.

e. Descuento en el costo de la matrícula en institución oficial de educación superior.

El numeral quinto del artículo 2° del proyecto, prescribe: "El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos".

En este caso, el trato desigual que se establece entre las personas que votaron y aquellas que no lo hicieron, tiene una justificación razonable. En primer lugar, porque se trata de instituciones oficiales de educación superior, lo que permite que el Estado pueda renunciar a algunos ingresos económicos que normalmente recibiría por el pago de matrículas, sin que con ello viole la autonomía universitaria. En segundo lugar, porque tanto el voto, como el pago de la matrícula en una institución oficial, son cargas que impone el Estado al ciudadano, pudiendo, como ya lo había señalado la Corte, compensarlas. En tercer lugar, porque este beneficio no sacrifica el acceso a la educación superior, pues se trata de personas que ya tienen un cupo ganado por méritos académicos, dentro de la institución universitaria.

Al igual que en el numeral segundo, entiende la Corte que el beneficio propuesto también cobija a las personas que por causa justa no pudieron votar. No se vulnera entonces el derecho a la igualdad.

En razón de lo anotado, la Corte procederá a declarar exequible el artículo 2o. del proyecto de ley "Por la cual se establecen estímulos para los sufragantes".

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

RESUELVE:

Primero. **DECLARAR Exequibles** el artículo 2º del proyecto de ley "Por el cual se establecen estímulos para los sufragantes", por ser infundadas las objeciones presidenciales.

Segundo. **DECLARARSE Inhibida** para emitir pronunciamiento sobre los demás artículos que conforman tal proyecto de ley, por no existir objeción presidencial al respecto.

Tercero. **DESE** aplicación a lo previsto en el artículo 167 de la Constitución.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

—Con salvamento de voto—

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

.CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
—Con salvamento de voto—

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—Con salvamento de voto—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-337
Julio 17 de 1997

DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por estímulos a quienes voten
(Salvamento de voto)

Es claro que los motivos que llevan a alguien a abstenerse de votar en unas elecciones, son muy diversos. Pero uno de esos motivos puede ser su convicción política o filosófica. El no votar puede ser, y lo es en muchos casos, una forma legítima de expresar una posición política o filosófica en contra del sistema. De otra parte, no hay que olvidar que una de las causas del abstencionismo, especialmente en las zonas rurales, consiste en la dificultad para llegar a los sitios de votación. Los estímulos, y las correspondientes discriminaciones, no son de poca monta. Pues no lo es, no puede serlo, el acceso a la propiedad, la vivienda, la educación y el servicio público.

DIGNIDAD HUMANA - Vulneración por estímulos a quienes voten
(Salvamento de voto)

¿Se respeta la dignidad humana cuando se obstaculiza o dificulta el acceso a la educación, a la propiedad de la tierra o de la vivienda, de quienes tienen diferentes opiniones políticas o filosóficas y obran de conformidad con ellas? ¿Se respeta la dignidad humana cuando se legisla para que el ciudadano vote, no por convicción, sino por conseguir unas ventajas, pequeñas o grandes, en perjuicio de quienes no votan por ser fieles a sus opiniones? ¿Habría, acaso, una diferencia de fondo entre quienes compran votos por determinados candidatos, y el Estado que establece un sistema de recompensas o halagos para quienes voten, basándose en la falsa premisa de que el mayor número de votos le confiere la mayor legitimación? Aceptando, en gracia de discusión, que el Estado no puede recompensar, así sea en esta forma mínima, a quienes sirven a la sociedad, cabe preguntarse: ¿qué relación existe entre el votar en unas elecciones y los méritos para acceder a la educación superior? Si se parte de la base de que quien voluntariamente no vota, lo hace por carencia de educación, ¿no estará el abstencionista más necesitado de educación que quien sí votó?

Bogotá, julio 17 de 1997.

Con mi acostumbrado respeto, expreso las razones que me llevaron a disentir de la decisión de la mayoría que declaró exequible el artículo segundo del proyecto de ley por la cual se establecen estímulos para los sufragantes.

Primera. Al conceder ventajas a quienes ejerzan el derecho al voto, se quebranta el artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad.

El artículo 13 de la Constitución consagra el principio de la igualdad ante la ley, y prohíbe expresamente toda discriminación "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Es claro que los motivos que llevan a alguien a abstenerse de votar en unas elecciones, son muy diversos. Pero uno de esos motivos puede ser su convicción política o filosófica. Alguien es, por ejemplo, partidario del establecimiento de una monarquía hereditaria. ¿Cómo sostener que no se le discrimina cuando se le impide el acceso a la educación superior en igualdad de condiciones con quien votó en virtud de su opinión política diferente? ¿O cuando, por la misma causa, se le niega una beca, o la adjudicación de un predio o de un subsidio de vivienda? ¿Qué decir de la ostensible discriminación que implica el consagrar un tiempo menor de servicio militar para quien votó, en relación con quien no lo hizo?

¿Será, acaso, liberal una democracia que literalmente compra el voto de los electores y lo paga con estas ventajas? Se dirá que el sistema democrático permite hacer obligatorio el voto (en la práctica), y que al ciudadano le queda la posibilidad de votar en blanco, para no hacerse acreedor a las medidas discriminatorias contempladas en el artículo segundo del proyecto. Se olvida, sin embargo, que el no votar puede ser, y lo es en muchos casos, una forma legítima de expresar una posición política o filosófica en contra del sistema.

De otra parte, no hay que olvidar que una de las causas del abstencionismo, especialmente en las zonas rurales, consiste en la dificultad para llegar a los sitios de votación. ¿Por qué discriminaron así, en materia de educación, propiedad y acceso a los cargos públicos, a los sectores más pobres, y por lo mismo más desprotegidos, de la población?

Téngase en cuenta, además, que los estímulos, y las correspondientes discriminaciones, no son de poca monta. Pues no lo es, no puede serlo, el acceso a la propiedad, la vivienda, la educación y el servicio público.

Segunda. El artículo segundo del proyecto es contrario a la dignidad humana.

En el artículo primero de la Constitución, que no puede considerarse como un enunciado teórico sin consecuencias, se dice que el Estado se funda en el respeto

de la dignidad humana. Y se dice, también, que la nuestra es una sociedad pluralista.

¿Se respeta la dignidad humana cuando se obstaculiza o dificulta el acceso a la educación, a la propiedad de la tierra o de la vivienda, de quienes tienen diferentes opiniones políticas o filosóficas y obran de conformidad con ellas? ¿Se respeta la dignidad humana cuando se legisla para que el ciudadano vote, no por convicción, sino por conseguir unas ventajas, pequeñas o grandes, en perjuicio de quienes no votan por ser fieles a sus opiniones? ¿Habrá, acaso, una diferencia de fondo entre quienes compran votos por determinados candidatos, y el Estado que establece un sistema de recompensas o halagos para quienes voten, basándose en la falsa premisa de que el mayor número de votos le confiere la mayor legitimación? En los países sometidos a la dictadura comunista, particularmente en la Unión Soviética, jamás los porcentajes de abstención pasaban del dos o el tres por ciento del total de personas en capacidad de votar. Sin embargo, ¿podrá alguien sostener que esos índices de participación electoral implicaban la vigencia de la democracia y purificaban de sus vicios el régimen totalitario?

Tercera. Un tratamiento diferente para situaciones semejantes.

Al decidir una demanda contra la ley 48 de 1993, la Corte, en sentencia C-022 de 1996, declaró la inexecutable de una norma que establecía un tratamiento favorable en el ingreso a la educación superior, a quienes hubieran prestado servicio militar (artículo 40, literal b). Estimó la mayoría que ninguna relación existía entre la prestación de un servicio a la república y los méritos para ingresar a la universidad. Aceptando, en gracia de discusión, que el Estado no puede recompensar, así sea en esta forma mínima, a quienes sirven a la sociedad, cabe preguntarse: ¿qué relación existe entre el votar en unas elecciones y los méritos para acceder a la educación superior? Si se parte de la base de que quien voluntariamente no vota, lo hace por carencia de educación, ¿no estará el abstencionista más necesitado de educación que quien sí votó?

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-337
Julio 17 de 1997

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION
PRESIDENCIAL - Alcance / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL - Artículos no objetados y verificación
con todos los preceptos constitucionales (Aclaración de voto)**

Es verdad que, en principio, el control que debe ejercer la Corte sobre los proyectos de ley objetados debe recaer sobre las normas materia de discusión entre el Congreso y el Gobierno, a propósito de la objeción formulada. También en principio, el asunto que de modo primordial debe ocupar a la Corte es precisamente el que, con referencia a los preceptos objetados, resulte de los cargos que el Presidente de la República formula cuando se niega a sancionar lo aprobado por el Congreso, alegando su total o parcial inconstitucionalidad. Pero, cuando, al asumir el examen de la normatividad puesta en tela de juicio por el Ejecutivo, la Corte encuentre que, pese a no estar llamados a prosperar los argumentos presidenciales, existen otros motivos por los cuales las normas objetadas quebrantan la Constitución, está obligada a declarar la correspondiente inexecutable, aunque no surja de los razonamientos contenidos en las objeciones. Es mi criterio el de que, si la Corporación, persuadida de la inconstitucionalidad de una norma objetada, por motivos distintos de los señalados por el Presidente -por ejemplo, en cuanto ella no vulnera los artículos constitucionales que el Jefe del Estado indique, pero sí otro u otros-, permite que la ley que la contiene sea sancionada, incumple, mediante un esguince de carácter formal, su función básica, que reside en velar por el imperio efectivo de la Constitución Política. Ninguna distinción se hace, ni para excluir del examen constitucional artículos no objetados, ni para impedir que la verificación de su contenido se haga frente a todos los preceptos constitucionales. Según la Constitución, el fallo de inexecutable obliga al Presidente de la República a sancionar el proyecto y sería un contrasentido, en grave detrimento del imperio de la Carta, que una Corte Constitucional, mediante su sentencia, forzara al Jefe del Estado a sancionar una ley que ella sabe inconstitucional, por el sólo motivo de una limitante formal, confiada al tino del Gobierno, pese al conocimiento efectivo del vicio existente.

Ref.: Expediente OP-016.

Santa Fe de Bogotá, diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Con el debido respeto, manifiesto mi discrepancia con una tesis que subyace a lo decidido.

Si bien el punto al cual he de referirme no era el primordialmente debatido — por lo cual simplemente aclaro y no salvo mi voto—, reviste, a mi juicio, la mayor trascendencia desde la perspectiva del contenido y los alcances de la función de control constitucional confiada a la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política.

La mayoría de mis colegas se ha negado a admitir que la Corporación, en cumplimiento de su tarea, tenía el deber de verificar aspectos distintos de los señalados por el Presidente de la República en su documento de objeciones, si tales elementos diversos mostraban —como, en mi criterio, ocurría con una de las disposiciones objetadas— una clara vulneración de mandatos constitucionales.

Es verdad que, en principio, el control que debe ejercer la Corte sobre los proyectos de ley objetados debe recaer sobre las normas materia de discusión entre el Congreso y el Gobierno, a propósito de la objeción formulada.

También en principio, el asunto que de modo primordial debe ocupar a la Corte es precisamente el que, con referencia a los preceptos objetados, resulte de los cargos que el Presidente de la República formula cuando se niega a sancionar lo aprobado por el Congreso, alegando su total o parcial inconstitucionalidad.

Por eso, la regla general consiste en que la Corte Constitucional, estudiado el caso, declare fundadas o infundadas las objeciones presidenciales.

Pero —en ello estriba mi disenso—, cuando, al asumir el examen de la normatividad puesta en tela de juicio por el Ejecutivo, la Corte encuentre que, pese a no estar llamados a prosperar los argumentos presidenciales, existen otros motivos por los cuales las normas objetadas quebrantan la Constitución, está obligada a declarar la correspondiente inexecutable, aunque no surja de los razonamientos contenidos en las objeciones.

Es mi criterio el de que, si la Corporación, persuadida de la inconstitucionalidad de una norma objetada, por motivos distintos de los señalados por el Presidente —por ejemplo, en cuanto ella no vulnere los artículos constitucionales que el Jefe del Estado indique, pero sí otro u otros—, permite que la ley que la contiene sea sancionada, incumple, mediante un esguince de carácter formal, su función básica, que reside en velar por el imperio efectivo de la Constitución Política.

Se dirá que la Corte carece de competencia en esa hipótesis, por referirse su eventual fallo a temas que no le fueron planteados, pero tal aseveración choca, de manera manifiesta, con el sentido esencial del artículo 241 de la Carta, a cuyo tenor "a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", y con el alcance del numeral octavo *ibídem*, que le ordena "decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de *los proyectos de ley* que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales (...), tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación" (se subraya).

En concordancia con dicho mandato, el del artículo 167 de la Constitución dispone que "en tal evento (el de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad), si las cámaras insistieren, *el proyecto* pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes, decida sobre *su exequibilidad*" (subrayo).

La misma norma agrega que "si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte".

Como se observa, ninguna distinción se hace, ni para excluir del examen constitucional artículos no objetados, ni para impedir que la verificación de su contenido se haga frente a todos los preceptos constitucionales.

Además, no debe pasarse por alto que, según la Constitución, el fallo de exequibilidad obliga al Presidente de la República a sancionar el proyecto y sería un contrasentido, en grave detrimento del imperio de la Carta, que una Corte Constitucional, mediante su sentencia, forzara al Jefe del Estado a sancionar una ley que ella sabe inconstitucional, por el sólo motivo de una limitante formal, confiada al tino del Gobierno, pese al conocimiento efectivo del vicio existente.

Me pregunto si la interpretación en cuya virtud la Corte, por su propia voluntad, se pone una venda en los ojos, acata el principio básico de la suprallegalidad constitucional, expresado magistralmente en el artículo 4 de la Carta vigente, que dice: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

De otro lado, considero que la Sala dejó escrito el artículo 22, inciso 2, del Decreto 2067 de 1991, incluido en el Capítulo IV de dicho estatuto, que se refiere en general a las sentencias de la Corte Constitucional y no sólo a las que tienen origen en la acción pública (por lo cual cobija también las que resuelven sobre objeciones presidenciales), que dice: "La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso".

No ignoro la existencia del artículo 35 del mismo Decreto, según el cual “la sentencia que declare constitucional un proyecto de ley objetado, surtirá efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por el Gobierno y consideradas por la Corte, y obliga al Presidente de la República a sancionarlo”.

Pero es que tal norma parte del supuesto de la declaración de constitucionalidad, de la cual deriva precisamente la obligación que tiene el Presidente de sancionar el proyecto, o las normas del mismo que se encuentran ajustadas a la Constitución, justamente sobre ese supuesto —el de la constitucionalidad—, pues mal podría, como digo, precipitar tal sanción en la hipótesis contraria. Además, ese precepto no impone a la Corte la limitación que en el presente proceso ha hecho carrera, pues debe observarse que no incorpora únicamente las normas invocadas por el Gobierno sino las consideradas por la Corporación, que no pueden ser otras que todas las que integran la Carta Política, si se hace una interpretación sistemática con los cánones constitucionales que establecen el control y con el ya citado inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991.

En el caso que se examina, la Corte ha declarado exequible el artículo segundo, numeral 1, del proyecto de ley objetado, en cuanto no resultaban fundadas las objeciones presidenciales sobre derecho a la igualdad, pero no pudo confrontar esa misma disposición con el artículo 69 de la Constitución, sobre autonomía universitaria, por el sólo hecho de que el Presidente de la República no lo invocó en el pliego de objeciones.

Y, sin embargo, aun con las dudas que al respecto se expresaron en la Sala, el Jefe del Estado tendrá que sancionar dicha norma.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-337
Julio 17 de 1997

DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por estímulo ingreso a institución de educación superior a quienes voten / **ACCESO A INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR** - Habilidad académica (Aclaración de voto)

Si bien este mecanismo es adecuado para estimular el voto, en especial el de la población juvenil, el criterio de desempate establecido no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad a la que está dirigido. En efecto, el ejercicio de los deberes de ciudadano no inside en la habilidad académica de la persona que pretende ingresar a la universidad, condición ésta que sí es esencial para acceder a las instituciones de educación superior. Si lo que busca la universidad con las pruebas de ingreso es determinar la persona más apta para cumplir con las cargas académicas, es lógico que en caso de igualdad de puntajes en las pruebas de ingreso, el criterio que se debe usar para escoger entre los aspirantes, debe tener relación con la idoneidad y vocación para el estudio. Pero, además, la consagración de este beneficio puede colidir en la autonomía universitaria, porque el Congreso, al imponer criterios de selección, está interviniendo en materias relativas a la organización académica que son de competencia exclusiva de la institución.

Ref.: Expediente OP-016.

Objeciones Presidenciales al proyecto de ley No. 002/95 Cámara, 220/96 Senado, "por la cual se establecen estímulos para los sufragantes".

El suscrito, Magistrado Ponente en el proceso OP-016, se permite aclarar su voto en lo que hace al numeral 1) del artículo 2 del proyecto de ley No. 002/95 Cámara, 220/96 Senado.

Ingreso a instituciones de educación superior.

El numeral 1) del artículo 2, establece un trato desigual entre las personas interesadas en ingresar a las instituciones públicas o privadas de educación superior, dependiendo de si votaron en las elecciones inmediatamente anteriores.

Según la norma, las personas que participaron en las votaciones o que no lo hicieron por causa justa, será preferidas frente a las que injustificadamente no votaron, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso.

Si bien este mecanismo es adecuado para estimular el voto, en especial el de la población juvenil, el criterio de desempate establecido no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad a la que está dirigido. En efecto, el ejercicio de los deberes de ciudadano no inside en la habilidad académica de la persona que pretende ingresar a la universidad, condición ésta que sí es esencial para acceder a las instituciones de educación superior. Si lo que busca la universidad con las pruebas de ingreso es determinar la persona más apta para cumplir con las cargas académicas, es lógico que en caso de igualdad de puntajes en las pruebas de ingreso, el criterio que se debe usar para escoger entre los aspirantes, debe tener relación con la idoneidad y vocación para el estudio. Así lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia C-022 de 1996, al declarar inconstitucional el aumento del 10% en el puntaje del ICFES para las personas que hubieren prestado el servicio militar. En esa ocasión, señaló esta Corporación:

“El trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad... En este punto, es particularmente importante para la decisión de la Corte el hecho de que el privilegio otorgado por la disposición acusada no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad realizada por el bachiller que presta el servicio militar. En efecto, las pruebas del ICFES tienen como único objetivo la medición de la preparación académica de los alumnos que terminan sus estudios secundarios, con el fin de establecer un punto de referencia para el ingreso de las instituciones de educación superior” El único criterio relevante en relación con dichas pruebas es, por lo tanto, la competencia académica del bachiller...”

Pero, además, la consagración de este beneficio puede colidir en la autonomía universitaria, porque el Congreso, al imponer criterios de selección, está interviniendo en materias relativas a la organización académica que son de competencia exclusiva de la institución.

No obstante, como comparto en general la filosofía del fallo del que fui ponente no hago del asunto una discrepancia esencial y, en consecuencia me limito a aclarar el voto en los anteriores términos.

Fecha ut supra,

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-346
Julio 22 de 1997

**PRINCIPIOS DE UNIDAD Y AUTONOMIA DE ENTIDADES
TERRITORIALES - Conciliación**

La conciliación entre los principios de unidad y autonomía, ha de hacerse bajo el entendido de que las entidades territoriales son titulares de poderes jurídicos, competencias y atribuciones que les pertenece por sí mismas y que no devienen propiamente del traslado que se les haga de otros órganos estatales, para gestionar sus propios asuntos e intereses. De esta suerte, aunque se reconoce la existencia de un ordenamiento superior, igualmente se afirma la competencia de dichas entidades para actuar dentro del espacio que según dicha autonomía se les reconoce.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES - Económico y financiero

Un rasgo característico que afirma el derecho a la autonomía lo constituye la atribución que tienen las entidades territoriales para establecer los tributos necesarios que requiere el cumplimiento de sus funciones. En efecto, no basta con diseñar una autonomía bajo la idea de que las entidades territoriales pueden designar sus propias autoridades, ejercer poderes, atribuciones o competencias específicas que les pertenecen, con cierta libertad e independencia, si al mismo tiempo aquélla no comprende lo económico y financiero, es decir, el derecho de contar con recursos, a través de la participación en las rentas nacionales y el establecimiento de impuestos y de administrarlos, según convenga a la gestión de los intereses regionales y locales.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES - Límites en materia fiscal

No existe una autonomía absoluta en materia fiscal en cabeza de las entidades territoriales, pues su competencia para establecer y regular los tributos debe ejercerse por la autoridad competente, dentro de los límites que le señalen la Constitución y la ley, lo cual significa que el atributo de la potestad impositiva regional y local es relativo y, en tal virtud, el legislador puede señalar ciertas pautas, orientaciones y

regulaciones o limitaciones generales para su ejercicio, siempre que se respete el núcleo esencial de la autonomía, es decir, que no se desnaturalice la esencia de ésta de modo que se la desvirtúe, desconozca o desnaturalice.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES - Elemento de referencia para establecer límites en materia fiscal

La expresión y gestión de los intereses regionales, propios de la autonomía, no resultan contrarios ni excluyentes con los propósitos y objetivos de alcance nacional; es decir, pueden existir competencias concurrentes que impliquen en un momento dado la necesidad de afirmar los intereses locales y que al mismo tiempo entren en conflicto con los intereses nacionales, en cuyo caso se debe hacer la ponderación adecuada que consulte en lo posible su armonización, pero "se privilegiará el interés que concentre el mayor valor social".

ESPACIO PUBLICO - Concepto

El concepto de espacio público, conceptualmente ya no es el mismo de antaño, limitado a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes y caminos), según la legislación civil, sino que es mucho más comprensivo, en el sentido de que comprende en general la destinación de todo inmueble bien sea público o privado al uso o a la utilización colectiva, convirtiéndose de este modo en un bien social.

ESPACIO PUBLICO INTERNO - Regulación corresponde al legislador / IMPUESTO PREDIAL DE ESPACIO PUBLICO INTERNO - Gravación menor que para áreas privadas en unidades inmobiliarias cerradas / IMPUESTO PREDIAL - Tarifas diferenciales

La norma alude a un aspecto, el llamado "espacio público interno" que constituye un aspecto que concierne a los llamados intereses colectivos o sociales que corresponde regular al legislador. De este modo, no puede resultar extraño que, para efectos del impuesto predial, el legislador determine, dado el valor y la connotación social que tienen las áreas que integran dicho espacio, que ellas sean gravadas con un impuesto predial diferenciado menor que el previsto para las áreas privadas. Ello se adecua a la Constitución, porque ésta no sólo propicia y protege el surgimiento y consolidación de otras formas alternas de dominio diferente a la tradicional propiedad individual, sino que, además, le asigna al Estado el deber de velar por la protección de la integridad de las zonas destinadas al espacio público y al uso común. La obligación de contribuir a los gastos e inversiones del Estado debe estar sustentada en conceptos de justicia y equidad, razón por la cual se consultan éstos cuando el legislador permite el establecimiento de tarifas diferenciales menores para las zonas comunes y del espacio público interno, con respecto a las que corresponden a las áreas de dominio privado, pues la institución de aquéllas responden más a los intereses comunitarios prevalentes, que a los intereses privados.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES - Restricciones que persiguen un interés general en materia tributaria / **IMPUESTO PREDIAL Y CONTRIBUCIONES DE VALORIZACION** - Zonas comunes y espacio público interno en unidades inmobiliarias cerradas

No resulta irrazonable ni desproporcionado, antes por el contrario consulta finalidades constitucionales que son válidas, el establecimiento en el art. 42 de las aludidas restricciones a la autonomía de los municipios para establecer impuestos, mas aún cuando con ellas se satisface o persigue un interés de alcance general y la consecución de un objetivo de mayor valor social que el que pueda representar el tratamiento tributario uniforme de las áreas que componen las unidades inmobiliarias cerradas. La competencia privativa que tienen los municipios para gravar la propiedad inmueble no se vulnera con la disposición objetada, porque dicha potestad subsiste en cabeza de aquéllos, en el sentido de que pueden señalar, conforme a la ley, todos los elementos del respectivo tributo, sólo que con el fin de perseguir finalidades constitucionales legítimas se ha dispuesto en la norma comentada el establecimiento de tarifas diferenciales en las condiciones en ellas señaladas, pero que en todo caso deben ser fijadas por la competente autoridad municipal.

AUTONOMIA DE MUNICIPIOS - Establecimiento de tarifas diferenciales atendiendo ciertos criterios

En el establecimiento de las referidas tarifas diferenciales las autoridades municipales gozan de plena autonomía. Sin embargo, en su determinación deben obrar con criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad que consulten los intereses municipales y de la comunidad. Por lo tanto el uso desviado de esta facultad, atentatorio contra los intereses públicos sociales puede dar lugar al uso de la acción pública de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FORMAS PROCESALES - En su diseño deben observarse ciertos criterios

En el establecimiento de las formas propias de cada actuación judicial, que comprende así mismo la regulación de las diferentes acciones, el legislador debe tomar como punto de referencia la realidad social y extraer de ellas reglas útiles que hagan expedito y eficaz el derecho de acción. Por lo tanto, si bien el legislador goza de libertad para establecer las formas procesales, en el diseño de éstas deben observarse los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. No son válidas constitucionalmente, en consecuencia, aquéllas formas procesales que se desvían de dichos criterios y que anulan u obstaculizan irrazonablemente el ejercicio del derecho de acción.

COPROPIETARIOS DE UNIDAD INMOBILIARIA CERRADA - Exigencia de mayoría para impugnar acto de autoridades de planeación y urbanismo / **ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS** - Ausentismo / **DERECHO DE ACCION PARA IMPUGNAR** - Protección

La consagración de una mayoría de las dos terceras partes de los votos de los copropietarios de una unidad inmobiliaria cerrada, para obtener la autorización de impugnar las decisiones de las autoridades de planeación y urbanismo, resulta a todas luces irracional y desproporcionada, porque significa la consagración de un sistema específico y excepcional para la impugnación de los referidos actos administrativos subjetivos, que desconoce la realidad social y particularmente la forma como operan en la práctica las asambleas de copropietarios, en las cuales el ausentismo de sus miembros es la regla de conducta constante. Con mucha dificultad y luego de más de una citación, por lo menos, se logra que concurran a ella el número mínimo para llevar a acabo la respectiva sesión. Conseguir la aquiescencia del 75% de los miembros de la asamblea, como lo prevé la norma, es casi un imposible. Por ende, la exigencia del proyecto configura, en la práctica, la negación del derecho de acción para impugnar dichas decisiones.

DERECHO A LA IGUALDAD - Imposición carga procesal onerosa a unidades inmobiliarias cerradas / **DERECHO DE ASOCIACION** - Unidades cerradas determinan ejercicio derecho de acción

Se viola en el presente caso el derecho a la igualdad, cuando desatendiendo los aludidos criterios el legislador impone a las personas jurídicas que constituyen las unidades inmobiliarias cerradas una carga procesal onerosa y excepcional que no se exige a las demás personas que acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrado. Dicha norma consagra una injerencia excesiva y desproporcionada del legislador en el ámbito del derecho de asociación, si se tiene en cuenta que como personas jurídicas son las propias unidades cerradas las que deben determinar, según lo establezcan sus propios estatutos, la conveniencia y las condiciones bajo las cuales ejercitan el derecho de acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Avalar la referida norma, implicaría legitimar una intervención indebida en el manejo y administración de dichas unidades, pues el establecimiento de las reglas o procedimientos de gestión de sus propios intereses sólo a ellas compete.

Ref.: Expediente OP-17.

Proyecto de ley No. 258/96 Senado -31/95 Cámara "Por el cual se adiciona y reglamenta lo relacionado con las unidades inmobiliarias cerradas sometidas al régimen de propiedad horizontal".

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

I .ANTECEDENTES

Mediante oficio del 20 de junio de 1997, el Presidente del Senado de la República envió a la Corte Constitucional el proyecto de ley No. 258-96 Senado-

3195 Cámara, "Por medio del cual se adiciona y reglamenta lo relacionado con las unidades inmobiliarias cerradas sometidas al régimen de propiedad horizontal", el cual fue devuelto a esa Corporación Legislativa con objeciones por razones de conveniencia y vicios de constitucionalidad, según oficio No. 10.200 del 6 de marzo de 1997 originario de la Presidencia de la República.

El proyecto en mención sufrió el trámite de rigor ante las cámaras legislativas que integran el Congreso de la República, el cual se resume de la siguiente manera:

—El día 1° de agosto de 1995 el proyecto en cuestión fue presentado ante la Cámara de Representantes por el Representante William Vélez Mesa. En esa misma fecha fue repartido a la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la referida Corporación.

—En la sesión correspondiente al día 6 de diciembre de 1996 fue debatido y aprobado en primer debate en dicha Comisión.

—Igualmente, la Plenaria de la Cámara de Representantes lo debatió y aprobó por unanimidad con fecha 27 de marzo de 1996.

—El aludido proyecto fue debatido y aprobado en la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado el 13 de noviembre de 1996.

—Así mismo, fue discutido y aprobado en segundo debate en la Sesión Plenaria del Senado, correspondiente al día 9 de diciembre de 1996.

—Con el fin de conciliar las discrepancias surgidas entre los articulados finalmente aprobados por las plenarias de cada cámara legislativa se designaron comisiones accidentales, cuyo informe conjunto de fecha 12 de diciembre de 1996, fue aprobado en las plenarias de la Cámara de Representantes y del Senado de la República.

—El 29 de enero de 1997 el Presidente de la Cámara de Representantes envió el referido proyecto, con todos sus antecedentes, al Presidente de la República, para que se produjera el acto de su sanción, el cual fue recibido en la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con fecha 21 de febrero de 1997.

—El día 6 de marzo de 1997 la Presidencia de la República devolvió al Presidente de la Cámara de Representantes, sin la correspondiente sanción presidencial, por razones de inconveniencia e inconstitucionalidad. Estas últimas se refieren específicamente a los arts. 42 y 44 del proyecto.

—De la confrontación de la fecha en que se recibió en la Presidencia de la República el aludido proyecto y aquélla en que fue devuelto con objeciones se

establece que el Gobierno actuó dentro del término de seis días hábiles que señala el art. 166 de la Constitución, dado que aquél consta de 49 artículos.

—Las plenarios de la Cámara y del Senado aceptaron las objeciones por inconveniencia formuladas contra los arts. 29 y 30 del proyecto, no así las de inconstitucionalidad. En tal virtud, insistieron en la constitucionalidad de los arts. 42 y 44 de dicho proyecto.

—Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar las objeciones del Gobierno a un proyecto de ley por inconstitucional, procede la Corte a adoptar la decisión correspondiente únicamente en relación con dichas objeciones, según la competencia de que se encuentra investida en los términos de los artículos 167 incisos 4 y 5 y 241 numeral 8 de la Constitución Política.

II. TEXTOS DE LAS NORMAS DEL PROYECTO OBJETADAS POR INCONSTITUCIONALES

"PROYECTO DE LEY 258/96 SENADO - 031/95 CAMARA

"Por la cual se adiciona y reglamenta lo relacionado con las unidades inmobiliarias cerradas sometidas al régimen de propiedad horizontal".

"El Congreso de Colombia

"DECRETA:

"(...)

"Artículo 42. Impuesto predial y contribuciones de valorización. Las unidades Inmobiliarias Cerradas pagarán el impuesto predial y las contribuciones de valorización correspondientes a las zonas comunes y al espacio público interno conforme a tarifas diferenciales menores a las tarifas de las áreas privadas.

"Artículo 44. Situaciones jurídicas subjetivas. Las autorizaciones para impugnar los actos administrativos de las autoridades de planeación y urbanismo que den aprobación y licencias definitivas sólo podrán darlas la Asamblea General de Copropietarios con el voto de por lo menos el 75% de sus miembros".

III. LA OBJECION PRESIDENCIAL

En el oficio 10200 del 6 de marzo de 1997, suscrito por el señor Presidente de la República y dirigido al Presidente de la Cámara de Representantes, se expusieron las razones de las objeciones de inconstitucionalidad en relación con los arts. 42 y 44 del proyecto, en los siguientes términos:

“a) El artículo 42 del proyecto establece que las unidades inmobiliarias cerradas pagarán una tarifa inferior por concepto de impuesto predial y contribuciones de valorización con respecto de las tarifas de las áreas privadas.

“Este artículo, en lo concerniente al impuesto Predial vulnera el artículo 317 de la Constitución Política, ya que corresponde a los Municipios exclusivamente, gravar la propiedad inmueble”.

“b) El artículo 44 del proyecto señala que las autorizaciones para impugnar los actos administrativos de las autoridades de Planeación y Urbanismo sólo podrán darlas la Asamblea General de Copropietarios con los votos de por lo menos el 75% de sus miembros.

“Esta norma vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, al privar a las personas naturales de ejercer las acciones administrativas pertinentes en caso de que sientan vulnerados sus derechos”.

IV. ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO POR LAS PLENARIAS DE LA CAMARA Y DEL SENADO SOBRE LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES

1. Cámara de Representantes.

La comisión accidental designada por la Cámara de Representantes para estudiar y emitir opinión sobre las objeciones presidenciales consideró lo siguiente:

En relación con las objeciones al art. 42 del proyecto manifestó su desacuerdo porque esta norma no determina tarifa tributaria alguna sino un marco fundamental dentro del cual los concejos municipales pueden ejercer sus competencias —de autonomía relativa— en materia del impuesto a la propiedad de inmueble y, en consecuencia, no altera para nada las atribuciones de los municipios que continúan siendo titulares de tales rentas y de su regulación mediante acuerdo.

Con respecto a las contribuciones de valorización no existe la exclusividad de la regulación en favor de los municipios, ya que pueden existir contribuciones de valorización en los órdenes nacional, regional y local. Por lo tanto, puede darse el caso de la concurrencia de regulaciones por diferentes entidades públicas.

“La doctrina y la jurisprudencia nacionales más autorizadas siempre han considerado que la potestad tributaria de los municipios se halla acreditada en todo momento a la Ley, y que las entidades locales no detentan una soberanía fiscal. Por tanto, es indiscutible el reconocimiento de la facultad legislativa para encauzar el ejercicio de la potestad tributaria derivada por parte de las autoridades municipales”.

En el fondo el legislador esta reconociendo una realidad socio económica objetiva que amerita un tratamiento tributario diferencial para un fin constitucionalmente válido, avalado por los arts. 58-3 (formas asociativas de propiedad) y 82 (espacio público) de la Constitución.

En cuanto a las objeciones contra el art. 44 del proyecto, se estima que esta norma no vulnera la Constitución porque ella se refiere simplemente a una regla interna de mayoría y a una competencia interna de la unidad inmobiliaria cerrada, cuando quiera que se intente presentar una demanda judicial en su nombre.

Las personas naturales y jurídicas distintas a la unidad inmobiliaria cerrada siempre que estén legitimadas en la causa están habilitadas para instaurar acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“En otras palabras, el Proyecto de Ley # 31/95 aprobado por el Congreso de la República quiso precisar que dichas demandas no las podrían entablar —a nombre de la Unidad Inmobiliaria Cerrada— la Junta Administradora, ni el Administrador de la Unidad; y que el grado de consenso necesario en la Asamblea General de Copropietarios para oponerse por la vía judicial a los actos administrativos de la autoridad era de las $\frac{2}{3}$ partes de sus miembros, puesto que se trataría de un serio cuestionamiento a las decisiones de la autoridad municipal de planeación y urbanismo presentado a nombre de la comunidad de vecinos afectada”.

2. Senado de la República.

En términos parecidos a los consignados anteriormente se pronunció la comisión accidental designada por el Senado de la República sobre los preceptos objetados como inconstitucionales. No obstante, es conveniente citar los siguientes apartes del respectivo informe:

“...el Congreso de la República puede establecer directrices generales básicas que encaucen el ejercicio de las atribuciones impositivas municipales, sin que quepa interpretar, como se hace en el memorial de objeciones, que se esta gravando la propiedad inmueble y vulnerando la autonomía municipal en esta materia”.

“La norma de la iniciativa no contempla tarifas tributarias denominadas, no inhibe la potestad de los concejos municipales en materia impositiva, ni destina o desvía los ingresos municipales hacia otras entidades territoriales”.

“...el derecho de acceso a la administración de justicia tiene su base constitucional en los artículos 40-6 y 229 y por ninguna parte se ve que el establecimiento de una regla interna de mayoría del 75% de los miembros de la Asamblea General de Copropietarios de la Unidad Inmobiliaria y a una competencia también interna

de la Unidad Inmobiliaria para impugnar los actos administrativos de las autoridades de Planeación y Urbanismo a nombre de la Unidad Inmobiliaria Cerrada vulnera el ordenamiento jurídico”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal el señor Procurador General de la Nación, se pronunció sobre el mérito de las referidas objeciones y concluyó que ellas son infundadas, con los siguientes argumentos:

Los municipios no gozan de autonomía absoluta en materia impositiva, aún si se trata de la propiedad inmueble, la cual podrá ser gravada únicamente por éstos.

El precepto del art. 87 no puede ser leído en forma aislada, sino en armonía con todas las disposiciones relativas a la organización del sistema tributario colombiano y en especial a las relacionadas con la estructura fiscal de las entidades territoriales. Así, el art. 287 de la Constitución reconoce la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, siendo una consecuencia de ésta la de poder administrar sus propios recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, dentro de los límites de la Constitución y de la ley.

“Sin embargo en el ordenamiento jurídico es claro que esta autonomía no es absoluta, pues la jurisprudencia ha reiterado que se trata de una autonomía relativa, especialmente en lo relativo a la imposición de tributos, función ésta también sujeta al marco legal y constitucional. En ese sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que la soberanía fiscal de las entidades territoriales no tiene asidero constitucional, pues la propuesta de elevarla a rango superior fue derrotada en la misma Asamblea Constitucional, en donde se mantuvieron los lineamientos básicos del régimen anterior, reconociendo una autonomía fiscal limitada”.

Cuando el art. 317 establece que sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble, esta indicando que tal atribución puede ser ejercida por dichos entes locales en los términos que disponga la ley. En tal virtud, lo que la norma del art. 42 regula es la forma como deben fijarse las tarifas que se cobren a los titulares de dichas unidades inmobiliarias, dejando en manos de las autoridades municipales la fijación de las mismas, sin alterar las atribuciones constitucionales que les otorgan la titularidad para regular tales rentas mediante los acuerdos municipales.

El propósito de establecer una tarifa diferencial entre las zonas comunes y el espacio público, con respecto a las áreas privadas se justifica constitucionalmente por el deber que tiene el Estado de velar por la protección de las formas asociativas y solidarias de propiedad y por la integridad del espacio público.

Por lo demás, la exclusividad de los municipios para fijar las tarifas del impuesto predial, no se predica de las contribuciones de valorización las cuales pueden ser determinadas por otras entidades públicas.

En cuanto a la objeción con respecto al art. 44 del proyecto, el Procurador comparte los argumentos expuestos por las comisiones de conciliación de la Cámara y del Senado, en el sentido de afirmar su constitucionalidad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El trámite de las objeciones.

Formuladas por el Gobierno las objeciones de inconstitucionalidad contra los arts. 42 y 44 del proyecto de ley 258/96 Senado -31/95 Cámara, se integraron sendas comisiones conciliadoras de Cámara y Senado, cuyos informes fueron aprobados el día 12 de diciembre de 1996 en las respectivas plenarios de cada una de estas células legislativas, en el sentido de insistir en la constitucionalidad de las normas objetadas y declarar, en consecuencia, infundadas las referidas objeciones. En tal virtud, el proyecto fue enviado a la Corte para decidir acerca de su exequibilidad. De este modo, se cumplió con el trámite que el art. 167 de la Constitución Política prevé cuando un proyecto de ley es objetado por inconstitucional total o parcialmente por el Gobierno.

2. La cuestión de fondo.

2.1. El problema jurídico planteado y su delimitación.

Conforme a los antecedentes que han quedado reseñados, en los cuales se fija la posición del Gobierno, de las Cámaras y del Procurador de la Nación, en torno a la constitucionalidad de los arts. 42 y 44 del proyecto de ley 258/96 Senado -31/95 Cámara, le corresponde a la Corte determinar de una parte, si la primera de dichas normas viola la autonomía de los municipios, en cuanto a la competencia de que son titulares para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, cuando prescribe que las unidades inmobiliarias cerradas pagarán el impuesto predial y las contribuciones de valorización correspondientes a las zonas comunes y al espacio público interno conforme a las tarifas diferenciales menores a las tarifas de las áreas privadas, y de otra, si se limita el derecho de acción y al acceso a la justicia, cuando la segunda de las referidas disposiciones prevé que las autorizaciones para impugnar actos administrativos de las autoridades de planeación y de urbanismo que den aprobación y licencias definitivas sólo podrán darlas la asamblea general de copropietarios con el voto de por lo menos 75% de sus miembros.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, sustentada en los artículos 167 de la Constitución y 32, 33, 34 y 35 del decreto 2067 de 1991, el examen de

constitucionalidad se limitará única y exclusivamente al ámbito determinado por las objeciones formuladas por el Gobierno y al pronunciamiento que sobre las mismas hizo el Congreso al rechazarlas, e insistir en la constitucionalidad de las referidas normas.

2.2. Objeción contra el artículo 42.

2.2.1. Como reiteradamente lo ha afirmado esta Corte, la concepción política de Colombia como Estado Social de Derecho, organizado como República unitaria descentralizada, se hace compatible y armónica con el reconocimiento de la autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus propios intereses, dentro de los límites que le señalan la Constitución y la ley.

Así lo advirtió la Corte en la sentencia C-535/96¹, en la cual dijo:

“Por ello la autonomía de la que gozan las diferentes entidades territoriales no es un mero traspaso de funciones y responsabilidades del centro a la periferia sino que se manifiesta como un poder de dirección política, que le es atribuido a cada localidad por la comunidad a través del principio democrático, y en especial al municipio que se constituye en la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado (C.P. art. 311). De esa manera se busca la gestión eficiente de los intereses propios, ya que el municipio es el ente idóneo para solucionar los problemas locales en la medida en que conoce realmente las necesidades a satisfacer, y tiene el interés para hacerlo por hallarse en una relación cercana con la comunidad. Así, al acercar la acción estatal al ciudadano, se fortalece la legitimidad a través de la gestión territorial.

“En el caso de los territorios indígenas se busca, además, preservar la identidad de esas comunidades, con el fin de proteger la diversidad étnica y cultural (C.P. arts 7° y 8°), pues esas comunidades se gobiernan por sus propios usos y costumbres (C.P. art. 330)”.

“4. La autonomía no se agota entonces en la facultad de dirección política pues las entidades territoriales no solamente tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que deben, además, gestionar sus propios intereses, con lo cual se concreta un poder de dirección administrativa (C.P. art. 287). La autonomía está además ligada a la soberanía popular y a la democracia participativa, pues se requiere una participación permanente que permita que la decisión ciudadana se exprese sobre cuales son las necesidades a satisfacer y la forma de hacerlo (C.P. art. 1°, 2° y 3°). El poder de dirección del que gozan las entidades territoriales se convierte así en pieza angular del desarrollo de la autonomía. A través de este poder, expresión del principio democrático, la

¹ M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

comunidad puede elegir una opción distinta a la del poder central. La satisfacción de intereses propios requiere la posibilidad de que existan en cada localidad opciones políticas diferentes, lo cual no atenta contra el principio de unidad, pues cada entidad territorial hace parte de un todo que reconoce la diversidad”.

En síntesis, la conciliación entre los principios de unidad y autonomía, ha de hacerse bajo el entendido de que según lo establece el art. 287 de la Constitución, las entidades territoriales son titulares de poderes jurídicos, competencias y atribuciones que les pertenece por sí mismas y que no devienen propiamente del traslado que se les haga de otros órganos estatales, para gestionar sus propios asuntos e intereses. De esta suerte, aunque se reconoce la existencia de un ordenamiento superior, igualmente se afirma la competencia de dichas entidades para actuar dentro del espacio que según dicha autonomía se les reconoce.

2.2.2. Un rasgo característico que afirma el derecho a la autonomía lo constituye la atribución que tienen las entidades territoriales para establecer los tributos necesarios que requiere el cumplimiento de sus funciones. En efecto, no basta con diseñar una autonomía bajo la idea de que las entidades territoriales pueden designar sus propias autoridades, ejercer poderes, atribuciones o competencias específicas que les pertenecen, con cierta libertad e independencia, si al mismo tiempo aquélla no comprende lo económico y financiero, es decir, el derecho de contar con recursos, a través de la participación en las rentas nacionales y el establecimiento de impuestos y de administrarlos, según convenga a la gestión de los intereses regionales y locales.

No obstante, como lo ha señalado la Corte, con fundamento en los arts. 287, 294, 300-4, 313-4, 317 y 338 de la Constitución no existe una autonomía absoluta en materia fiscal en cabeza de las entidades territoriales, pues su competencia para establecer y regular los tributos debe ejercerse por la autoridad competente, dentro de los límites que le señalen la Constitución y la ley, lo cual significa que el atributo de la potestad impositiva regional y local es relativo y, en tal virtud, el legislador puede señalar ciertas pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales para su ejercicio, siempre que se respete el núcleo esencial de la autonomía, es decir, que no se desnaturalice la esencia de ésta de modo que se la desvirtúe, desconozca o desnaturalice.

La Constitución señala los derechos y el ámbito de las atribuciones que en materia fiscal le corresponden a las entidades territoriales e igualmente puntualiza los espacios competenciales permitidos y los vedados para la actividad legislativa. En efecto, la Constitución confiere a los departamentos y a los municipios la facultad de establecer impuestos de conformidad con la ley, (arts. 300-4 y 313-4), otorga a éstos últimos la potestad exclusiva de gravar la propiedad inmobiliaria, sin perjuicio de la contribución de valorización (C.P. art. 317); consagra el principio de que los impuestos regionales gozan de protección constitucional y no puede la ley trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior (C.P.

art. 362); prohíbe que la ley establezca exenciones o tratamientos preferenciales sobre los tributos de las entidades territoriales, o consagrar recargos sobre sus impuestos a menos que el recargo esté destinado a las entidades responsables del manejo y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables (C.P. art. 294).

2.2.3. Cuando no existe un límite exacto establecido por un mandato inequívoco y tajante o una prohibición insalvable, ¿cuál puede ser el elemento de referencia para establecer los límites de la injerencia de la ley en la función tributaria de las entidades territoriales, sin que por ello se menoscabe el principio de autonomía fiscal que la Constitución reconoce a dichas entidades?

En sentencia del 14 de enero de 1993, la Corte sintetizó en estos términos la respuesta a ese interrogante²:

“En conclusión, esta Corte considera que la introducción del concepto de autonomía que implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del estatuto unitario. De esta forma, a la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por esto, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes. Por el contrario dichas competencias, como lo señala la propia Constitución debe ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”.

Lo que se está señalando por la Corte es que la expresión y gestión de los intereses regionales, propios de la autonomía, no resultan contrarios ni excluyentes con los propósitos y objetivos de alcance nacional; es decir, pueden existir competencias concurrentes que impliquen en un momento dado la necesidad de afirmar los intereses locales y que al mismo tiempo entren en conflicto con los intereses nacionales, en cuyo caso se debe hacer la ponderación adecuada que consulte en lo posible su armonización, pero “se privilegiará el interés que concentre el mayor valor social”³.

2.2.4. El artículo 42 sobre el cual recae la objeción presidencial consagra un tratamiento tributario favorable para las zonas comunes y el espacio público interno en las unidades inmobiliarias cerradas, con lo que, a juicio del ejecutivo, se vulnera la facultad exclusiva de los distritos y municipios del país para establecer y manejar el impuesto predial.

² C-004/93, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

³ C-478/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con miras a analizar la constitucionalidad de la referida norma, es necesario analizar el cuerpo normativo general del cual hace parte, y las finalidades sociales que ella persigue. No es posible, en consecuencia, darle un tratamiento singular, el de una norma meramente tributaria, aislada por completo del contexto normativo del cual forma parte.

La ley se inscribe dentro de la denominada materia urbanística que comprende todo el sistema normativo que de modo general regula la ordenación y planeación del desarrollo del territorio en lo urbano y lo suburbano, su deslinde con lo meramente rural, sin desconocer la influencia e interrelación con éste, la incorporación o destinación de tierras rurales a usos urbanos, la determinación de los usos de la tierra urbana, que comprende la utilización de inmuebles para uso privado y los que deben destinarse al espacio público y a la conservación del ambiente y de los recursos naturales y las limitaciones o restricciones de diferente orden con el fin de hacer prevalecer el interés público general y la función social de la propiedad sobre el interés particular. De este modo, los inmuebles urbanos constituyen la base o el centro que sirve de sustrato a la regulación normativa atañedora a diferentes aspectos que conciernen a los regímenes de la propiedad individual, horizontal, del espacio público, de las áreas de conservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales, de expropiación, servidumbres, catastral, impositivo etc. y, en general, los relativos a los diferentes usos de la tierra y del suelo.

La ley de la cual hace parte la norma objetada, tienen por objeto establecer los principios generales para el desarrollo y funcionamiento de las unidades inmobiliarias cerradas y la reglamentación de los derechos y obligaciones de los copropietarios con respecto al municipio o al distrito, organizar su funcionamiento para procurar una mejor calidad de vida y la convivencia armónica de éstos, los moradores y los usuarios y "establecer áreas comunes de servicios sociales necesarios bajo estándares mínimos nacionales", con arreglo a los principios generales de la función social de la propiedad, la función urbanística y el respeto a la privacidad aunque con limitaciones para garantizar un grado de aislamiento acústico y visual de las áreas respectivas. La función social implica la provisión de áreas suficientes para atender las necesidades de las personas y su relación con la comunidad, tales como la circulación, recreación, reunión y disfrute social; la protección y conservación ambiental, la armonía estética del conjunto urbano; y la función urbanística, la integración funcional, ambiental y espacial de las construcciones con el entorno, así como el acatamiento de las normas urbanísticas de planeación y de construcción municipales.

En las circunstancias anotadas, es preciso considerar que si bien el art. 42 alude al impuesto predial y a las contribuciones de valorización, tiene una relación íntima con la materia urbanística, en cuanto alude al llamado espacio público interno para efectos de determinar que deben existir en relación con éste los efectos del pago del impuesto predial y de las contribuciones de valorización tarifas

diferenciales menores a las que corresponden a las áreas privadas, aspecto aquél que constituye materia de reserva de ley.

El concepto de espacio público, conceptualmente ya no es el mismo de antaño, limitado a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes y caminos), según la legislación civil, sino que es mucho más comprensivo, en el sentido de que comprende en general la destinación de todo inmueble bien sea público o privado al uso o a la utilización colectiva, convirtiéndose de este modo en un bien social. Es así como el art. 5 de la ley 9 de 1989 entiende por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas, que trascienden, por lo tanto los límites de los intereses individuales de los habitantes.

En tal virtud, constituyen "...el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, 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 y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo".

De acuerdo con las consideraciones precedentes, es necesario tener en cuenta que la norma alude a un aspecto, el llamado "espacio público interno" que como se vio antes constituye un aspecto que concierne a los llamados intereses colectivos o sociales que corresponde regular al legislador. De este modo, no puede resultar extraño que, para efectos del impuesto predial, el legislador determine, dado el valor y la connotación social que tienen las áreas que integran dicho espacio, que ellas sean gravadas con un impuesto predial diferenciado menor que el previsto para las áreas privadas. Ello se adecua a la Constitución, porque ésta no sólo propicia y protege el surgimiento y consolidación de otras formas alternas de dominio diferente a la tradicional propiedad individual, como son las formas asociativas y solidarias a que alude el inciso 2 del artículo 58 sino que, además, le asigna al Estado el deber de velar por la protección de la integridad de las zonas destinadas al espacio público y al uso común (C.P. art. 82).

De otra parte, es necesario considerar, que la obligación de contribuir a los gastos e inversiones del Estado (art. 95 C.P.) debe estar sustentada en conceptos de justicia y equidad, razón por la cual se consultan éstos cuando el legislador permite el establecimiento de tarifas diferenciales menores para las zonas comunes y del espacio público interno, con respecto a las que corresponden a las áreas de dominio privado, pues la institución de aquéllas responden más a los intereses comunitarios prevalentes, que a los intereses privados.

No resulta irrazonable ni desproporcionado, antes por el contrario consulta finalidades constitucionales que son válidas, el establecimiento en el art. 42 de las aludidas restricciones a la autonomía de los municipios para establecer impuestos, mas aún cuando con ellas se satisface o persigue un interés de alcance general y la consecución de un objetivo de mayor valor social que el que pueda representar el tratamiento tributario uniforme de las áreas que componen las unidades inmobiliarias cerradas.

La competencia privativa que tienen los municipios para gravar la propiedad inmueble no se vulnera con la disposición objetada, porque dicha potestad subsiste en cabeza de aquéllos, en el sentido de que pueden señalar, conforme a la ley, todos los elementos del respectivo tributo, sólo que con el fin de perseguir finalidades constitucionales legítimas se ha dispuesto en la norma comentada el establecimiento de tarifas diferenciales en las condiciones en ellas señaladas, pero que en todo caso deben ser fijadas por la competente autoridad municipal (arts. 313-4 y 338 C.P.).

En conclusión, considera la Corte:

Que no se desconoce la preceptiva del art. 317, en el sentido de que sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble, pues la norma no les desconoce dicha facultad ni consagra una exención a un impuesto municipal. Pueden los municipios gravar con el impuesto predial los inmuebles correspondientes a las referidas unidades inmobiliarias cerradas, sólo que deben establecer tarifas diferenciales menores con respecto a las zonas que conforma el llamado espacio público interno, lo cual tiene, como se ha visto, una justificación constitucional.

Que en el establecimiento de las referidas tarifas diferenciales las autoridades municipales gozan de plena autonomía. Sin embargo, en su determinación deben obrar con criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad que consulten los intereses municipales y de la comunidad. Por lo tanto el uso desviado de esta facultad, atentatorio contra los intereses públicos sociales puede dar lugar al uso de la acción pública de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es en razón de las anteriores reflexiones que la Corte considera infundadas las objeciones del Gobierno a la norma del art. 42 del proyecto.

2.3. Objeción contra el artículo 44.

Un derecho se coarta no sólo cuando expresamente o de manera abierta se impide u obstruye su ejercicio, sino, de igual modo, cuando de alguna manera y a través de diferentes medios, se imponen condicionamientos o exigencias que anulan o dificultan en extremo la posibilidad de su ejercicio o la forma para hacerlo efectivo.

Cuando la Constitución consagra el derecho fundamental en favor de toda persona para acceder a la administración de justicia, es decir, el derecho público abstracto de ejercer los actos de postulación necesarios para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado y a que se tramite y resuelva la pretensión que se formula, en principio, no establece directamente cortapisas que lo disminuyan o limiten, sino que defiere al legislador la definición de los tipos de acciones, las condiciones objetivas y subjetivas para su ejercicio, la oportunidad en que pueden ser instauradas etc., pues aquél le compete según el art. 29 de la Constitución determinar el juez o tribunal competente para conocer de dichas acciones y las formas propias de cada juicio que deben ser observadas.

En el establecimiento de las formas propias de cada actuación judicial, que comprende así mismo la regulación de las diferentes acciones, el legislador debe tomar como punto de referencia la realidad social y extraer de ellas reglas útiles que hagan expedito y eficaz el derecho de acción. Por lo tanto, si bien el legislador goza de libertad para establecer las formas procesales, en el diseño de éstas deben observarse los criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad. No son válidas constitucionalmente, en consecuencia, aquéllas formas procesales que se desvían de dichos criterios y que anulan u obstaculizan irrazonablemente el ejercicio del derecho de acción.

Considera la Corte que la norma del art. 44 del proyecto es inconstitucional por las siguientes razones:

La consagración de una mayoría de las dos terceras partes de los votos de los copropietarios de una unidad inmobiliaria cerrada, para obtener la autorización de impugnar las decisiones de las autoridades de planeación y urbanismo, resulta a todas luces irracional y desproporcionada, porque significa la consagración de un sistema específico y excepcional para la impugnación de los referidos actos administrativos subjetivos, que desconoce la realidad social y particularmente la forma como operan en la práctica las asambleas de copropietarios, en las cuales el ausentismo de sus miembros es la regla de conducta constante. Con mucha dificultad y luego de más de una citación, por lo menos, se logra que concurran a ella el número mínimo para llevar a acabo la respectiva sesión.

Conseguir la aquiescencia del 75% de los miembros de la asamblea, como lo prevé la norma, es casi un imposible. Por ende, la exigencia del proyecto configura, en la práctica, la negación del derecho de acción para impugnar dichas decisiones.

Dice el Procurador en su concepto que la norma en referencia no prohíbe a las demás personas naturales o jurídicas, acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de las acciones que regula el código de la materia, que dicha norma lo que hace es establecer una regla de funcionamiento interno de las unidades inmobiliarias cerradas y que al "imponer un consenso entre los propietarios, como condición previa para demandar a las mencionadas autoridades, se explica en cuanto se trata de intereses que afectan a una comunidad y, además, atendiendo a la trascendencia que implica el hecho de oponerse a las autoridades públicas".

No comparte la Corte el criterio del señor Procurador, por varias razones:

El Código de lo Contencioso Administrativo regula en los arts. 84 y 85, de modo general, las condiciones bajo las cuales toda persona puede hacer uso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, establece los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de las referidas acciones.

El legislador bien puede consagrar requisitos o condiciones para el ejercicio de dichas acciones en ciertos casos, distintos de los previstos en el referido código, pero como se dijo antes la respectiva regulación debe obedecer a criterios de razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad, que justifiquen objetivamente el trato diferenciado y que no consagren discriminaciones lesivas del derecho a la igualdad.

Se viola en el presente caso el derecho a la igualdad, cuando desatendiendo los aludidos criterios el legislador impone a las personas jurídicas que constituyen las unidades inmobiliarias cerradas una carga procesal onerosa y excepcional que no se exige a las demás personas que acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrado.

A juicio de la Corte, la norma revela un paternalismo excesivo, si lo que persigue es la protección del patrimonio de las mencionadas unidades, en el sentido de que el ejercicio de las acciones contencioso administrativas que pueden conllevar la asunción de gastos, algunas veces considerables, debe contar con la aprobación de una mayoría calificada. Pero dicho tratamiento, no se justifica constitucionalmente en la medida en que cercena el derecho a la acción contencioso administrativa.

Además, dicha norma consagra una injerencia excesiva y desproporcionada del legislador en el ámbito del derecho de asociación, si se tiene en cuenta que como personas jurídicas son las propias unidades cerradas las que deben determinar, según lo establezcan sus propios estatutos, la conveniencia y las condiciones bajo las cuales ejercitan el derecho de acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Avalar la referida norma, implicaría legitimar una intervención indebida en el manejo y administración de dichas unidades, pues el establecimiento de las reglas o procedimientos de gestión de sus propios intereses sólo a ellas compete.

No cabe duda, entonces, que la norma objetada quebranta los artículos 29 y 229 de la Constitución Política. Por consiguiente se declarará fundada la objeción.

VII. DECISION

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar **Exequible** el artículo 42 del proyecto de ley número 258/96 Senado, 031/95 Cámara, “por la cual se modifica el régimen de las Unidades Inmobiliarias Cerradas”. Por consiguiente, decláranse infundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas contra dicha norma.

Segundo. Declarar **Inexible** el artículo 44 del referido proyecto. Por consiguiente, decláranse fundadas las objeciones por inconstitucionalidad formuladas contra la norma en mención.

Tercero. Dése aplicación a lo previsto en el artículo 167 de la Constitución para los fines allí señalados.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Señor Presidente de la República y al Señor Presidente del Congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
—Con salvamento parcial de voto—

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—Con salvamento parcial de voto—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO A LA
SENTENCIA No. C-346
Julio 22 de 1997**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION
PRESIDENCIAL - Alcance / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL - Artículos no
objutados y verificación con todos los preceptos constitucionales
(Salvamento parcial y aclaración dvoto)**

Es verdad que, en principio, el control que debe ejercer la Corte sobre los proyectos de ley objetados debe recaer sobre las normas materia de discusión entre el Congreso y el Gobierno, a propósito de la objeción formulada. También en principio, el asunto que de modo primordial debe ocupar a la Corte es precisamente el que, con referencia a los preceptos objetados, resulte de los cargos que el Presidente de la República formula cuando se niega a sancionar lo aprobado por el Congreso, alegando su total o parcial inconstitucionalidad. Pero, cuando, al asumir el examen de la normatividad puesta en tela de juicio por el Ejecutivo, la Corte encuentre que, pese a no estar llamados a prosperar los argumentos presidenciales, existen otros motivos por los cuales las normas objetadas quebrantan la Constitución, está obligada a declarar la correspondiente inexecutable, aunque no surja de los razonamientos contenidos en las objeciones. Es mi criterio el de que, si la Corporación, persuadida de la inconstitucionalidad de una norma objetada, por motivos distintos de los señalados por el Presidente -por ejemplo, en cuanto ella no vulnere los artículos constitucionales que el Jefe del Estado indique, pero sí otro u otros-, permite que la ley que la contiene sea sancionada, incumple, mediante un esguince de carácter formal, su función básica, que reside en velar por el imperio efectivo de la Constitución Política. Ninguna distinción se hace, ni para excluir del examen constitucional artículos no objetados, ni para impedir que la verificación de su contenido se haga frente a todos los preceptos constitucionales. Según la Constitución, el fallo de exequibilidad obliga al Presidente de la República a sancionar el proyecto y sería un contrasentido, en grave detrimento del imperio de la Carta, que una Corte Constitucional, mediante su sentencia, forzara al Jefe del Estado a sancionar una ley que ella sabe inconstitucional, por el sólo motivo de una limitante formal, confiada al tino del Gobierno, pese al conocimiento efectivo del vicio existente.

Ref.: Expediente OP-017.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Reitero lo dicho en mi aclaración de voto respecto de la Sentencia C-337/97 (expediente OP-016), sobre el alcance del control de constitucionalidad de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República:

“La mayoría de mis colegas se ha negado a admitir que la Corporación, en cumplimiento de su tarea, tenía el deber de verificar aspectos distintos de los señalados por el Presidente de la República en su documento de objeciones, si tales elementos diversos mostraban —como, en mi criterio, ocurría con una de las disposiciones objetadas— una clara vulneración de mandatos constitucionales.

“Es verdad que, en principio, el control que debe ejercer la Corte sobre los proyectos de ley objetados debe recaer sobre las normas materia de discusión entre el Congreso y el Gobierno, a propósito de la objeción formulada.

“También en principio, el asunto que de modo primordial debe ocupar a la Corte es precisamente el que, con referencia a los preceptos objetados, resulte de los cargos que el Presidente de la República formula cuando se niega a sancionar lo aprobado por el Congreso, alegando su total o parcial inconstitucionalidad.

“Por eso, la regla general consiste en que la Corte Constitucional, estudiado el caso, declare fundadas o infundadas las objeciones presidenciales.

“Pero —en ello estriba mi disentimiento—, cuando, al asumir el examen de la normatividad puesta en tela de juicio por el Ejecutivo, la Corte encuentre que, pese a no estar llamados a prosperar los argumentos presidenciales, existen otros motivos por los cuales las normas objetadas quebrantan la Constitución, está obligada a declarar la correspondiente inexequibilidad, aunque no surja de los razonamientos contenidos en las objeciones.

“Es mi criterio el de que, si la Corporación, persuadida de la inconstitucionalidad de una norma objetada, por motivos distintos de los señalados por el Presidente —por ejemplo, en cuanto ella no vulnere los artículos constitucionales que el Jefe del Estado indique, pero sí otro u otros—, permite que la ley que la contiene sea sancionada, incumple, mediante un esguince de carácter formal, su función básica, que reside en velar por el imperio efectivo de la Constitución Política.

“Se dirá que la Corte carece de competencia en esa hipótesis, por referirse su eventual fallo a temas que no le fueron planteados, pero tal aseveración choca, de manera manifiesta, con el sentido esencial del artículo 241 de la Carta, a cuyo tenor «a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y

supremacía de la Constitución», y con el alcance del numeral octavo *ibídem*, que le ordena «decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los **proyectos de ley** que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales (...), tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación» (se subraya).

“En concordancia con dicho mandato, el del artículo 167 de la Constitución dispone que «en tal evento (el de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad), si las cámaras insistieren, el **proyecto** pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes, decida sobre su **exequibilidad**» (subrayo).

“La misma norma agrega que «si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte».

“Como se observa, ninguna distinción se hace, ni para excluir del examen constitucional artículos no objetados, ni para impedir que la verificación de su contenido se haga frente a todos los preceptos constitucionales.

“Además, no debe pasarse por alto que, según la Constitución, el fallo de exequibilidad obliga al Presidente de la República a sancionar el proyecto y sería un contrasentido, en grave detrimento del imperio de la Carta, que una Corte Constitucional, mediante su sentencia, forzara al Jefe del Estado a sancionar una ley que ella sabe inconstitucional, por el sólo motivo de una limitante formal, confiada al tino del Gobierno, pese al conocimiento efectivo del vicio existente.

“Me pregunto si la interpretación en cuya virtud la Corte, por su propia voluntad, se pone una venda en los ojos, acata el principio básico de la suprallegalidad constitucional, expresado magistralmente en el artículo 4 de la Carta vigente, que dice: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

“De otro lado, considero que la Sala dejó escrito el artículo 22, inciso 2, del Decreto 2067 de 1991, incluido en el Capítulo IV de dicho estatuto, que se refiere en general a las sentencias de la Corte Constitucional y no sólo a las que tienen origen en la acción pública (por lo cual cobija también las que resuelven sobre objeciones presidenciales), que dice: «La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso».

“No ignoro la existencia del artículo 35 del mismo Decreto, según el cual «la sentencia que declare constitucional un proyecto de ley objetado, surtirá efectos

de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por el Gobierno y consideradas por la Corte, y obliga al Presidente de la República a sancionarlo».

“Pero es que tal norma parte del supuesto de la declaración de constitucionalidad, de la cual deriva precisamente la obligación que tiene el Presidente de sancionar el proyecto, o las normas del mismo que se encuentran ajustadas a la Constitución, justamente sobre ese supuesto —el de la constitucionalidad—, pues mal podría, como digo, precipitar tal sanción en la hipótesis contraria. Además, ese precepto no impone a la Corte la limitación que en el presente proceso ha hecho carrera, pues debe observarse que no incorpora únicamente las normas invocadas por el Gobierno sino las consideradas por la Corporación, que no pueden ser otras que todas las que integran la Carta Política, si se hace una interpretación sistemática con los cánones constitucionales que establecen el control y con el ya citado inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991”.

Todo lo dicho es aplicable al presente proceso.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-346
Julio 22 de 1997

**PROPIEDAD ASOCIATIVA Y SOLIDARIA - Alcance respecto a la propiedad
privada (Salvamento parcial de voto)**

De la sentencia se colige que la propiedad que tienen los sujetos privados sobre las áreas comunes de un inmueble cerrado sometido al régimen de propiedad horizontal, constituye una forma de propiedad solidaria o asociativa. Esta apreciación resulta inadmisibles desde varios puntos de vista. El concepto de propiedad solidaria o asociativa se contraponen al de propiedad privada en sentido tradicional. Se trata de una propiedad cuyo uso no está dirigido al goce individual y egoísta, sino que, precedido de una asociación, el bien se destina al logro de fines comunes, dentro del marco de la "economía solidaria", es decir, esta categoría se refiere a asociaciones que se articulan alrededor de un propósito o beneficio común, sea o no lucrativo. Resulta claro que, conforme a la legislación vigente, la propiedad que se tiene sobre los espacios comunes de los predios sometidos al régimen de propiedad horizontal se reputa privada, aunque común, en el sentido tradicional del concepto de propiedad privada. Se advierte que la mayoría incurre en una confusión entre la asociación vinculada a la propiedad privada y las formas asociativas de propiedad. Esta última, está dirigida a reconocer la existencia de una propiedad regida por principios democráticos, en la cual el dominio es un accidente dentro del proceso de gestación y desarrollo de actividades solidarias. De ahí que no pueda justificarse la intromisión del legislador en el ámbito tributario municipal so pretexto de fomentar una forma de propiedad, del todo ajena a la figura regulada.

ESPACIO PUBLICO - Protección de la integridad
(Salvamento parcial de voto)

La protección de la integridad del espacio público, tanto el público en sentido estricto como el interno, se logra a través de la imposición de reglas de urbanismo, esto es, normas que regulan los diversos aspectos relativos a la transformación del paisaje urbano y las características de las unidades habitacionales. Dentro de dicho cuerpo normativo se encuentran las disposiciones que definen alturas máximas, el uso del suelo, las condiciones para la conexión de los servicios públicos, preservación histórica,

características de los inmuebles en relación con el paisaje y el vecindario, ubicación y sentido de las vías, etc. Se puede cuestionar la relación de la disposición objetada con el paisaje y el urbanismo. La norma claramente está orientada a definir aspectos tributarios relativos al impuesto predial y a la contribución de valorización. Nada tiene que ver con normas de urbanismo y de protección del espacio público propiamente dicho. En efecto, primeramente se define quiénes son responsables del pago de tales factores impositivos -unidades inmobiliarias cerradas-, luego se determina el hecho imponible -zonas comunes y espacio público interno- y, finalmente, se establece un aspecto de la tarifa del impuesto o contribución.

POTESTAD TRIBUTARIA DEL MUNICIPIO - Limitaciones deben responder a razones válidas / **AUTONOMIA TERRITORIAL** - Establecimiento de tabla tarifaria de impuesto o contribución (Salvamento parcial de voto)

La Corte ha debido determinar si las limitaciones impuestas a la potestad tributaria de los municipios respondía a alguna razón constitucionalmente válida. La norma no tiene como fin la realización de propósitos constitucionales —promoción de propiedad solidaria y protección de la integridad del espacio público—. Por esta razón, el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad sobre la definición legal de la tarifa del impuesto predial y de la contribución de valorización debe referirse únicamente al ámbito tributario. Establecer la tabla tarifaria de un impuesto o contribución constituye una de las manifestaciones más genuinas de la autonomía territorial. Al margen de la función impositiva (recaudo de recursos), las tablas tarifarias hacen parte de la política económica que define diversos planes de desarrollo y determina el alcance y uso de los distintos instrumentos a su alcance. No existe razón válida para sustraer al municipio de la utilización de mecanismos, como las tarifas, que pueden resultar decisivas a la hora de alcanzar los fines y objetivos, estos sí, definidos en la misma carta. La definición legal, aunque sea sumaria, de una tabla diferencial, menosprecia la capacidad de los municipios y distritos para analizar y adoptar la fórmula tarifaria que más convenga a los propósitos institucionales. Desde este punto de vista, la disposición resulta desproporcionada e inútil. En efecto, limitando las potestades tributarias de los municipios del modo indicado, no se garantiza una justa evaluación de las necesidades municipales y de la capacidad económica de los pobladores. Por el contrario, socava las opciones de financiación municipal y restringe, al colocar obstáculos, el proceso de planeación y de autogestión.

Ref.: Expediente O.P.-017.

Proyecto de ley N° 258/96 Senado - 31/95 Cámara "Por el cual se adicional y reglamenta lo relacionado con las unidades inmobiliarias cerradas sometidas al régimen de propiedad horizontal".

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación, el suscrito magistrado se permite exponer a continuación las razones que lo llevaron a disentir, parcialmente, de la posición mayoritaria en el asunto de la referencia.

1. En la sentencia de la que discrepo, la Corte decidió declarar exequible el artículo 42 del proyecto de ley de la referencia. La mayoría consideró que el artículo objetado no desconocía los artículos 287, 313-4 y 338 de la C.P. La decisión se apoya en el hecho de que, al revisar el proyecto de ley en que se inserta la disposición objetada, se descubre que ella "tiene una relación íntima con la materia urbanística, en cuanto alude al llamado espacio público interno para efectos de determinar que deben existir en relación con éste para efectos del pago del impuesto predial y de las contribuciones de valorización tarifas diferenciales menores a las que corresponden a las áreas privadas", lo cual es tema de reserva de ley, en la medida en que el artículo 82 de la Carta "le asigna al Estado el deber de velar por la protección de la integridad de las zonas destinadas al espacio público y uso común". Por otra parte, mediante la disposición se propicia y protege el surgimiento y consolidación de otras formas de dominio diferentes de la tradicional propiedad individual, como son las formas asociativas y solidarias a que alude el inciso 2 del artículo 58 de la C.P.

Por otra parte, se asevera que la norma no despoja a los municipios de la regulación de los tributos propios, sino que la ley ha definido algunos de los elementos de uno de ellos, en atención a la consecución de fines constitucionales legítimos.

Tres son la razones que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria: alcance del concepto de propiedad asociativa y solidaria, protección del espacio público y autonomía municipal.

Propiedad asociativa y solidaria.

2. De la sentencia se colige que la propiedad que tienen los sujetos privados sobre las áreas comunes de un inmueble cerrado sometido al régimen de propiedad horizontal, constituye una forma de propiedad solidaria o asociativa. Esta apreciación resulta inadmisibles desde varios puntos de vista.

3. En los debates en la Asamblea Constituyente se dijo, en relación con la propiedad solidaria, lo siguiente:

«Empresa Privada, Solidaria y Estatal

"Las formas de economía solidaria son consideradas como un eficaz alternativa para satisfacer necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluye el afán indiscriminado de lucro, sino

también, lo que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo.

“Por esa razón, desde hace varios años las más variadas iniciativas han propuesto otorgar garantías constitucionales a las formas de propiedad y economía solidaria.

“Estas propuestas encontraron amplia resonancia no sólo en sectores comprometidos tradicionalmente con el movimiento cooperativo sino también en otros, como el de los indígenas, cuya presencia en la vida política del país ha sido vista con especial complacencia, como quiera que constituye el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación colombiana y valioso aporte en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

“Igualmente se ha sugerido que la solidaridad se constituya en elemento propio y característico de algunas formas de propiedad, lo cual, en verdad, no es nada distinto a reconocer la existencia de este fruto natural de su función social».

“De otra parte, es pertinente observar que las instituciones de nuestro derecho agrario, como las empresas comunitarias, son buena muestra de que la economía solidaria tiene actualmente algún asidero en la legislación vigente.

“En virtud de todo lo anterior, lo que ahora se busca, es pues, darle carta de ciudadanía en la nueva Constitución, al menos en igualdad de condiciones con otras formas de organización económica destinadas también a satisfacer necesidades sociales.

“Más aún, varios proyectos proponen que el texto constitucional ordene que se promueva o estimule la propiedad o economía solidaria. La propuesta se fundamenta en que no basta con reconocer su igualdad formal, sino que necesita del apoyo estatal para superar la condición de debilidad en que, con frecuencia, concurre al mercado frente al vigoroso desarrollo de la empresa privada y estatal, en razón de que esta forma de organización ha sido objeto de discriminación y abandono por parte del Estado”¹.

De lo expuesto se desprende que el concepto de propiedad solidaria o asociativa se contrapone al de propiedad privada en sentido tradicional. Se trata de una propiedad cuyo uso no está dirigido al goce individual y egoísta, sino que, precedido de una asociación, el bien se destina al logro de fines comunes, dentro del marco de la “economía solidaria”, es decir, esta categoría se refiere a asociaciones que se articulan alrededor de un propósito o beneficio común, sea o no lucrativo.

¹ Cfr. Gaceta Constitucional N.º. 80. Informe ponencia para Primer Debate en plenaria: Régimen económico. Ponentes: Marulanda Iván, Perry Guillermo, Benítez Jaime, Cuevas Tulio, Garzón Angelino, Guerrero Guillermo, p. 20.

El sentido de la protección constitucional que se extiende a tales formas de propiedad se ilustra en la Sentencia C-074/93²:

“Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba en todo caso buscar la transformación de la propiedad pública o privada en propiedad asociativa o solidaria. Lo que sí impone la Carta es la obligación de dar prioridad, en cualquier caso de injerencia legítima del Estado, —privatización, venta de activos de sus empresas, participación en la gestión empresarial etc.— a estos tipos de propiedad que por su carácter democrático y participativo, contribuyen a realizar el Estado social de derecho”.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en señalar el vínculo existente entre propiedad solidaria o asociativa y la economía solidaria. Al respecto puede estudiarse la jurisprudencia dictada en sede de control abstracto de las normas reguladoras de los procesos de privatización.³

4. El artículo 2° de la Ley 182 de 1948 define claramente la naturaleza de la propiedad que los propietarios individuales tienen sobre el espacio público interno y las zonas comunes:

“Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y, comunero en los bienes afectados al uso común”.

Es decir, los bienes afectados al uso común son “del dominio inalienable e indivisible de todos *los propietarios del inmueble*” (Ley 182/48 art. 3)

El concepto de propiedad en común —la que se predica del comunero—, está contenida en el artículo 1868 del C.C., que dispone:

“Si la cosa es común de dos o más personas pro indiviso...”

Cabe destacar que el artículo 4° de la Ley 182 de 1948, define el alcance y las restricciones del derecho de propiedad del comunero, respecto de los bienes comunes:

“El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes será proporcional al valor del piso o departamento de su dominio.

“Los derechos de cada propietario, en los bienes comunes, son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos

² M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

³ Sentencias C-074/93, C-037/94, C-474/94, C-028/95, C-589/95

y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que acceden”.

Resulta claro que, conforme a la legislación vigente, la propiedad que se tiene sobre los espacios comunes de los predios sometidos al régimen de propiedad horizontal se reputa privada, aunque común, en el sentido tradicional del concepto de propiedad privada.

5. Se advierte que la mayoría incurre en una confusión entre la asociación vinculada a la propiedad privada y las formas asociativas de propiedad. Esta última, está dirigida a reconocer la existencia de una propiedad regida por principios democráticos, en la cual el dominio es un accidente dentro del proceso de gestación y desarrollo de actividades solidarias.

De ahí que no pueda justificarse la intromisión del legislador en el ámbito tributario municipal so pretexto de fomentar una forma de propiedad, del todo ajena a la figura regulada.

Protección del espacio público.

6. La posición mayoritaria señala que “la ley de la cual hace parte la norma objetada, tienen (sic) por objeto establecer los principios generales para el desarrollo y funcionamiento de las unidades inmobiliarias cerradas y la reglamentación de los derechos y obligaciones de los copropietarios con respecto al municipio o al distrito, organizar su funcionamiento para procurar una mejor calidad de vida y la convivencia armónica de éstos, los moradores y los usuarios y ‘establecer áreas comunes de servicios sociales necesarios bajo estándares mínimos nacionales’, con arreglo a los principios generales de la función social de la propiedad, la función urbanística y el respeto a la privacidad aunque con limitaciones para garantizar un grado de aislamiento acústico y visual de las áreas respectivas”. De ahí que se entienda que la norma objetada, y las restantes de la ley de la cual hace parte, se oriente a desarrollar el mandato del artículo 82 de la C.P.

7. No puede objetarse que la regulación de los aspectos urbanísticos relacionados con la propiedad horizontal tiene una fuerte relación con la protección del espacio público. Inclusive, resulta acertado vincular la protección a dicho espacio *in abstracto* con el espacio público interno, tan caro a la calidad de vida. En este sentido, la sentencia hace un significativo aporte al desarrollo de normas urbanísticas, tan necesarias ante el vertiginoso y desenfrenado proceso de urbanización en Colombia. Sin embargo, de la circunstancia de que el tema general de la ley sea el comentado, no se deduce que todas las disposiciones apunten en la misma dirección.

La protección de la integridad del espacio público, tanto el público en sentido estricto como el interno, se logra a través de la imposición de reglas de urbanismo, esto es, normas que regulan los diversos aspectos relativos a la transformación

del paisaje urbano y las características de las unidades habitacionales. Dentro de dicho cuerpo normativo se encuentran las disposiciones que definen alturas máximas, el uso del suelo, las condiciones para la conexión de los servicios públicos, preservación histórica, características de los inmuebles en relación con el paisaje y el vecindario, ubicación y sentido de las vías, etc.

Se puede cuestionar la relación de la disposición objetada con el paisaje y el urbanismo. La norma claramente está orientada a definir aspectos tributarios relativos al impuesto predial y a la contribución de valorización. Nada tiene que ver con normas de urbanismo y de protección del espacio público propiamente dicho. En efecto, primeramente se define quiénes son responsables del pago de tales factores impositivos —unidades inmobiliarias cerradas—, luego se determina el hecho imponible —zonas comunes y espacio público interno— y, finalmente, se establece un aspecto de la tarifa del impuesto o contribución.

Cabe preguntarse ¿de qué manera el impuesto predial (impuesto sobre la propiedad) o la contribución de valorización (impuesto sobre la plusvalía) protegen la integridad del espacio público? La sentencia no ofrece respuesta alguna. Se limita a presentar como un hecho cierto la idoneidad de la norma objetada como mecanismo para alcanzar el anotado fin constitucional. De manera lamentable y, por demás irrespetuosa de la autonomía individual, la mayoría asimila tributo a protección, y hace equivalentes los conceptos de coerción y protección.

Autonomía municipal.

8. Como indiqué en mi salvamento de voto a la sentencia C-195 de 1997, los artículos 294, 313-4 y 338 de la C.P. deben interpretarse en el sentido de resguardar la autonomía de los municipios para establecer y regular el régimen propio del tributo de que se trate con total libertad, una vez la ley los ha autorizado a cobrar un determinado impuesto.

Igualmente reitero lo señalado en relación con las limitaciones aplicables al legislador cuando crea o autoriza un impuesto territorial. En dicha ocasión sostuve:

“5. En efecto, cuando el artículo 294 de la Constitución establece que la ley no puede conceder exenciones de impuestos municipales, esto debe ser interpretado en el sentido de afirmar que, con ello, lo que se persigue es la protección de la autonomía de los municipios para establecer y regular el régimen propio del tributo de que se trate con total libertad, una vez la ley los ha autorizado a cobrar un determinado impuesto (C.P., artículos 313-4 y 338). La jurisprudencia de la Corte relativa al papel de la ley frente a las facultades tributarias de los municipios, tiene establecido que, en ejercicio de su potestad tributaria (C.P., artículos 300-4, 313-4 y 338), el Congreso de la República puede autorizar a las entidades territoriales para crear tributos o puede establecer los impuestos en forma directa, sin intervención de las corporaciones públicas territoriales⁴. Sin embargo, esta

Corporación ha determinado que la ley sólo puede crear directamente un tributo territorial cuando con ello se busque asegurar la estabilidad macroeconómica a nivel nacional. En particular, esta eventualidad se justifica cuando con ello se persiga aumentar la capacidad de pago de las entidades territoriales con el fin de cancelar créditos externos garantizados por la Nación (C.P., artículo 364)⁵. En cualquiera de estos eventos (creación directa o autorización), las facultades del Congreso de la República se encuentran sometidas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que consisten en que, pese a la intervención del Legislador, las entidades territoriales deben poder ejercer el derecho consagrado en el artículo 287-3 de la Constitución⁶.

“A juicio de la Corte, la distinción entre impuestos territoriales autorizados por la ley e impuestos territoriales creados por la ley tiene relevancia en punto a la determinación de los elementos esenciales del tributo en cuestión (C.P., artículo 338). En este sentido, si la ley se limita a autorizar la creación del impuesto, ésta puede tener un carácter general o puede delimitar específicamente el tributo. Si es general debe, por lo menos, señalar el marco global de actuación dentro del que deben moverse las asambleas departamentales y los concejos municipales, ésto es, los límites dentro de los cuales la ordenanza o el acuerdo respectivo fijen los contenidos concretos del impuesto. Por el contrario, si el impuesto territorial es creado por la ley, ésta debe fijar directamente todos los elementos esenciales del tributo⁷.

“En tratándose de impuestos cuya creación es autorizada por la ley, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que es potestativo de las entidades territoriales hacer obligatorios esos tributos en el ámbito de su jurisdicción⁸. De este modo, las entidades territoriales tienen autonomía para decidir sobre el establecimiento o supresión de tributos territoriales autorizados por la ley, autonomía que implica, en todo caso, la libre administración de los impuestos que hagan parte de sus recursos propios⁹. Sobre este punto, la Corte ha determinado que el Congreso de la República no detenta el monopolio de la fijación de los elementos constitutivos de los impuestos territoriales en Colombia. En efecto, cuando el Legislador no fija esos elementos, las asambleas y los concejos podrán proceder, directamente, a la fijación de los mismos¹⁰. A juicio de la Corporación, una interpretación distinta del artículo 338 de la Carta implicaría

⁴ SC-084/95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ SC-004/93 MP. Dr. Ciro Angarita Barón; SC-070/94 MP. Hernando Herrera Vergara.

⁶ SC-205/95 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ SC-004/93 MP. Dr. Ciro Angarita Barón; C-084/95 MP. Alejandro Martínez Caballero; SC-413/96 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ SC-413/96 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ SC-506/95 MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ SC-084/95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero ; SC-253/95 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; SC-537/95 MP. Dr. Hernando Herrera Vergara; SC-413/96 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

el desconocimiento del ámbito propio e inalienable de que disponen las entidades territoriales para establecer impuestos. Por esta razón, la ley que sujeta la potestad tributaria de los departamentos y municipios (C.P., artículos 300-4 y 313-4) debe dejar a estas entidades territoriales un margen de disposición lo suficientemente importante como para permitirles adecuar los tributos a sus necesidades, a la realización de sus fines y a la afirmación de su autonomía¹¹”.

9. La aplicación de la anterior doctrina conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 42 objetado. La Corte ha debido determinar si las limitaciones impuestas a la potestad tributaria de los municipios respondía a alguna razón constitucionalmente válida.

En los puntos anteriores se dejó claro que la norma no tiene como fin la realización de propósitos constitucionales -promoción de propiedad solidaria y protección de la integridad del espacio público-. Por esta razón, el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad sobre la definición legal de la tarifa del impuesto predial y de la contribución de valorización debe referirse únicamente al ámbito tributario.

10. Establecer la tabla tarifaria de un impuesto o contribución constituye una de las manifestaciones más genuinas de la autonomía territorial. Al margen de la función impositiva (recaudo de recursos), las tablas tarifarias hacen parte de la política económica que define diversos planes de desarrollo y determina el alcance y uso de los distintos instrumentos a su alcance. No existe razón válida para sustraer al municipio de la utilización de mecanismos, como las tarifas, que pueden resultar decisivas a la hora de alcanzar los fines y objetivos, estos sí, definidos en la misma carta (C.P. 311).

Por otra parte, la definición legal, aunque sea sumaria, de una tabla diferencial, menosprecia la capacidad de los municipios y distritos para analizar y adoptar la fórmula tarifaria que más convenga a los propósitos institucionales. Desde este punto de vista, la disposición resulta desproporcionada e inútil. En efecto, limitando las potestades tributarias de los municipios del modo indicado, no se garantiza una justa evaluación de las necesidades municipales y de la capacidad económica de los pobladores. Por el contrario, socava las opciones de financiación municipal y restringe, al colocar obstáculos, el proceso de planeación y de autogestión.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

¹¹ SC-413/96 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

**SENTENCIAS SOBRE
TRATADOS
INTERNACIONALES
JULIO
1997**

mecanismos de cooperación específicos y eficaces. Este convenio permite revitalizar y agilizar al máximo el comercio entre los dos países, sin que para ello el Estado Colombiano deba incurrir en costos fiscales.

ACUERDO INTERNACIONAL COMERCIAL - Pago de operaciones

Los pagos derivados de las operaciones de comercio exterior desarrollados en el marco del Convenio se realizarán en moneda libremente convertible y conforme a los reglamentos cambiarios de cada país con lo cual se da aplicación al principio de reciprocidad y respeto a la soberanía nacional, encajando dentro del ordenamiento superior colombiano, y no contraviene ningún principio, valor, ni derecho fundamental.

Referencia: Expediente LAT-095.

Revisión de Constitucionalidad de la Ley 341 de 1996, de 27 de diciembre de 1996, por medio de la cual se aprobó el "Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa", suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 2 de Mayo de 1995.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997)

I. ANTECEDENTES

El 14 de enero de 1997, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a través de una comunicación, remitió a esta Corporación, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 241 de la C.P. , fotocopia autenticada de la Ley 341 de 1996 de 27 de diciembre de 1996, por medio de la cual se aprobó el acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el día 2 de mayo de 1995.

El día 3 de febrero de 1997, el Magistrado Sustanciador, luego de asumir la revisión de la Ley 341 de 1996 y del instrumento que la misma aprobó, ordenó la práctica de las siguientes diligencias. Solicitó a la Secretaría General del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, el envío de la copia del correspondiente expediente legislativo, y ordenó que una vez cumplido lo anterior, por Secretaría General se procediera a la fijación en lista del negocio, y a practicar el traslado correspondiente al despacho del señor Procurador General de la Nación, para efectos de recibir el concepto de su competencia.

Posteriormente por auto de fecha 28 de abril de 1997, se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores, la certificación sobre competencia y representación para suscribir a nombre de la República de Colombia el Tratado correspondiente.

Una vez cumplidos los trámites indicados para esta clase de actuaciones procesales de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DEL INSTRUMENTO

"LEY 341 DE 1996

"Por medio de la cual se 'aprueba El Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa', suscrito en Santafé de Bogotá D.C., el 02 de mayo de 1995.

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

Vistos los textos del " ACUERDO COMERCIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA CHECA", suscrito en Santafé de Bogotá D.C., el 02 de mayo de 1995.

ACUERDO COMERCIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA CHECA.

El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, en adelante "Las Partes Contratantes", animados por el deseo de fomentar y fortalecer las relaciones comerciales entre los dos países, sobre la base de los principios del respeto de la soberanía nacional, igualdad de derechos y mutuo beneficio, teniendo en cuenta sus obligaciones regionales e internacionales,

HAN CONVENIDO LO SIGUIENTE:

ARTICULO I

Las Partes Contratantes, dentro del marco de las leyes vigentes en los dos países, en concordancia con los derechos y obligaciones contemplados en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio- GATT -, así como con las cláusulas del presente Acuerdo, fomentarán y facilitarán el desarrollo del intercambio comercial entre ambos países.

ARTICULO II

Para el intercambio comercial, las personas naturales y jurídicas de las dos Partes formalizarán contratos con base en el presente Acuerdo, tomando como referencia los precios del mercado internacional.

ARTICULO III

Las Partes Contratantes concederán la autorización para exportaciones e importaciones exentas de aranceles aduaneros, impuestos y demás derechos para los siguientes artículos, siempre y cuando así lo permitan las disposiciones legales vigentes en cada país:

- A) Muestras de productos y materiales de publicidad comercial necesarios para obtener pedidos y para fines publicitarios;*
- B) Mercancías que deben ser enviadas a fin de ser reemplazadas, siempre y cuando los artículos substitutivos sean devueltos;*
- C) Artículos y mercancías para ferias y exposiciones permanentes u organizadas temporalmente, siempre y cuando dichos artículos y mercancías no sean vendidas;*
- D) Repuestos suministrados gratuitamente en cumplimiento de garantías otorgadas;*
- E) Herramientas y equipos destinados a los servicios en el territorio de una de las Partes Contratantes, siempre y cuando no sean vendidos.*

ARTICULO IV

Con el fin de incentivar las relaciones comerciales entre los dos países, cada Parte Contratante concederá a los agentes económicos de la otra Parte, las facilidades necesarias para la organización de ferias y exposiciones, en concordancia con las disposiciones legales vigentes en cada país.

ARTICULO V

Las Partes Contratantes facilitarán el tránsito de mercancías a través de su territorio, de conformidad con la legislación vigente en sus respectivos países y las normas del GATT.

ARTICULO VI

Cada Parte Contratante aplicará la cláusula de la Nación Más favorecida a buques de la otra Parte que naveguen con sus banderas en el transporte internacional de mercancías, en lo concerniente a cualquier asunto relativo a la navegación y al buque, al acceso y a la utilización de instalaciones portuarias.

La estipulación de este artículo no tendrá aplicación a los buques de Las Partes Contratantes que se dedican al cabotaje y a la pesca.

ARTICULO VII

Los pagos relativos a los intercambios de mercancías y servicios realizados entre los dos países, se efectuarán en divisas libremente convertibles.

ARTICULO VIII

Las Partes Contratantes establecen una Comisión Mixta con el fin de asegurar el correcto cumplimiento del presente Acuerdo, impulsar el desarrollo de las relaciones comerciales, fortalecer el espíritu de cooperación y sostener consultas sobre temas específicos de carácter comercial de interés para las Partes.

La Comisión Mixta estará integrada por las autoridades representantes de ambas Partes Contratantes y se reunirá según las necesidades, alternativamente en las ciudades de Praga y Santafé de Bogotá, en las fechas mutuamente acordadas.

Los ministerios que tienen a cargo las relaciones comerciales externas, se encargarán de la administración y coordinación del presente Acuerdo.

ARTICULO IX

Cada Parte Contratante podrá, por aviso escrito y transmitido por vía diplomática adecuada, presentar a la Parte una demanda de modificación o de revisión del presente Acuerdo.

El presente Acuerdo podrá ser modificado o complementado de común acuerdo entre Las Partes Contratantes.

ARTICULO X

Las controversias derivadas de los contratos concluidos dentro del marco del presente Acuerdo serán resueltas de conformidad con lo establecido en dichos contratos.

ARTICULO XI

El presente Acuerdo tendrá una duración de tres (3) años, pudiendo ser prorrogable tácitamente por períodos de un (1) año, salvo que alguna de Las Partes Contratantes comunique por escrito a la otra su intención de darlo por terminado, con antelación de seis (6) meses a la fecha de expiración del término.

ARTICULO XII

Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán también a los contratos concluidos durante su vigencia y realizados después de su expiración.

ARTICULO XIII

El presente Acuerdo deberá ser aprobado de conformidad con la legislación interna de ambos países y entrará en vigor el día que se reciba la última notificación que confirme su aprobación.

En cuanto a las relaciones entre la República de Colombia y la República Checa, el día de entrada en vigor del presente Acuerdo, cesará la validez del Convenio Comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Checoslovaquia, firmado el 14 de julio de 1977.

Firmado en Santafé de Bogotá, a los dos (2) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995) en dos ejemplares originales, uno en idioma español y otro en idioma checo, siendo ambos textos igualmente válidos.

POR EL GOBIERNO DE LA
REPUBLICA DE COLOMBIA

POR EL GOBIERNO DE LA
REPUBLICA CHECA

III. ELCONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador General de la Nación, rindió en término el concepto de su competencia y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad del Acuerdo Comercial entre el Gobierno de República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, y de su ley aprobatoria 341 de 1996, previa la verificación de lo requisitos anotados en los numerales 2.1 y 2.2 del concepto. La Vista Fiscal dividió en dos partes su opinión: el análisis formal y el análisis de fondo del instrumento.

A. Análisis formal

Luego de estudiar el trámite de la Ley Aprobatoria del Acuerdo Comercial frente a los requisitos previstos por la Carta (art. 157, 158, 160 de la Constitución), señala el Ministerio Público que es necesario establecer los aspectos de representación y competencia por parte de Colombia en la celebración del Acuerdo, así como la verificación de la aprobación del proyecto de ley en la Comisión Segunda y en la Plenaria del H. Senado de la República, a fin de establecer el cumplimiento de los requisitos de orden formal con las normas superiores.

B. Análisis Material

Señala el Ministerio Público, que el Convenio Comercial entre la República Checa y la República de Colombia, fue suscrito por iniciativa de la República Checa, en consideración a la pérdida de la vigencia del tratado celebrado entre el Gobierno Colombiano y la República de Checoslovaquia firmado el día 14 de julio de 1977 y aprobado mediante ley 3 de 1979, al consolidarse el proceso de división política administrativa de ese Estado en dos Repúblicas, la Checa y la Eslovaquia en el año de 1992.

Estima la Vista Fiscal, que este tratado se ubica dentro de los instrumentos públicos que pueden coadyuvar a la efectividad de los principios constitucionales referente a la universalización de las relaciones internacionales de Colombia y a la ampliación de los procesos de integración económica. El Acuerdo se constituye en una herramienta eficaz de intercambio comercial entre ambas naciones, cuyo contenido técnico jurídico armoniza con las cláusulas generales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT y el respeto de la legislación interna en cada uno de los países signatarios del Convenio.

En opinión de la Procuraduría, dentro de los compromisos adquiridos por las partes, se establece un conjunto de mecanismos modernos de comercio exterior para la exportación e importación de algunos productos exentos del pago de aranceles y de impuestos con el fin de promocionar su comercialización, así mismo de facilitar eventos comerciales como ferias y exposiciones, el tránsito de mercancía por el territorio de una de las partes y la aplicación de la cláusula de la Nación más favorecidas a buques de cualquiera de las partes que navegan con sus banderas en el transporte internacional de mercancías, excepto para naves de las partes que se dediquen al cabotaje y a la pesca. Para lograr los propósitos del instrumento se crea una comisión mixta integrada por autoridades de ambos países. Por lo anterior solicita el Ministerio Público, de esta Corporación la declaratoria de exequibilidad del Acuerdo Comercial y de su ley aprobatoria por no contrariar precepto superior alguno.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia y el objeto del control

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Política y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a su competencia, corresponde a ella el examen de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes aprobatorias de los mismos, después de su sanción presidencial y antes del perfeccionamiento internacional del instrumento.

El control de constitucionalidad que esta Corporación debe ejercer en esta materia es posterior en cuanto que se trata de una ley que ya ha sido sancionada por el Presidente de la República, una vez agotado el trámite correspondiente en el Congreso, pero es previo, en cuanto el pronunciamiento de la Corte debe anteceder al perfeccionamiento del instrumento internacional, el cual no puede suceder sin que exista el fallo de constitucionalidad correspondiente que le permita al jefe del Estado efectuar el canje de notas¹.

¹ C-333 de 1993

Segunda. Examen formal

A. Aspectos del control

En cumplimiento del artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política, el control formal de constitucionalidad que la Corte debe ejercer sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, recaen sobre la representación del Estado Colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento, la competencia de los funcionarios intervinientes y el trámite dado a la ley aprobatoria en el Congreso.²

En efecto, la Ley 341 de 27 de diciembre de 1996, por medio de la cual se aprueba “el acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa”, fue remitido a esta Corporación, por parte de la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el día 14 de enero de 1997, es decir, dentro del término de los seis días que prevé el numeral 10 del artículo 241 de la C.P.

De otra parte, de conformidad con el numeral 2 del artículo 189 de la Carta, el Presidente de la República, en su carácter de jefe de Estado, es el encargado de dirigir las relaciones internacionales, lo que incluye la facultad de celebrar con otros estados o con entidades de derecho internacional tratados o convenios que se deberán someter a la aprobación del Congreso de la República, artículo 150-16 C.P. Al respecto la Corte ha manifestado:

“El Presidente de la República celebra, entonces, los tratados internacionales, bien participando en forma directa en el proceso de su negociación y firma o ya actuando, en los diferentes pasos que integran el acto complejo en que consiste la celebración de un tratado internacional por intermedio de representantes revestidos de plenos poderes³ o de poderes restringidos para representar al Estado en la negociación, la adopción u otros actos relativos al convenio de que se trate, así como para expresar el consentimiento estatal en obligarse por él, todo sobre la base de que tales funcionarios son designados por el Jefe del Estado en ejercicio de la facultad de nominación de los agentes diplomáticos que le ha sido conferida por la Carta Política, de tal manera que las actuaciones llevadas a cabo por ellos están sujetas, en todo caso, a la posterior confirmación del Presidente antes de que el Tratado sea remitido al Congreso para su aprobación.

² Sentencia C-477 de 1992.

³ El artículo 2, letra C, de la Convención de Viena define los “plenos poderes” así: “Un documento que emana de la autoridad competente de un Estado, y por el cual se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un Tratado, para expresar el consentimiento en obligarse por un Tratado, o para ejecutar cualquier acto con respecto a un Tratado”.

Debe recordarse que ciertos funcionarios, en razón de sus competencias y dada la naturaleza misma de sus cargos, han sido reconocidos, tanto por el Derecho Internacional como por el Derecho interno como investidos, por vía general, del ius repraesentationis, es decir que no requieren autorización expresa y especial ni plenos poderes para actuar a nombre del Estado en las distintas etapas previas y concomitantes a la negociación y firma de los tratados, estando desde luego sometidos los compromisos que contraigan a la confirmación presidencial. (Sentencia C-477/92. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, de acuerdo con la certificación expedida por el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 5 de mayo de 1997, en el cual se lee: "Para la suscripción del acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, el Gobierno Nacional le confirió plenos poderes al doctor Daniel Mazuera Gómez, Ministro de Comercio Exterior de la época. Se adjunta fotocopia del documento respectivo". En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 189-2 de la Carta Política, en concordancia con el literal a) del numeral 2 del artículo 7 de la Convención de Viena, ley 32 de 1985, el cual prevé

"PARTE II

CELEBRACION Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

Sección I

Celebración de los tratados

Artículo 7. Plenos Poderes

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un Tratado o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un Tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

a. Si se presentan los acuerdos - Plenos Poderes

"..."

La Corte Constitucional no encuentra ningún reparo en lo concerniente a las facultades de quien comprometió al Estado Colombiano a través del tratado sujeto de revisión, pues el Ministro de Comercio Exterior de la época se encontraba plenamente revestido de facultades para celebrar y representar al Estado colombiano.

Igualmente obra en el expediente copia de la aprobación ejecutiva impartida por el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores doctor Rodrigo Pardo García-Peña, al texto del acuerdo comercial, el día 18 de septiembre de 1995 (folio 427 del expediente) con lo cual se dá cumplimiento a todos los requisitos para la negociación y celebración del instrumento bajo examen.

B. El trámite legislativo

La Constitución de 1991 no ordenó al legislador seguir un trámite diferente al de las leyes ordinarias para efectos de la aprobación de los tratados internacionales, en consecuencia los mismos se incorporarán a la legislación interna a través de dichas leyes, por lo tanto dicho trámite deberá ajustarse a lo preceptuado en el artículo 157 superior, a saber:

1. Que el proyecto se haya publicado oficialmente por parte del Congreso de la República, antes de darle curso en las Comisiones Constitucionales respectivas.

Observa la Corte que el proyecto de ley aprobatoria del acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, distinguido con el número 272 de 1996 Senado y 352 de 1996 Cámara, fue publicado oficialmente por el Congreso de la República en las páginas 75 a 78 de la Gaceta número 162 del 7 de mayo de 1996 (folio 69 del expediente).

2. Haber sido aprobado en primer debate en la Comisión permanente correspondiente de cada Cámara.

El proyecto de ley número 272/96 fue debatido en primer debate en la Comisión Segunda del Senado de la República el día 5 de junio de 1996, dicha comisión lo aprobó por once (11) votos a favor y cero (0) en contra, según consta en la certificación expedida por el Secretario General de dicha comisión, el día 30 de abril de 1996 (folio 422 del expediente). En Cámara de Representantes la discusión del proyecto 352/96, en primer debate se dió el día 29 de agosto de 1996, fecha en la cual fue aprobada, según consta en la certificación expedida por el Secretario General de dicha Corporación, el día 6 de febrero de 1997 (folio 191 del expediente).

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

El proyecto de Ley 272 de 1996 fue aprobado por la Plenaria del Senado de la República, el día 18 de junio de 1996, según consta en certificación expedida por el Secretario General de dicha Corporación el día 30 de abril de 1997 (folio 423 del expediente). La Plenaria de Cámara lo votó favorablemente el día 3 de diciembre de 1996, de acuerdo con la constancia expedida por su Secretario General el día 6 de febrero de 1997 (folio 189 del expediente).

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno

Este requisito se cumplió en lo relacionado con el proyecto de ley número 272/96 Senado y 352/96 Cámara, al haber sido sancionado por el Presidente de la República el día 27 de Diciembre de 1996.

De otra parte, ordena el artículo 160 superior que entre el primero y el segundo debate en cada Cámara debe mediar un lapso no inferior a ocho (8) días, y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince (15) días, requisitos formales que se cumplieron de manera estricta según se desprende de las Gacetas del Congreso en las que se hicieron las respectivas publicaciones y de las certificaciones y constancias remitidas a esta Corporación por las Secretarías Generales del H. Senado de la República y Cámara de Representantes, respectivamente.

En conclusión, la ley 341 de 27 de diciembre de 1996, en su aspecto formal, se ajusta a lo dispuesto en los artículos 145, 146, 154, 157, 158 y 160 de la Constitución Política.

Tercera. Examen material

Aspectos del Control

El examen de fondo que le corresponde efectuar a esta Corporación, se ejerce comparando las disposiciones del texto del tratado internacional, en el caso sub examine del Acuerdo comercial que se revisa, y el de su ley aprobatoria, con la totalidad de las disposiciones del ordenamiento superior, para determinar si aquella se ajusta o no a la C.P.; dicho análisis se realiza con independencia de consideraciones de conveniencia, oportunidad, efectividad, utilidad o eficiencia, las cuales son extrañas al control constitucional, que se contrae a argumentaciones puramente jurídicas.

El convenio comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, suscrito en Santafé de Bogotá, el día 2 de mayo de 1995, tiene como principal propósito el de fortalecer la cooperación comercial internacional entre las dos naciones, nació en virtud de la iniciativa del Gobierno de la República Checa, como consecuencia del proceso político de la división territorial que se produjo, en el año de 1992, en donde el Estado Checoslovaco se dividió en dos repúblicas, lo cual produjo la pérdida de la vigencia jurídica del tratado existente entre el Gobierno colombiano y la República de Checoslovaquia suscrito el día 14 de julio de 1977 y aprobado mediante Ley 3 de 1979.

El acuerdo comercial contiene 13 artículos y en su contenido presenta un conjunto de instrumentos tendientes a fomentar y estimular el comercio binacional dentro del contexto contemporáneo de la globalización de la economía mundial, consultando modernos principios constitucionales, defendidos y practicados por la política exterior colombiana, tendientes a insertar al Estado Colombiano dentro del nuevo orden internacional que se viene gestando desde la desaparición del bipolarismo y la era denominada de la guerra fría; procura conducir al Estado a una ampliación de las relaciones internacionales de Colombia y a incrementar la presencia de la Nación en esta región del mundo.

Ahora bien, el acuerdo objeto de examen no desconoce el artículo 9 de la Carta, ni contraviene el principio de soberanía, sino, por el contrario, desarrolla los principios del derecho internacional que acepta y aplica el Estado colombiano.

Estima la Corte, que el contenido del convenio se enmarca dentro de los propósitos contenidos en los artículos 226 y 227 de la C.P., que ordenan al Estado promover, el primero, la internacionalización de la economía sobre la base de equidad, reciprocidad y convencionalidad y el segundo, la integración económica del país con las demás naciones del planeta, propiciando un mercado regido por los principios de la internacionalización y la globalización de la economía mundial, con el objeto de establecer y fomentar mecanismos de cooperación específicos y eficaces.

Igualmente, el convenio comercial que se examina, por su estructura y características se constituye en un valioso instrumento de política comercial binacional. En materia de comercio exterior las autoridades gubernamentales de conformidad con las normas del GATT fomentarán y facilitarán el intercambio de bienes y servicios, así como de concesiones bilaterales, según se desprende de los artículos I, II, III, IV y V del Tratado. Este convenio permite revitalizar y agilizar al máximo el comercio entre los dos países, sin que para ello el Estado Colombiano deba incurrir en costos fiscales. El convenio contiene en su articulado instrumentos para el fortalecimiento de la intermediación comercial entre ambos gobiernos, cuya vigencia es de tres años, prorrogables automáticamente por períodos de un año sucesivamente.

Estima la Corte, que el instrumento internacional en sus diversos mecanismos, apunta a fomentar el intercambio de bienes esenciales para las economías nacionales de los países signatarios del acuerdo comercial, conforme a las normas del "General on Tariff, and Trade" o acuerdo del GATT, según se desprende del artículo 1 del instrumento.

De otra parte, el contenido del Acuerdo comercial binacional prevé instrumentos como la exportación e importación de algunos productos, exentos del pago de aranceles y de impuestos, con el ánimo de promocionar su comercialización; así como el de facilitar eventos comerciales tales como exposiciones, ferias y contactos empresariales, siempre y cuando así lo permitan las disposiciones legales vigentes en cada país, para bienes específicos como:

A) Muestras de productos y materiales de publicidad comercial necesarios para obtener pedidos y para fines publicitarios;

B) Mercancías que deben ser enviadas a fin de ser reemplazadas, siempre y cuando los artículos substitutivos sean devueltos;

C) Artículos y mercancías para ferias y exposiciones permanentes u organizadas temporalmente, siempre y cuando dichos artículos y mercancías no sean vendidas;

D) Repuestos suministrados gratuitamente en cumplimiento de garantías otorgadas;

E) Herramientas y equipos destinados a los servicios en el territorio de una de las Partes Contratantes, siempre y cuando no sean vendidos.”

De otra parte, el tránsito de mercancías por el territorio de las partes y la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida a buques que navegan con sus respectivas banderas transportando mercancías en aguas internacionales, exceptuado las naves que se dediquen a la pesca y el cabotaje, según lo precisa el artículo VI del Acuerdo, no contradice ningún precepto constitucional.

Los pagos derivados de las operaciones de comercio exterior desarrollados en el marco del Convenio se realizarán en moneda libremente convertible y conforme a los reglamentos cambiarios de cada país con lo cual se da aplicación al principio de reciprocidad y respeto a la soberanía nacional, encajando dentro del ordenamiento superior colombiano, y no contraviene ningún principio, valor, ni derecho fundamental.

Finalmente, el Acuerdo comercial prevé la creación de una Comisión mixta, integrada por los miembros que designen los gobiernos de ambos países cuya función es la de crear los mecanismos tendientes a lograr los objetivos propuestos en el acuerdo que se examina.

Por lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar **EXEQUIBLE** el Acuerdo comercial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Checa, suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 2 de mayo de 1995 y la Ley 341 de 27 de diciembre de 1996, que lo aprobó.

Segundo. **COMUNIQUESE** esta decisión al Gobierno Nacional por intermedio de la Secretaría General de la Presidencia de la República y envíese copia auténtica de la misma para los efectos constitucionales previstos en el numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado
—En comisión—

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita Secretaria General de la Corte Constitucional HACE CONSTAR QUE, el doctor José Gregorio Hernández Galindo, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día 10 de julio de 1997, por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE TUTELA

Julio

1997

SENTENCIA NoT-318
Julio 1 de 1997

DERECHO DE DEFENSA-No indicación procedencia de recurso ante administración/**DERECHO DE PETICION**-Indebida notificación respuesta de la administración

En el oficio no se indicó si contra el mismo procedía algún recurso y el término para su interposición, hecho que por sí sólo violó el derecho de defensa. Tampoco existe constancia de su notificación. Por estas razones, no era válido que la entidad acusada denegara el recurso que interpuso el peticionario, aduciendo su extemporaneidad, porque no fue notificado en debida forma, y por tanto, no era dable, en principio, aducir que la decisión de la entidad acusada fue conocida por el actor en la época de su expedición. La indebida notificación de la respuesta de la administración, vulneró el núcleo esencial de este derecho, que se satisface cuando, sin importar el sentido de la respuesta que emita el órgano estatal, ésta se da en tiempo y con los requisitos exigidos por la ley.

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS

No puede existir normatividad ni situación alguna que entrañe desigualdad entre los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio. La inexistencia del vínculo matrimonial no es causa suficiente para desconocer o limitar los derechos de los hijos.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para determinar constitucionalidad de normas/**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Aplicabilidad por juez de tutela

La acción de tutela no es el procedimiento idóneo para determinar la constitucionalidad o no de normas, pues para ello, el propio ordenamiento constitucional consagró la acción pública de constitucionalidad, que permite, una vez se agote el proceso correspondiente, una sentencia con efectos erga omnes. No obstante lo anterior, el juez de tutela puede, si encuentra que la aplicación de una norma desconoce derechos de rango fundamental, analizar la posibilidad de inaplicar la norma que se cree contraria a los derechos y garantías constitucionales, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad.

**PRIMACIA DE LA CONSTITUCION POLITICA-Inaplicabilidad
de norma inferior**

El principal deber de los servidores públicos consiste en el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley. Prevalece, naturalmente, la obligación de respetar la supremacía de la Constitución sobre cualquier otro precepto. Esto implica que ante una contradicción de la ley con ésta, tiene primacía el ordenamiento constitucional. Por tanto, el servidor público está en el deber de inaplicar un precepto de rango inferior, cuando sea evidente y ostensible su oposición con la Constitución.

**DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS PARA EL SUBSIDIO
FAMILIAR/SUBSIDIO FAMILIAR EN FUERZAS MILITARES-
Extemporaneidad de su petición**

Era deber del funcionario que suscribió el oficio que denegó el subsidio familiar para los menores, inaplicar los artículos del decreto, por su manifiesta oposición con la Constitución, y con el único fin de garantizar que la igualdad entre los hijos. No se podían aplicar normas ostensiblemente contrarias al mandato del artículo 13 y, específicamente, del artículo 42, argumentando un deber irrestricto de cumplir la ley. La razón que esgrimió la entidad acusada para denegar el subsidio familiar a los hijos del actor, desconocía, en especial, el derecho a la igualdad de éstos. Sin embargo, existe un factor que el actor no tuvo en cuenta, y que la entidad, en su momento, tampoco alegó: la extemporaneidad de su petición, pues al momento de solicitar el subsidio para sus hijos, había dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares, requisito indispensable para acceder al mencionado beneficio. Razón por la cual su petición no podía ser despachada favorablemente. El actor tiene derecho a que la administración explique, en debida forma, los motivos por los cuales se niega o accede al beneficio solicitado.

Referencia: Expediente T-115245

Actor: Luis Cristian Ferrer Gutiérrez.

Procedencia: Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil.

Magistrado ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en sesión del primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Primera (1a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil Familia, dentro del proceso de tutela instaurado por el señor Luis Cristian Ferrer Gutiérrez.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil Familia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de la revisión, el expediente de la referencia..

I. ANTECEDENTES

El actor en nombre propio y en calidad de representante legal de los menores Luis Cristian y Dámasco Cesar Ferrer Roqueme, presentó ante el Juez de Familia de Barranquilla (reparto) acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las siguientes razones:

A. HECHOS

1) El actor estuvo vinculado a las Fuerzas Militares desde el 26 de enero de 1968, hasta el 30 de junio de 1985, fecha en la que se retiró.

2) Mediante resolución número 294 de 1986, le fue reconocida la asignación de retiro de las Fuerzas Militares y las prestaciones especiales de conformidad con la ley.

3) Al momento de reconocerle la asignación de retiro, se encontraba casado y no tenía hijos de dicha relación sin embargo sostuvo relaciones extramatrimoniales en la que fueron procreados sus dos hijos (legalmente reconocidos) Luis cristian y Dámasco Cesar Ferrer Roqueme, nacidos el 3 de febrero de 1983 y el 23 de mayo de 1986 respectivamente.

4) El 1° de septiembre de 1992, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión de sus hijos en la partida del subsidio familiar, petición que fue negada mediante oficio número 17.677, según el cual de conformidad con los decretos 612 de 1977 y 089 de 1984, los hijos concebidos fuera del matrimonio no tienen derecho al mencionado subsidio.

5) El 12 de enero de 1994, el actor presentó un escrito en el que dice interponer recurso de reposición en contra de lo decidido en el recurso mencionado.

6) Mediante resolución No 191 de 1994, la entidad acusada denegó por extemporáneo el recurso interpuesto.

B. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El actor considera que la actuación de la Caja de Retiro de las fuerzas Militares, desconoce la igualdad de derechos que tienen los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (artículo 42 de la Constitución).

C. PRETENSION.

Solicita se ordene la inclusión de los menores mencionados en la partida de subsidio familiar.

D. PRUEBAS.

El actor aportó los siguientes documentos como pruebas:

- Registro de Nacimiento de Luis Cristian y Dámaso César Ferrer Roqueme.
- Resolución número 191 de 1994, por medio de la cual le fue negado el recurso de reposición en contra del oficio 17677 de 1992, que denegó el subsidio solicitado.

Por su parte, el Magistrado sustanciador solicitó a la entidad acusada, información relacionada con el caso del actor, así como copia de su expediente.

E. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia del 19 de septiembre de 1996, el Juzgado 8 de Familia de Barranquilla, concedió la acción de tutela, al considerar que el derecho a la igualdad de los menores fue vulnerado.

En su concepto, hubo discriminación por parte de la demandada, pues, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución, tienen iguales derechos y deberes los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. En virtud del derecho a la igualdad, no es aceptable una regulación diferente para sujetos que se encuentran en la misma situación. En consecuencia, ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares inscribir y registrar a los menores Ferrer Romeque, en la partida de subsidio familiar, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la esa decisión.

F. IMPUGNACION.

Mediante escrito presentado el 26 de septiembre de 1996, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de apoderado, impugnó el fallo proferido por el Juzgado 8 de Familia de Barranquilla.

En su concepto, la acción de tutela no es procedente por cuanto el actor dispone de otros medios de defensa judicial, como son las acciones ante el contencioso.

Por otra parte, señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del decreto 2246 de 1984, la partida de subsidio familiar incluida en la asignación de retiro, no es susceptible de modificación por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del oficial o suboficial.

Finalmente, sostuvo que el derecho de defensa de la demandada fue vulnerado, por indebida notificación del auto admisorio de la demandada y de la sentencia, puesto que en los telegramas que le fueron enviados para el efecto, no se identificó debidamente el juzgado de conocimiento de la acción de tutela, hecho que impidió su defensa.

G. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de sentencia del veintitrés (23) de octubre de 1996, el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil Familia, revocó el fallo de primera instancia.

En primer término, indicó que fue invadida la competencia de la entidad demandada, pues sólo ella puede determinar si reconoce o no el subsidio solicitado por el actor. Así mismo, señaló que la discriminación a la que han sido sometidos los menores proviene de la ley, y no de una actuación arbitraria de la demandada.

Sostuvo, además, que el actor puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa y demandar los actos cuestionados.

Finalmente, consideró que como la petición del actor fue resuelta mediante oficio y no por resolución, éste podría reiterar nuevamente su solicitud.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 9, de la Constitución y el decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Aclaración previa.

En el presente caso no existió vulneración del derecho de defensa de la entidad acusada, por parte del juez de primera instancia, tal como lo alega su apoderado. La entidad, por medio de telegrama que reposa en el expediente, fue notificada de la iniciación de la acción de tutela y, una vez se adoptó la decisión correspondiente, ésta le fue notificada por el mismo medio. Prueba de ello la constituye el hecho que la sentencia fue impugnada en tiempo. Por tanto, no puede alegarse violación del derecho de defensa ni del debido proceso.

Por otra parte, la falta de identificación del despacho que asumió el conocimiento de la acción de tutela, en los telegrama enviados a la entidad acusada y, que en concepto del apoderado, impidieron una defensa idónea, no se pudo determinar, pues las copias que él aportó, en efecto, son ilegibles, y en las que reposan en el expediente, que provienen del juzgado de primera instancia, se encuentra identificado el juzgado con el sello correspondiente.

En consecuencia, y ante la ausencia de prueba que corrobore el aserto del apoderado de la entidad acusada, ésta se tendrá por notificada en debida forma. Prueba de ello, la constituye el hecho que la sentencia de primera instancia fue impugnada, y la nulidad que pudo presentarse por violación de los derechos de defensa y el del debido proceso, fue saneada con la intervención que, en su momento, realizó el apoderado de la entidad demandada.

Tercera.- Lo que se debate.

En el presente caso, se hace necesario analizar si la conducta de la entidad demandada es violatoria del derecho a la igualdad, o de otros derechos, al negar el subsidio familiar a los hijos del actor, por haber sido concebidos fuera del matrimonio.

Cuarta.- Irregularidades en la adopción de la decisión por medio de la cual se denegó el beneficio solicitado.

La entidad acusada dio respuesta al actor por medio del oficio No. 17677, del 26 de octubre de 1992, oficio que se limitó a señalar lo siguiente:

“ Acuso de recibo de su escrito radicado en esta Entidad el 16 de septiembre de 1992, bajo el No. 030479, al respecto le manifiesto que no hay lugar a reconocerle la partida de subsidio familiar por sus hijos LUIS CRISTIAN Y DAMASO CESAR FERRER ROMEQUE, por cuanto las normas vigentes al momento en que ocurrió el nacimiento de los mismos, Decretos 612 de 1977 y 089 de 1984 respectivamente, sólo otorgaban dicha partida a los hijos habidos dentro del matrimonio.”

“siguen firmas...”

Como puede observarse, en el mencionado oficio no se indicó si contra el mismo procedía algún recurso y el término para su interposición, hecho que por sí sólo violó el derecho de defensa del señor Ferrer Romeque. Tampoco existe constancia de su notificación, requisitos éstos que exige el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo. Por estas razones, no era válido que la entidad acusada denegara el recurso que interpuso el peticionario, aduciendo su extemporaneidad, porque no fue notificado en debida forma, y por tanto, no era dable, en principio, aducir que la decisión de la entidad acusada fue conocida por el actor en la época de su expedición.

Esta circunstancia, por sí sola, haría procedente el amparo solicitado, como una forma de proteger no sólo los derechos de defensa y debido proceso, sino, concretamente, el de **petición**, porque la indebida notificación de la respuesta de la administración, vulneró el núcleo esencial de este derecho, que se satisface cuando, sin importar el sentido de la respuesta que emita el órgano estatal, ésta se da en tiempo y con los requisitos exigidos por la ley.

Cabe advertir que estos derechos, petición, defensa y debido proceso, si bien no fueron alegados como violados, encuentra la Corte que sí lo fueron.

A pesar de lo anterior, es necesario hacer un análisis de la razón que esgrimió la entidad acusada para denegar el subsidio reclamado, pues el actor considera que el derecho a la igualdad de los menores se desconoció. Así mismo, se determinará si los hijos del actor tienen o no derecho al beneficio que en su favor se reclama.

Quinta.- El derecho a la igualdad entre los hijos.

Desde el Preámbulo de nuestra Constitución, la igualdad tiene una importancia predominante en la concepción del Estado como uno de los principios que inspira todo el ordenamiento. El contenido de este derecho, se encuentra expreso en múltiples normas del texto constitucional, y, específicamente, cuando se proscribe toda discriminación por factores como el sexo, la raza, el origen nacional o **familiar**, la lengua, etc. (artículo 13), al tiempo que se ordena al Estado promover todas las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

En relación con la prohibición de la desigualdad por origen familiar, en otro precepto de la Constitución, el artículo 42, se establece que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, **tienen iguales derechos y deberes**”. De esta forma, el Constituyente de 1991, elevó a rango constitucional la igualdad de derechos y obligaciones que desde 1982 había reconocido el legislador para los hijos, independientemente del vínculo que los uniera a sus progenitores. Así lo ha expresado esta Corporación en varios de sus fallos (C-047, C-105 de 1994 y C-595 de 1996, entre otros).

En conclusión, desde la expedición de ley 29 de 1982, y por mandato expreso de la Constitución, **no puede existir normatividad ni situación alguna que entrañe desigualdad entre los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio**. Aun, en caso de no existir el mandato expreso del artículo 42, o la ley mencionada, el artículo 13 sería suficiente para llegar a la misma conclusión, correspondiéndole al Estado, por medio de sus distintos órganos, garantizar que la igualdad que se allí se proclama sea real y efectiva.

Sexta.- Análisis del caso concreto.

La igualdad, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diversos fallos, debe suponer un trato igual para quienes están en los mismos supuestos de hecho, y diferente para quienes no lo están. No es una igualdad cuantitativa sino cualitativa.

En el caso en estudio, la entidad acusada denegó, con fundamento en los decretos 612 de 1977 y 089 de 1984, la solicitud que hiciera el actor, en relación con el reconocimiento del subsidio familiar para sus dos menores hijos. Estos decretos establecen expresamente:

“DECRETO 0612 DE 1977

“Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

“Artículo 66.- Subsidio familiar. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico así:

a) Casados o viudos con hijos legítimos, el treinta por ciento (30%).

“ ...

“DECRETO 089 DE 1984

Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

“Artículo 75.- Subsidio familiar. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico así:

a) Casados o viudos con hijos legítimos, el treinta por ciento (30%).

“ ...

Como puede observarse, estas normas consagran un derecho en favor de los llamados “hijos legítimos” solamente, es decir, de aquellos que han sido concebidos durante el matrimonio de sus padres, según la definición que al respecto hace el artículo 213 del Código Civil.

No es esta la oportunidad para volver sobre la definición de legítimo, basta decir que desde 1982 y, con mayor razón, desde la vigencia de la Constitución de 1991, **la inexistencia del vínculo matrimonial no es causa suficiente para desconocer o limitar los derechos de los hijos.** A! respecto, el propio artículo 42 de la Constitución, establece que la familia, como núcleo esencial de la sociedad, puede conformarse bien por el hecho de contraerse matrimonio o por la voluntad responsable de constituirla, y reconoce la igualdad de derechos y obligaciones entre los miembros de una y otra.

Así las cosas, normas como las transcritas, desconocen el orden constitucional, pues restringen el acceso a un beneficio por el sólo hecho del origen familiar, sin razón objetiva que lo justifique. Sin embargo, la acción de tutela no es el procedimiento idóneo para determinar la constitucionalidad o no estas normas, pues para ello, el propio ordenamiento constitucional consagró la acción pública

de constitucionalidad, que permite, una vez se agote el proceso correspondiente, una sentencia con efectos erga omnes.

No obstante lo anterior, el juez de tutela puede, si encuentra que la aplicación de una norma desconoce derechos de rango fundamental, analizar la posibilidad de inaplicar la norma que se cree contraria a los derechos y garantías constitucionales, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad.

Séptima. Inaplicabilidad de la norma al caso concreto.

Tanto la entidad demandada, como el juez de segunda instancia, argumentan que no existió, en el caso concreto, violación a derecho constitucional alguno, pues simplemente se aplicó una norma que goza de la presunción de legalidad, y como tal, era su obligación dar cumplimiento a lo que en ella se ordena. En el caso concreto, excluir de beneficios a todos aquellos que no tengan la condición de “hijo legítimo”.

El principal deber de los servidores públicos consiste en el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley. Prevalece, naturalmente, la obligación de respetar la supremacía de la Constitución sobre cualquier otro precepto. Esto implica, en términos del artículo 4° de la Constitución, que ante una contradicción de la ley con ésta, tiene primacía el ordenamiento constitucional.

Por tanto, el servidor público está en el deber de inaplicar un precepto de rango inferior, cuando sea evidente y ostensible su oposición con la Constitución. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

“(...) el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

“Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

“...

“Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares “salvo norma expresa en contrario” como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones.” (subrayas fuera de texto). (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-069 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Hernando Herrera Vergara).

Por tanto, en el caso en análisis, era deber del funcionario que suscribió el oficio que denegó el subsidio familiar para los menores Ferrer Roqueme, inaplicar los artículos 66 del decreto 612 de 1977 y 75 del decreto 089 de 1984, por su manifiesta oposición con la Constitución, y con el único fin de garantizar que la igualdad entre los hijos de que trata el artículo 42, en el caso de éstos menores, fuese real y efectiva, y no un simple enunciado retórico.

Así las cosas, no se podían aplicar normas ostensiblemente contrarias al mandato del artículo 13 y, específicamente, del artículo 42, argumentando un deber irrestricto de cumplir la ley.

Por tanto, el juez de tutela, en cumplimiento de su función de salvaguardar los derechos de carácter fundamental puede hacer uso de esta excepción e inaplicar la norma correspondiente.

Octava.- Por las razones expuestas en los numerales anteriores, la acción de tutela interpuesta por el actor tiene todos los fundamentos para su procedencia.

Sin embargo, esta Sala encuentra que no puede ordenar a la entidad acusada que reconozca el subsidio familiar en favor de los menores Ferrer Romeque, por las siguientes razones:

1. El actor solicitó el reconocimiento del subsidio familiar para sus dos hijos menores, años después de haber obtenido la condición de pensionado de las fuerzas militares. Esta circunstancia, en virtud de las normas vigentes desde 1984, modifica los derechos y prerrogativas que se reconocen al personal activo y retirado de este organismo.

2. Según el decreto 612 de 1977, subrogado por el decreto 89 de 1984, tendrán derecho al subsidio familiar los Oficiales y Suboficiales en **servicio activo** (artículos 66 y 77, respectivamente, transcritos anteriormente).

3. Por su parte, el artículo 1º del decreto 2246 de 1984, que modificó el decreto 89 del mismo año, establece:

“Artículo 1º. Modifícase el Decreto-Ley 89 de 1984, en los siguientes términos:

“ ...

“El artículo 153 quedará así:

“Cómputo de partida subsidio familiar: A partir de la vigencia del presente Decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el literal b) del artículo 151 de este Estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial.

“ Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento o disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se comprueba que al Oficial o al Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

“ ...” (subrayas fuera de texto)

Con fundamento en esta norma, la entidad acusada, en respuesta al Magistrado sustanciador argumenta que:

“ ...se tiene entonces que a los Oficiales y Suboficiales retirados antes de septiembre 11 de 1984 (vigencia del decreto 2246 de 1984), se les congeló la partida de subsidio familiar que tenían en su asignación de retiro de esa fecha.

“Respecto a los oficiales y Suboficiales que se retiraron del servicio en fecha posterior a la de entrada en vigencia del Decreto 2246 de 1984, su partida de subsidio familiar se congela al momento de liquidárseles la asignación de retiro.

“En consecuencia, hechos posteriores a la liquidación de la asignación de retiro y que guardan relación con la partida de subsidio familiar que se debe incluir en dicha liquidación como matrimonio o nacimiento de hijos no se podrán tener en cuenta por la Entidad para modificar este concepto porque como vimos se congeló al liquidar la asignación de retiro.” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, al existir la prohibición legal de modificar la partida de subsidio familiar con posterioridad a la fecha en que se ha adquirido la calidad de pensionado de las fuerzas militares, esta Corporación no puede ordenar a la entidad

acusada reconocer un beneficio al que no pueden acceder los hijos de los pensionados, independientemente de si se trata de hijos habidos fuera o dentro del matrimonio, distinción que carece de importancia.

Es decir, la desigualdad que crean las normas que invocó la entidad acusada al denegar el beneficio solicitado, y que la Corte rechaza, pierde su razón de ser una vez el actor adquirió la calidad de pensionado. Evento en el cual, dada su nueva condición dejó de tener derecho a que por lo menos su primer hijo, quien nació cuando aún él era miembro activo de las Fuerzas Militares, fuese beneficiado con el subsidio familiar, por no haberlo solicitado en tiempo, es decir, al momento de tramitar su solicitud de asignación de retiro.

Es más, cuando al señor Ferrer Romeque se le notificó la resolución No. 294 de 1986, que ordenó el reconocimiento y pago de esa asignación, no interpuso recurso alguno, a pesar de que uno de sus hijos, el mayor, no fue incluido en ella, pues el otro hijo, para esa fecha, aún no había nacido.

En conclusión, la razón que esgrimió la entidad acusada para denegar el subsidio familiar a los hijos del actor, desconocía, en especial, el derecho a la igualdad de éstos. Sin embargo, existe un factor que el actor no tuvo en cuenta, y que la entidad, en su momento, tampoco alegó: **la extemporaneidad de su petición, pues al momento de solicitar el subsidio para sus hijos, había dejado de ser miembro activo de las Fuerzas Militares, requisito indispensable para acceder al mencionado beneficio.** Razón por la cual su petición no podía ser despachada favorablemente.

La Corte, por tanto, sólo puede ordenar a la entidad acusada que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y para proteger los derechos de petición, debido proceso, defensa e igualdad, emita un acto administrativo con todas la formalidades que el ordenamiento exige, resolviendo, según la ley, la solicitud elevada por el actor, en relación con la inclusión de sus dos menores hijos. Para el efecto, no dará aplicación a los artículos 66 del decreto 612 de 1977 y 75 del decreto 89 de 1984, en lo que hace a la distinción que en ellos se hace, en relación con los hijos legítimos.

La decisión será la que en derecho corresponda, de conformidad con lo expuesto en este fallo. Se tendrán en cuenta los principios constitucionales relativos a la familia, en especial el artículo 42 que no hace diferencia entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. El acto administrativo correspondiente a la decisión es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contenciosa.

Esta orden se emite, porque el actor tiene derecho a que la administración explique, en debida forma, los motivos por los cuales se niega o accede al beneficio solicitado.

III. DECISION.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero.- **REVOCASE** la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil y Familia, de fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996) por las razones expuestas en esta sentencia. En consecuencia, **CONFIRMASE PARCIALMENTE** la sentencia de fecha diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996), proferida por el Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla, y se **ORDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, emita un acto administrativo, resolviendo la solicitud de subsidio familiar presentada por el señor Luis Cristian Ferrer Gutiérrez, en favor de sus dos menores hijos, con el lleno de todas las formalidades exigidas por la ley. La resolución será la que corresponda en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo.- **LIBRENSE**, por la Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA NoT-319
Julio 1 de 1997

**TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia resarcimiento
de perjuicios**

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ-Responsabilidad
por delito**

Referencia: Expediente T-127746

Accionante: Orlando Cely Cepeda

Procedencia: Juzgado Sesenta Penal Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:, Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

SENTENCIA

Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)

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 presentada por Orlando Cely Cepeda contra la Cooperativa Nacional de Transportes y radicada bajo el número 127746.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

Aparecen resumidos en la sentencia de primera instancia de la siguiente forma :

“En el escrito presentado ante el Juzgado y en ampliación de declaración el accionante manifiesta que el día primero de agosto de 1994, sufrió un accidente de tránsito cuando se movilizaba en su bicicleta y fue atropellado por la buseta de placas SCD 154 conducida por el señor Wilson Sabogal Olaya adscrita a la Cooperativa Nacional de Transportes.

Precisa que como consecuencia del accidente resultó afectado en su integridad física, siendo atendido inicialmente por cuenta del seguro del vehículo, pero con posterioridad se le han efectuado dos intervenciones quirúrgicas que ha debido cancelar por sus propios medios y su estado de salud actualmente es precario.

Manifiesta haber llegado a una conciliación con el sindicato dentro del proceso que por las lesiones se adelanta en la Fiscalía Local 197, la cual fue incumplida por la Nacional de Transportes.”

2. SOLICITUD

En el escrito inicial no es clara la pretensión porque acude a la tutela “para haber que se puede hacer a mi favor” (sic).

Como era su deber, el Juzgado pidió aclaración y Orlando Cely expresó que presentaba la acción porque exige :

“Mi derecho a la integridad física, porque yo no puedo hacer fuerza, no puedo correr, no puedo tener relaciones. Contra el conductor de la Cooperativa, realmente no se contra quien si contra el conductor solo o contra la cooperativa también, porque ellos dirán que si el conductor no está trabajando allí no responden”.

3. DECISION

El 27 de febrero de 1997, el Juzgado 60 Penal Municipal de Santafé de Bogotá negó la pretensión porque el solicitante no estaba en condiciones de indefensión ni de subordinación respecto a la persona natural y la persona jurídica contra quienes al parecer dirigía la tutela y porque :

“En el presente asunto es evidente que el lesionado y accionante si cuenta con mecanismos de defensa judicial que son eficaces para la protección de sus derechos, como es en primer término el proceso penal que actualmente se adelanta en la Fiscalía, en el que se ha constituido en parte civil, pudiendo ejercitar los recursos de ley contra las decisiones que le desfavorezcan y en tal sentido el apoderado ha venido actuando, no correspondiendo a este despacho evaluar si con diligencia y oportunamente para el cumplimiento de los deberes que le incumben. Asimismo, existe la acción contra el tercero civilmente responsable que se puede ejercer dentro del proceso penal o en forma independiente y que en el presente asunto se dirigía contra la Cooperativa Nacional de Transportes y de otra parte, obra en el expediente penal un acta de conciliación que presta mérito ejecutivo, como quiera que el sindicado asistido del apoderado para esa época de la Cooperativa a la cual estaba adscrito el vehículo con el cual se ocasionó el accidente, se comprometió a cancelar una suma determinada por intermedio de la compañía de seguros que amparaba al automotor contra los riesgos propios de la actividad del transporte.

En tal orden de ideas mal podría utilizarse la acción de tutela para romper el equilibrio que debe existir en la actuación procesal penal y en forma anticipada y sin haberse determinado la responsabilidad del sindicado entrar a efectuar una condena al pago de perjuicios u obtener el pago de una obligación cuando existe el proceso ejecutivo para tal fin y el interesado no lo ha iniciado.

Debe resaltar el despacho que el accionante manifiesta que su apoderado le informó que el proceso penal había sido archivado, lo cual carece de veracidad, pues según se estableció, se está adelantado y la última actuación fue la resolución mediante la cual se resolvió la reposición contra el cierre de investigación y entra a la etapa de calificación la cual es crucial para los intereses del lesionado y en la cual debe estar atento para que a través de su apoderado se presenten los alegatos precalificatorios e interponer recursos, si considera que las decisiones no se ajustan a la realidad jurídica y probatoria.

Pero no se puede pretender utilizar la tutela como una acción simultánea al proceso penal, para definir la responsabilidad civil, porque iría en detrimento de otro derecho fundamental como sería el de la igualdad de las partes en la actuación judicial.”

ASPECTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional 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 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. EL CASO CONCRETO FRENTE A LA ACCION DE TUTELA

Le asiste razón al juez de primera instancia cuando consideró que, tratándose de tutela contra particulares, no había ninguna clase de prueba que ubicara al accionante en condiciones de subordinación (de contenido eminentemente jurídico) o de indefensión (de contenido fáctico). Siendo ello así, la tutela no es la vía adecuada para la reclamación de Orlando Cely Cepeda en cuanto a un posible resarcimiento por los perjuicios ocasionados.

En este mismo orden de ideas, la tutela tampoco es el mecanismo apropiado para definir algo que requiere de controversia como es la responsabilidad civil y penal de un delito de lesiones personales culposo. Es la jurisdicción ordinaria y no la constitucional la encargada de definir.

Tampoco se está dentro de las otras situaciones permitidas por el artículo 42 para tramitar tutela contra particulares.

Si el solicitante reclama por su salud, no es procedente dirigir la acción, como lo hizo contra el conductor de una buseta ni contra la empresa de transporte porque el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, solamente permite tal tramitación *“cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”*.

Lo anterior significa que fue acertado el fallo motivo de revisión.

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia del Juzgado Sesenta Penal Municipal de Santafé de Bogotá, proferida en la acción de tutela de la referencia, el 27 de febrero de 1997.

T-319/97

Segundo. Por Secretaría se libraré la comunicaci3n de que trata el art3culo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Notifíquese, Comuníquese, Publíquese e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-321
Julio 4 de 1997

ACCION DE TUTELA-Hecho superado

REFERENCIA:

Expedientes y peticionarios :

| | | |
|--|---|---|
| T-112497: Fernando Mogollón Sánchez | T-112714 : Leonor Riveros Gaitán | T-112913: Ramiro Gil Cárdenas |
| T-112515: José Domingo Saavedra | T-112716 : Cecilia García de García | T-112914: Rosalina Fajardo de Naizaque |
| T-112516: Jorge E. Arango Estrada | T-112724: José Nicodemus Buitrago | T-112915: Elvia María Casas Pinzón |
| T-112518: Blanca Benjumea Betancurt | T-112726 : Israel Garzón Chilito | T-112916: Jorge Enrique Reyes Rodríguez |
| T-112555: María del Rosario Merchán Ninfa Rojas González Gloria Neiva Jiménez Luis Alfredo Lobatán Mateus | T-112727: Amparo García López | T-112996: Hugo Rodríguez Forero |
| T-112696: Mercedes López Osorio | T-112734: Leydi Yadira Salamanca Pineda Noralba Alfonso Díaz | T-112997: Manuel Vargas Mora |
| T-112697: Carlos Rafael Torres | T-112855: Gildardo López Montes | T-112998 : Gumercindo Reyes Rodríguez |
| T-112698: Luis Hernando Bulla | T-112856: Emigdio Berdugo Cañas | T-113035: Gonzalo Robles Sierra |
| T-112699: Heraclio Gil Cárdenas | T-112880: Nelson Mendieta Celis | T-113036: Rosalba Contreras |

T-321/97

- T-113037 :**
Juan Anselmo Martínez M.
- T-113038 :**
María Ifigenia S. de Reyes
- T-113060 :**
Gloria Cecilia Mesa Herrera
- T-113159:**
Carlos Emigdio Moreno M.
- T-113160 :**
Marco Parra Maca
- T-113161:**
Hipólito Duarte Velandia
- T-113281 :**
Magda Janeth Torres
- T-113282:**
Gloria Anadelia Silva Barahona
- T-113317 :**
Gloria Esther Piñeros
Dora Esperanza Yepes Méndez
- T-113476:**
Aldemar Gómez López
Luz Ilba Ramírez Saavedra
Gilberto Morales
Luz Enet León Quintero
- T-113498 :**
María Antonia Bolívar Vargas
- T-113500 :**
Martha Rodríguez González
- T-113501 :** Pedro María Rodríguez H.
- T-113738 :**
Graciela Silva de Alape
- T-113739 :**
Blanca Lilia Rodríguez Lara
- T-113740 :**
Genaro Ruiz Chaparro
- T-113815 :**
Victor Hernán Sánchez
- T-113816 :**
José Manuel Alfonso Vargas
- T-113911 :**
Luis Hernando Alape Alape
- T-113912 :**
María Esther Mendieta Vargas
- T-113913 :**
Marina Carrero Nuñez
- T-113914 :**
Miguel Antonio Prieto Cárdenas
Omar Hernán Benavides C.
Mercedes Cruz
Jaime Contreras Guzmán
- T-113921 :**
Gloria Nancy Coca Villada
Luis Alfonso Moreno Moreno
Elias Antonio Prieto Reyes
- T-113995 :**
Ramiro Guerrero
- T-113996 :**
Jorge Enrique Garzón
- T-113997 :**
Julio Enrique Osorio Zamora
- T-114000 :**
Jaime Arnulfo Rubio Quimbayo
María del Carmen Atara Gil
- T-114120 :**
Darío Gonzalo Nova Valbuena
Bernardino Parra Parra
Domingo Antonio Niño
Carlos Alberto Mahecha
- T-114172 :**
Arturo Vera Triviño
- T-114173 :**
Luis Fernando Ramírez Suárez
- T-114174 :**
Edilberto Romero Mosquera
- T-115089 :** Juan Isidro Ruiz Vaca
Constanza Olaya I.
- T-115472 :**
José del Carmen Cruz Quintero
- T-115575 :**
Alfredo Rincón Galindo
Campo Elías Cubides Chacón
Domitila Barrera Duarte
Inirida Avendaño Sandoval

| | |
|--|--|
| T-115716: Alba Nelly Salinas Diaz Lina del Tránsito Beltrán P. Jesús Enrique Torres R. | T-118687: Miguel Arturo Sánchez Clavijo |
| T-116904: María Aidé Vásquez | T-118688: María Dolores Aponte |
| F-116940: Ana Inés Martín de Sánchez | T-118689: María Aurora R. vda. de Chivatá |
| T-118682: Hernando Trujillo González | T-120121: Omar Villamil Antonio María Giraldo |

Procedencia: Juzgados 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31 y 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá., D.C., 20 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, D.C., y Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Civil- de esta ciudad.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá D.C., julio cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera carbonel, Eduardo Cifuentes Muñoz, y Carlos Gaviria Díaz, revisa los fallos proferidos por los Juzgados 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31 y 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., 20 Civil Municipal de Santafé de Bogotá D.C., y del Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Civil- de esta ciudad, en los procesos de tutela de la referencia, según la competencia que le ha sido conferida por los artículos 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Las Salas de Selección números Uno, Once y Doce escogieron para la revisión los expedientes en cuestión y decidieron su acumulación por existir unidad de materia.

I. ANTECEDENTES.

1. Pretensiones

Los actores interpusieron acciones de tutela ante los Juzgados 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31 y 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., y 20 Civil Municipal de Santafé de Bogotá D.C., contra el Inspector Décimo A Distrital de Policía, por la

presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la propiedad, a la vivienda digna y los derechos de los niños consagrados en los artículos 29, 58, 51 y 44 de la Constitución Política. En tal virtud, solicitan que se ordene al Inspector Décimo A Distrital de Policía se abstenga de ejecutar la orden de lanzamiento por ocupación de hecho decretada dentro de la querrella No. 038 de 1993, contra las personas que habitan el inmueble distinguido con el número 68-50 de la Avenida 81 (Autopista a Medellín), ubicado en jurisdicción del municipio de Engativa, exactamente en el barrio Ciudad Mónaco.

2. Hechos.

Como hechos que sustentan sus pretensiones, los actores expusieron los que a continuación se sintetizan:

1. Que mediante contrato de compraventa adquirieron la posesión real y material con respecto de los inmuebles de que dan cuenta los documentos aportados con las demandas, inmuebles que hacen parte de otro de mayor extensión denominado San Joaquín, ubicado en la Avenida 81 (Autopista Medellín) No. 68-50, barrio Ciudad Mónaco, jurisdicción del Municipio anexado de Engativá.

2. Que sus derechos provienen de la posesión reconocida judicialmente a los señores: Manuel Antonio Moreno, Angelino Tovar y Guillermo Méndez, según escritura pública No. 4032 del 20 de abril de 1993, otorgada en la Notaría 27 del Círculo de Santafé de Bogotá.

3. Que ante la Inspección 10 A Distrital de Policía cursa actualmente la querrella No. 038 de 1993 de lanzamiento por ocupación de hecho instaurada por Lilia Isabel Gómez de Samper, quien invoca la calidad de albacea testamentaria de su cónyuge Fernando Samper Madrid en contra de Manuel Moreno y personas indeterminadas, mediante la cual solicita el desalojo de los ocupantes de todos los predios que detentan los demandantes. Dentro del trámite de dicha querrella se dictó la orden de lanzamiento contenida en la Resolución de fecha 24 de agosto de 1995, que se encuentra ejecutoriada. Para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento se señaló el día 10 de octubre de 1996.

4. Que en el trámite de la citada querrella se han producido una serie de actuaciones que constituyen violaciones del derecho al debido proceso; entre ellas se mencionan:

a) El hecho de no haberse vinculado legalmente a los actores a la actuación adelantada, pues aseveran que nunca fueron notificados de la existencia de acción alguna en su contra.

b) La orden de lanzamiento no se dirigió contra personas determinadas o, por lo menos, individualizable. Ello es así si se tiene en cuenta que en la diligencia realizada el 8 de octubre de 1993 el funcionario contra el cual se impetra la tutela simplemente

dejó constancia de que encontraba aproximadamente 170 construcciones, sin determinar sus ocupantes, por lo que no se pudo ejercer ningún derecho de defensa.

c) Que el citado funcionario revivió un proceso que ya había sido fallado por la Inspección Décima D Distrital de Policía, correspondiente a la querella radicada bajo el No.003 de 1991, situación que conlleva a la nulidad de todo lo actuado.

d) Que al tenor de lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 992 de 1930, la acción policiva de lanzamiento por ocupación de hecho prescribe dentro de los 30 días siguientes al de la ocupación o al del conocimiento que el querellante tenga de ésta, conocimiento que se tenía con mucha antelación.

e) Por último, señalan que en el evento de materializarse el lanzamiento, se les estaría desconociendo un derecho adquirido con arreglo a las leyes y violando los derechos de los niños que viven en los inmuebles objetos de sus posesiones, poniendo a sus familias en situación de indefensión.

II. LOS FALLOS OBJETO DE REVISION.

Primera instancia.

En esta instancia, algunos juzgados concedieron la tutela y otros la negaron.

1. Tutelas concedidas.

1.1. El Juzgado 11 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió conceder la tutela en los procesos radicados con los números: T-112497, T-112515, T-112516 y T-112518.

Fundamentó su decisión en argumentos similares que pueden resumirse de la siguiente manera:

"... Si bien existen otros medios de defensa judicial en contra del acto administrativo proferido, es preciso en primer lugar integrar el litis-consorcio a efectos de que todas las partes involucradas ejerzan su derecho de defensa y se propenda por la autoridad que representa el Estado, a la salvaguarda de la Constitución y la Leyes".

"Es del caso resaltar que la querellante solamente citó al posible promotor de la invasión sin ser éste el único habitante del lote de terreno, y ya le fue resuelta al citado la oposición que presentara; de manera que habrá de escucharse al accionante dentro del plenario de querella, a fin de que defienda sus intereses".

1.2. El Juzgado 27 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., decidió conceder la tutela en el proceso radicado con el número: T-112880.

Consideró, que se violó de manera protuberante el derecho de defensa de los habitantes del inmueble que se pretende desocupar, desde el mismo momento que fue admitida la demanda por cuanto es inadmisibile dar paso a una acción contra personas indeterminadas, cercenando el derecho a intervenir de los demandados al no ser individualizados por cada uno de sus nombres y al no intentarse la notificación personal de los mismos, para luego proceder a fijar un aviso en forma también irregular. En efecto dijo el juzgado:

“Por lo anterior y puesto que en el presente asunto, el accionante está siendo amenazado de desalojo, sin que, se haya surtido el debido proceso y los medios de defensa judicial como sería la oposición al momento de la diligencia no le brindan la protección inmediata garantizada por este mecanismo defensivo, este Juzgado considera no sólo acertada la procedencia de esta acción sino la tutela a los derechos invocados como vulnerados dado el carácter fundamental de que están revestidos”.

1.3. El Juzgado 15 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió conceder la tutela en los procesos radicados con los números: T-113815 y T-113816.

Basó su decisión en argumentos similares que pueden resumirse así:

“Para que pueda dictarse orden de lanzamiento por ocupación de hecho, deben estar cumplidas las formalidades, esto es, darse las condiciones de orden legal de la ocupación de hecho, haberse trasladado el funcionario al lugar de los hechos, resolver las oposiciones y oír a todos y cada uno de los ocupantes del inmueble”.

“En el caso del accionante, no ha sido involucrado a la querella, la misma no ha sido notificada en legal forma, pues la orden de lanzamiento no ha sido notificada en forma personal a los ocupantes, o por medio de aviso fijado en la puerta de entrada del inmueble, es decir que en tratándose de varios ocupantes, la notificación debe individualizarse y la fijación del aviso debe realizarse en cada uno de los predios ocupados”, lo que no ocurrió en la querella en mención.

2. Tutelas denegadas.

2.1. El Juzgado 30 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número: T-112555.

Lo anterior, por considerar que “ En la ocurrencia de autos se endilga la violación del derecho al debido proceso dentro de una actuación de carácter policivo en donde los accionantes no han tenido la oportunidad de comparecer a la misma debido a que la acción de lanzamiento por ocupación de hecho no ha sido dirigida en contra de ellos. De ahí que sino fueron demandados, la ley no obliga a

notificarlos de la existencia de la querella, como tampoco puede pensarse que se les ha vulnerado el derecho al debido proceso, ya que el día de la diligencia de lanzamiento bien pueden ejercer el derecho a oponerse a dicho lanzamiento, y solamente ahí en ese instante cuando atiendan los requisitos exigidos por la ley para los terceros que se quieran oponer a la misma es que podría pensarse en una violación al debido proceso, pero antes no puede pretenderse el amparo del referido principio, máxime cuando de la actuación que en copia ha sido aportada a este caso, no se observa que el funcionario que conoce del trámite de la querella haya proferido decisiones contrarias a la ley, y el hecho de que haya fijado fecha para la diligencia de lanzamiento, es producto no de la arbitrariedad, sino del acatamiento de una acción de tutela que en tal sentido decisión el Juzgado 21 Civil del Circuito ante la dilación que observó dicho funcionario en el trámite del mencionado proceso policivo”.

2.2. El juzgado 31 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-112696, T-112697, T-112698 y T-112699.

Fundamentó su decisión en argumentos similares que pueden resumirse de la siguiente manera:

“Solamente podrá pedir protección por violación al debido proceso o al derecho de defensa, a través de la acción de tutela, quien demuestre ser parte dentro del proceso respectivo, por cuanto, ese derecho vulnerado debe ser propio del accionante”.

“En nuestro asunto concreto... no aparece el accionante como parte interviniente en la querella, luego, ningún derecho al debido proceso ha de violársele a quien no está vinculado, y siendo que la protección de los demás derechos se pide como consecuencia del antes enunciado, estos seguirán la misma suerte, por ello, se procede a negar lo pedido de acuerdo a las constancias existentes en el expediente”.
“Como en el caso analizado el accionante no fue querellado, le quedan otros mecanismos judiciales para hacer respetar sus derechos, entre otros, la oportunidad para efectuar la reclamación propia al momento de la diligencia”.

2.3. El Juzgado 5°. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-112714 y T-112716.

Consideró, que “... el señor Inspector accionado no violentó ninguna oportunidad procesal que eventualmente tenía la accionante, ya que se trata de una querella por ocupación de hecho y en el trámite de ella no aparece la orden legal o de procedimiento que indique que a los eventuales ocupantes deba citárseles, sino que el trámite mismo establece que si el funcionario de Policía considera que están dadas las condiciones que debe reunir la querellante, señalará fecha y

hora para la práctica de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho y es allí cuando los ocupantes deben hacer valer su derecho...”

“Luego no puede accederse a través de esta especial acción a la tutela demandada y específicamente a los fines que ella persigue, pues no puede ordenarse la suspensión de la práctica de una diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, ya que precisamente en esa diligencia es donde el funcionario respectivo debe decidir todas las situaciones jurídicas en que se encuentren las personas ocupantes del predio”.

2.4. El Juzgado 14 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-112724, T-112726 y T-112727.

Fundamentó su decisión en argumentos parecidos que se pueden resumir de la siguiente manera:

“...en toda la actuación policiva no aparece en parte alguna, que el accionante se hubiese hecho presente en la diligencia de lanzamiento a hacer valer sus derechos si es que los tiene; pues ésta era la oportunidad procesal para ello ...Es más, aún no se ha terminado la diligencia, luego no puede decirse que se haya violado su derecho a la defensa y al debido proceso”.

“En lo que respecta a la falta de notificación de la querella, tampoco le asisten razones, por cuanto la misma se dirigió contra una persona determinada y las demás que ocupen el inmueble; todos los cuales fueron notificados por aviso; y si bien es cierto, no hay constancia de que se haya intentado la notificación personal, ello podría predicarse de la persona determinada más no de las indeterminadas...”.

Concluye, que se están impetrando derechos de la colectividad y no de una persona individualmente considerada, pues se ataca el procedimiento dado a la querella y se habla en nombre de todos los ocupantes, a pesar de haberse dirigido aquélla contra personas indeterminadas y no haberse éstas hecho parte en el proceso para así poder ejercer su derecho de defensa, luego no hay lugar a tutelar derecho alguno.

El Juzgado 7°. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número: T112734.

Consideró, que *“En el caso de autos este Juzgado concluye que la Inspección de Policía accionada no ha violado los derechos de que se duelen las demandantes habida cuenta que, contrario sensu a lo expuesto por ellas, sí fueron citadas al proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, en debida forma, esto es mediante aviso fijado en la entrada del predio objeto del debate, el cual fue recibido por una de las personas residentes en él”.*

Respecto al argumento de que la acción de lanzamiento por ocupación de hecho no puede dirigirse contra personas indeterminadas, sostiene que ello si es viable y que tal previsión resulta sana y necesaria, pues lo contrario podría implicar dilaciones injustificadas del proceso al momento de practicarse la diligencia, con la aparición de nuevas personas alegando que no fueron citadas al proceso.

En cuanto a los derechos de los niños, a la propiedad y a la vivienda digna, tampoco encuentra violación alguna por parte de la autoridad accionada.

2.5. El Juzgado 9°. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-112855 y T-112856.

Basó su decisión en los siguientes razonamientos:

“...resulta sin ningún fundamento alegar la falta de notificación como vulneratoria del debido proceso, toda vez, según el propio dicho del accionante, ella se surtió el día 14 de septiembre de 1993. Otra cosa por entero diferente, es que él para esa época no se encontraba en el inmueble... lo cual por razones de mera lógica le impedía acceder a esa notificación “.

“Tampoco aprecia el despacho que por la fijación del aviso, se haya realizado una indebida notificación... entre otras razones, esta última forma de notificación era la que se debía rituar en razón al numeroso grupo de ocupantes “.

“... respecto del litisconsorcio necesario referido, sea pertinente indicar que el mismo es propio de situaciones consagradas legal o contractualmente y para el caso en que nos encontramos, valga decir frente a una situación de hecho, este precepto no es aplicable, más aún cuando no existe norma legal que así lo exija o lo contemple“.

En cuanto a la vulneración de los derechos a la propiedad y a la vivienda digna, resaltó que ellos per se, no se consideran como fundamentales y en cuanto a los derechos de los niños, por estar enunciados en abstracto, es evidente que no es viable su estudio, máxime cuando no se acreditó la existencia de ningún menor durante el trámite de la actuación.

2.6. El Juzgado 6°. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en los procesos de tutela radicados con los números: T-112913, T-112914, T-112915 y T-112916.

Fundamentó su decisión en las consideraciones que se resumen de la siguiente manera:

“ ...mediante decisión del 24 de agosto de 1995 se desataron las oposiciones declarándose improperas por considerar la funcionaria que conocía de la querrela

en aquella época que no demostraron derecho a permanecer en el inmueble los opositores, decisión que no fue cuestionada o impugnada habiendo cobrado ejecutoria “.

“Por lo anterior no observa este juez de tutela que se haya infringido el procedimiento policivo para este tipo de querellas ni mucho menos vulnerado el debido proceso o el derecho de defensa del accionante”.

“Sobre este aspecto es del caso señalar que los conflictos de claro contenido patrimonial en relación con la posesión de un inmueble deben ser solucionados por los medios comunes establecidos en la ley ante las autoridades competentes, esto es, que no se debe olvidar que las actuaciones policivas se pueden definir como preventivas o correctivas de ciertas situaciones pero que por su temporalidad no son definitivas”.

En cuanto a la vulneración de los derechos de los niños, no considera que se les haya vulnerado o amenazado en forma directa, derecho fundamental alguno, “ puesto que la orden de lanzamiento hasta la fecha posee visos de legalidad ...”.

2.7. El Juzgado 28 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar la tutela solicitada en el proceso radicado con el número: T-113476.

Consideró, que “ ...se advierte que de la admisión de la querella y fijación de fecha y hora para la diligencia de lanzamiento, así como de los diferentes nuevos señalamientos para la realización de la diligencia y su continuación, se notificó a los ocupantes del inmueble objeto de querella mediante la fijación antelada de aviso en el lugar de los hechos, con lo cual se concluye sin dubitación alguna que a los ocupantes determinados e indeterminados del predio en cuestión se les enteró oportuna y reiteradamente de la existencia de la querella y de los diferentes señalamientos para la diligencia de lanzamiento, sobre la que vale decir, al resultar pospuesta en diversas ocasiones desde el inicio de la querella en agosto de 1993, brindó asimismo a aquellos múltiples oportunidades para hacer valer sus derechos mediante oposición a la diligencia, que como ya se consignó con anterioridad, es donde pueden acreditar el derecho que les asiste, de ahí que mal pueda predicarse violación al derecho de defensa de los petentes “.

Frente a los restantes argumentos de los accionantes que ponen de presente otras presuntas irregularidades, considera que deben desestimarse como quiera que no se cuenta con los elementos de juicio necesarios para el establecimiento de tales circunstancias, toda vez que para el efecto tan solo se cuenta con las afirmaciones de los petentes, carentes de respaldo probatorio.

2.8. El Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T- 112996, T-112997, T-112998- y T-116940. Para adoptar esta decisión expuso, en síntesis, lo siguiente:

“Se desprende del informe rendido por la accionada, que los hechos que motivan la invocación del derecho fundamental transgredido, no constituyen tal conculcamiento, pues en el no se evidencian circunstancias que atenten contra el derecho de defensa”.

“...no se vislumbra sobre lo examinado la vulneración del derecho fundamental reclamado como violado, y como consecuencia de ello, igualmente, no hay lugar a predicar el conculcamiento de los derechos a la propiedad, la vivienda digna y los derechos de los niños”.

2.9. El Juzgado 13 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113035, T-113036, T-113037 y T-113038.

Fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

“Se establece en este asunto, que la Inspección accionada no violó ninguna oportunidad procesal que eventualmente tuviera el accionante, pues se trata de una querrela por ocupación de hecho y en su trámite no existe la orden legal o de procedimiento que indique que a los eventuales ocupantes deba citárseles, sino que su procedimiento conduce a que en el caso de que las condiciones que deba reunir la querellante se encuentren conformadas, señalará fecha y hora para la práctica de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, siendo aquélla oportunidad con la que cuentan los ocupantes de hacer valer su derecho, y demostrar que el mismo no obedece a circunstancias o situaciones de hecho, sino amparados en legal forma para permanecer en el lugar”.

“No puede pretender el accionante a través de la tutela, la suspensión de la diligencia de lanzamiento, pues es esta la oportunidad precisamente con que cuenta para demostrar el derecho que le asiste para ocupar el predio o parte de éste, materia de aquélla, y si la misma compromete el lote del demandante, fácilmente puede hacer valer su respectivo derecho en tal momento, aportando los documentos y pruebas con que cuente para demostrar lo dicho”.

“Colígese de lo anterior que la violación al derecho fundamental al debido proceso, no se ha producido en éste por parte del funcionario accionado, dado que su actuar se encuentra ajustado a derecho, y además, al no haberse proferido decisión de fondo por la inspección en comento, la que se puede atacar directamente, y teniendo en cuenta los fundamentos en que se apoya esta acción, no se puede predicar se hayan agotado todos los recursos, pues quien se considere lesionado, puede impugnar la decisión”.

2.10. El juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-115089 y T-116904.

Fundamentó su decisión en argumentos que pueden resumirse así:

“En el presente caso encuentra el Despacho, luego de evaluar la situación, que hasta este momento no se ha producido la violación que se anuncia en la petición tutelar, ya que en ninguno de los pasos adelantados en la querella se atisban conductas que entrañen por manera alguna desviación o arbitrariedad en el funcionario, que a su turno se traduzcan en lo que la jurisprudencia denomina “vía de hecho” o conducta arbitraria o injusta”.

“...la presente acción de tutela no se hace próspera, pues si eso fuera así, se estaría convirtiendo este tipo de acción en un medio para impedir el normal desarrollo de un trámite de querella que está debidamente regulado en la ley y que constituye un mecanismo propio de las autoridades administrativas ante peticiones de parte. De tal manera que el ordenar por vía de tutela la suspensión de un trámite administrativo, sería a su vez una conducta arbitraria que desquiciaría el estado de derecho el debido orden de las funciones públicas”.

Pese a que se recaba la protección de los derechos a la propiedad y a la vivienda digna, el juzgado considera que en la fundamentación de la demanda no se hace la más mínima alusión a la forma en que éstos se ven afectados, lo que impide protegerlos.

Finalmente, advierte que *“la indeterminación de los menores que se vean afectados con la decisión obstaculiza el descender a un análisis mínimo sobre el eventual compromiso de sus derechos con la querella, por lo que de plano se desecha el argumento”.*

2.11. El Juzgado 25 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113159, T-113160 y T-113161.

Como base para su decisión expuso lo siguiente:

“Encuentra el Despacho ... que hasta este momento no se ha producido la violación que se anuncia en la petición tutelar, ya que en ninguno de los pasos adelantados en la querella se atisban conductas que entrañen por manera alguna desviación o arbitrariedad en el funcionario, que a su turno se traduzcan en lo que la jurisprudencia denomina “vía de hecho”.

En cuanto a que la demanda no debió dirigirse contra personas indeterminadas y que la notificación ha debido hacerse personalmente a cada uno de los moradores del inmueble, el juzgado concluye que los accionantes si tienen conocimiento de la querella, circunstancia que per-se, los vincula a las decisiones que se adopten hacia el futuro en la actuación, pues ya no podrán pretextar su ignorancia, cuando ante un funcionario judicial han manifestado en forma inequívoca el conocerla.

Pese a que se recaba la protección de los derechos a la propiedad y a la vivienda digna, el juzgado considera que en la fundamentación de la demanda no se hace la más mínima alusión a la forma en que éstos se ven afectados, lo que impide concurrir a protegerlos.

2.12. El juzgado 24 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113281 y T-113282, con los siguientes razonamientos:

El procedimiento a seguir para el lanzamiento por ocupación de hecho establece que los ocupantes “tienen la oportunidad procesal para demostrar su interés jurídico sobre la finca o predio objeto del desalojo y oponerse al mismo hasta cuando se practique la diligencia de lanzamiento, de donde se infiere, que a pesar de que se haya dado la orden de desalojo, y ésta se halle ejecutoriada, los ocupantes pueden aún hacer o presentar la oposición antes de realizarse la desocupación”.

Concluye, que no ha habido violación alguna al derecho constitucional al debido proceso, pues no se halló hecho alguno constitutivo de la violación a aquél, por lo que se ha de negar la tutela solicitada.

En lo atinente a los derechos a la propiedad y a la vivienda digna, considera que por ser derechos de desarrollo progresivo, condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los han hecho posibles, circunstancia ésta que no se da en el presente caso.

Con respecto a los derechos de los niños, expresa: *“se denota la ausencia total de una mención concreta de los menores afectados, ni mucho menos las circunstancias que pongan en peligro a aquéllos”.*

2.13. El juzgado 17 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número: T-113317.

Consideró, que comoquiera que la diligencia de lanzamiento no se ha materializado aún, a los aquí accionantes les asiste todavía la oportunidad jurídica para oponerse a la practica de la diligencia o hacer valer sus derechos dentro de los trámites policivos, sin que sea óbice para ellos que otros ocupantes hayan hecho ya uso de tal medio de defensa.

Y agrega: *“a pesar de no estar los accionantes presentes formalmente en la actuación policiva, a consecuencia de las notificaciones que se han realizado mediante aviso, aquellos tienen expedita la vía jurídica ya indicada, para hacer valer sus derechos en la querella mencionada por cuanto la oportunidad va hasta cuando se practique el lanzamiento, cosa que aún no ha ocurrido...”*

2.14. El Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113498, T-113500 y T-113501. Dijo el juzgado en síntesis:

"...el inspector no está incurso en ninguna conducta de acción u omisión que caiga dentro del calificativo de injusto o de arbitrario por el solo hecho de señalar fecha y hora para la diligencia de lanzamiento. Lo contrario, estamos frente a una conducta legítima del funcionario en aras al normal desarrollo del trámite de la querrela materia de discordia".

"Así mismo se debe tener en cuenta que como no se ha producido la decisión de fondo por parte de la referida inspección, que pueda atacarse directamente, dados los supuestos en que se funda esta acción de tutela, no puede hablarse de que se haya agotado todos los recursos en la vía judicial, por lo que se da la oportunidad de que quien se considere lesionado pueda intervenir e impugnar su decisión".

2.15. El Juzgado 23 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113738, T-113739 y T-113740.

Basó su decisión en los siguientes razonamientos:

"En el caso sub-examine resulta evidente, además de la no proposición de la acción como "mecanismo transitorio", la no violación del derecho cuyo amparo se solicita, en razón a la ausencia de legitimación por activa y ausencia de daño, lo primero si se tiene en cuenta el hecho indiscutible de la imposibilidad en que se encuentra el accionante de no poder alegar jurídicamente la violación del debido proceso cuando no ha sido vinculado a las diligencias administrativas adelantadas por el funcionario de policía y lo segundo si se tiene en cuenta que el daño que afirma se le puede causar con el cumplimiento de la orden de lanzamiento, es apenas una hipótesis absolutamente incierta".

"En torno al derecho de propiedad y vivienda digna, no hay duda para el Despacho que la acción de tutela planteada por este aspecto tampoco puede tener despacho favorable, a pesar de ser estos derechos de rango fundamental, pero cuando están en íntima relación -nexo causal- con uno verdaderamente fundamental, caso que no tiene cabida en éste diligenciamiento..."

"Por último y frente a los derechos fundamentales de los niños, es patético en la solicitud presentada por la parte accionante, la ausencia de una mención de existencia de los menores afectados, de manera real y evidente que pongan de presente a este Despacho el peligro en que se encuentran, pues en verdad y como de dijo atrás, el peligro o daños no deja de ser una mera expectativa e hipótesis que no se sabe a ciencia cierta si va a tener ocurrencia, circunstancia..."

2.16. El Juzgado 2º. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113911, T-113912 Y T-113913. Para adoptar esta decisión expuso, en síntesis, lo siguiente:

“Es importante resaltar que según las normas que rigen la materia (Código Nacional de Policía) es en el momento de la diligencia en que los ocupantes pueden hacer valer los derechos que les compete exhibiendo los títulos que los acrediten”.

“...de toda la prueba documental existente, se desprende claramente que no se ha vulnerado el derecho del debido proceso, ni por ende el de la propiedad, vivienda digna y el derecho de los niños que como consecuencia los hace derivar del primero, porque como ya se analizó es en el momento de practicarse la diligencia de lanzamiento donde los ocupantes deben hacer valer los derechos y no pretender por medio de la acción de tutela que se ordene la suspensión de la diligencia programada por la mencionada inspección, so pretexto de que no haber sido citados ni haber intervenido en el trámite, por cuanto que la providencia que admitió la querrela y fijó fecha para el lanzamiento fue notificada en legal forma”.

2.17. El Juzgado 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número: T-113914.

Consideró, que la actuación administrativa desplegada por la autoridad accionada se ciñe a las normas atinentes al procedimiento señalado para este tipo de querrelas y que el derecho de defensa de los ocupantes se preserva al garantizarse que si antes de practicarse el lanzamiento el ocupante del inmueble exhibe un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, se suspenderá la diligencia de lanzamiento, quedando en libertad los interesados de acudir a la justicia ordinaria.

Agrega que “la acción policiva tiene pleno respaldo normativo y la acción de tutela resulta improcedente para desconocer su objeto o suspender su trámite, y el ejercicio del derecho de defensa no se ha vulnerado pues en la diligencia respectiva -ya que de las copias arrimadas a los autos no se observa que aquella se hubiere practicado- los accionantes pueden hacer uso de él”.

Igualmente manifiesta que tampoco existe prueba de que se hayan vulnerado derechos de los niños.

2.18. El Juzgado 21 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número: T-113921.

Consideró, que “pretenden los accionantes que por vía de tutela se les proteja el derecho a la propiedad, cuando dichos trámites corresponden a otras entidades e instituciones jurídicas bien diferentes a la aquí instaurada”.

“Tampoco encontró el despacho que se hubiera vulnerado el derecho al debido proceso, por cuanto de las pruebas allegadas, se colige que los aquí demandantes no han sido vinculados al proceso, sin que aquella falta de vinculación pueda ser violatoria del debido proceso, dado que en las múltiples diligencias llevadas

a cabo al lugar objeto de la querella, el inspector previo al cumplimiento de la resolución ha hecho saber por medio de aviso a los indeterminados, sin que aquí los accionantes hayan participado de tal evento”.

“Debe indicarse además que los accionantes tienen otros mecanismos de defensa judicial, como hacerse presentes el día de la diligencia para que sean escuchados, como todos aquellos que han concurrido para ser oídos, como en efecto ha sucedido”.

2.19. El Juzgado 1º. Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-113995, T-113996 y T-113997. Su decisión se sustentó de la siguiente manera:

“El fundamento de la querella policiva no debe verse en la diligencia misma del lanzamiento, sino en la ocupación indebida del lote, acción policiva que puede ser intentada contra personas indeterminadas, las cuales una vez enteradas de la actuación que en su contra y aún sin su citación dado esa situación de indeterminados pueden antes de llevarse a cabo el lanzamiento demostrar que esa ocupación no ha sido injusta, probando o justificando en legal forma su ocupación pudiendo obtener que la diligencia no se lleve a cabo y con la opción de que los interesados acudan a la jurisdicción jurisdiccional, en donde muy seguramente mediante el proceso respectivo se debatirá con adjunción de pruebas y mediante un procedimiento más amplio el respectivo debate”.

“...el accionante está enterado del día y hora en que se llevará a cabo la diligencia, en la cual puede presentarse a formular la oposición respectiva, quedando así a salvo su derecho a la defensa”.

“... no observándose vulneración al derecho al debido proceso, se negará la tutela instaurada con tal propósito, y consecuentemente respecto a los demás invocados como amenazados y derivada su amenaza de la violación al debido proceso que no se tutela”.

2.20. El Juzgado 18 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-114000.

La referida decisión se adoptó, por considerar que no es necesario mencionar en la querella personas determinadas cuando se desconocen por el querellante, las que se encuentren ocupando el bien y que la oportunidad procesal para los ocupantes que demuestren interés jurídico sobre el bien objeto de desalojo solamente precluye cuando se practique el lanzamiento, es decir que aún cuando la orden se haya dado y ésta se encuentre debidamente ejecutoriada no quiere ello significar que los ocupantes no puedan oponerse posteriormente al desalojo. También expuso el juzgado:

“Bien puede observarse que la diligencia de lanzamiento no ha sido materializada por lo que, a los accionantes les asiste todavía la oportunidad jurídica para oponerse a la práctica de la diligencia o hacer valer sus derechos dentro de los trámites policivos...”.

“Conclúyese entonces, que existiendo otro medio o mecanismo de defensa judicial, y por el carácter de residual que tiene la acción de tutela”, no se da el presupuesto indicado para que la acción pueda prosperar.

2.21. El Juzgado 10 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-114120.

Consideró, que no puede pregonarse violación del debido proceso por la falta de identificación previa de todos los sujetos contra los cuales se dirige la actuación policiva. “Si a dicho funcionario se le impusiera la necesidad de una identificación previa de todos y cada uno de los ocupantes de un inmueble en las circunstancias de que trata el art. 15 de la ley 57 de 1905, se estaría variando el reglamento de su competencia , y bien se sabe que el funcionario público, por el principio de legalidad, solo puede hacer lo que la ley le permite y en la forma como la misma ley lo ha dispuesto”.

“De todos modos, los demandantes tienen la oportunidad de intervenir en la diligencia que se vaya a realizar por el Inspector de Policía respectivo, y es allí donde podrían alegar los aducidos derechos, respecto de los cuales tal funcionario se pronunciará como corresponda”

2.22. El Juzgado 12 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-114172, T-114173 y T-114174.

Fundamentó su decisión en argumentos similares que pueden resumirse de la siguiente manera:

“...al rompe se advierte que se trata de la formulación en serie de acciones de tutela tendientes a evitar una decisión en firme avalada por un Juez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá...”

“No es de recibo, así lo tiene reiterado la doctrina y jurisprudencia juntas que sobre un mismo hecho, causa y objeto se profieran resoluciones contrarias. Decisiones de tal naturaleza llevarían al caos y a la incertidumbre jurisdiccional. Por ningún motivo y ni bajo ningún aspecto se considera viable la acción de tutela incoada, pues obsérvese que dentro de la actuación se allegó de parte de persona interesada actuaciones en fotocopias que obran dentro de la presente tutela decisiones (Sentencias) de primera y segunda instancias atinentes al caso aquí controvertido, de donde en consideración a ello, no sería admisible proferir resolución contraria”.

“Así las cosas, ante el hecho inocultable de decisiones jurisdiccionales sobre el mismo tema y porque frente a ellas no se observa violación o amenaza alguna a los derechos fundamentales endilgados como violados, la acción de tutela debe ser negada”.

2.24. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-115472.

Lo anterior, por considerar que de la revisión minuciosa de las piezas procesales se desprende que las ritualidades que son propias a este tipo de enjuiciamientos se ha satisfecho a cabalidad y en consecuencia el precepto de rango constitucional que prevé que el debido proceso de aplicará a toda clase actuaciones judiciales y administrativas, no ha sido vulnerado por parte de la Inspección Décima A Distrital de Policía.

Manifiesta, que es claro que quien se sienta amenazado o vulnerado por un acto u omisión de la autoridad pública, puede invocar y hacer efectivos sus derechos constitucionales a través de los medios establecidos en el ordenamiento jurídico, incluyendo la acción de tutela en aquellos caso en que no se cuente con otro medio de defensa judicial, "situación que en forma alguna puede predicarse en el caso concreto, toda vez que como bien lo expresa el accionante está enterado de la existencia de otros medios para atacar y controvertir la actuación del funcionario policivo, sin que sea de recibo para el Despacho el hecho de la proximidad de la fecha fijada para evacuar la mentada diligencia".

2.25. El Juzgado 8° Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-115575.

Lo anterior, por considerar que dentro de la actuación policiva no se encuentra que exista violación al debido proceso, pues no se observan decisiones arbitrarias o de hecho; antes, por el contrario, se han resuelto las oposiciones y nulidades interpuestas.

Señala que "debe tenerse en cuenta, que la actuación policiva también fue objeto de examen en tutela anterior que decidió tutelar en el sentido de no dilatar mas la práctica de la diligencia ordenada hace más de tres años, no pudiéndose a través de ésta tutela desconocer la decisión al respecto"

"Sobre los derechos fundamentales que consideran violados los accionantes, como el de la vivienda y los derechos del niño, éstos no deben ser tutelados por parte del Juzgado por ser una consecuencia de un proceso policivo en donde, como se dijo antes, no se ha violado el debido proceso".

2.26. El Juzgado 4° Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-115716.

Expresó el juzgado, que de los documentos que obran en el expediente se establece claramente que la actuación de la autoridad demandada en ejercicio de su función de policía ha sido ajustada a la ley, por lo que "no habrá lugar a concederse la protección solicitada, en la medida que la vulneración atribuida no se ha presentado".

“...advertida la legalidad de la “notificación” de la orden de lanzamiento, supuesto sobre el que se basa principalmente la violación del derecho al debido proceso y, advertido que las demás irregularidades señaladas -litis consorcio, prescripción, revivir procesos legalmente concluidos- ya han sido objeto de pronunciamiento por la autoridad policiva, y no está dentro de la competencia del juez de tutela decidir sobre la juridicidad de dicha decisión, surge la legitimidad de la actuación, por estar ajustada a los parámetros señalados por las normas que regulan ese tipo de acciones especiales, lo que conduce a la ausencia de la vulneración atribuida”.

2.27. El Juzgado 3° Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar las tutelas solicitadas en los procesos radicados con los números: T-118682, T-118687, T-118688 y T-118689. Dijo el juzgado:

“Es importante resaltar que según las normas que rigen la materia (Código Nacional de Policía) es en el momento de la diligencia en que los ocupantes pueden hacer valer los derechos que les compete exhibiendo los títulos que los acrediten en la calidad que invoquen”.

Sostiene que dentro de la querrela cuyo trámite lleva mas de tres años y de la cual los ocupantes del predio han tenido conocimiento y han actuado interponiendo toda clase de recursos, inclusive nulidades, todo les ha sido decidido por el inspector.

Agrega, que de toda la prueba documental examinada se desprende claramente que no se ha vulnerado en manera alguna el derecho al debido proceso de los accionantes, ni por ende los de propiedad, vivienda digna y los derechos de los niños porque, repite, es en el momento de practicarse la diligencia de lanzamiento donde los ocupantes deben hacer valer sus derechos.

2.28. El Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-120121.

Estimó el juzgado, que revisado el trámite efectuado por el funcionario tutelado se llega a la conclusión de que no se violentó ninguna oportunidad procesal predeterminada para el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho. Claramente se deduce la obligación del funcionario de indicar las personas contra las cuales se dirige la acción, “si fuere conocida”, lo que conlleva necesariamente a la posibilidad de dirigir la demanda frente a los indeterminados cuando no se conocen las personas supuestamente ocupantes.

“Nótese que para el presente asunto, las providencias que señalaron fechas para la práctica de la diligencia de lanzamiento fueron notificadas por avisos, entonces, no se puede decir que existió desconocimiento absoluto por parte de los moradores y, específicamente de los aquí accionantes”.

“...si bien es cierto los posiblemente afectados no han sido vinculados formalmente a la querrela, es igualmente cierto que les asiste esa posibilidad en

la misma práctica de la diligencia de lanzamiento, situación esta que no había tenido ocurrencia para la fecha de presentación de la tutela...”.

Concluye que no se ha violado el debido proceso, y por lo tanto, “no podrá darse acogida a los otros derechos supuestamente vulnerados, pues son consecuencia del trámite previsto en la querrela que se insiste, no ha sido objeto de violación del debido proceso”.

2.29. El Juzgado 20 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, D.C., decidió negar el amparo solicitado en el proceso de tutela número T-113060.

Estimó, que es en el momento de la diligencia donde la accionante debe hacer valer sus derechos acreditando el derecho alegado, toda vez que es esa la oportunidad para decidir todas las situaciones jurídicas en que se encuentren los ocupantes del predio, según el procedimiento que regula la querrela de lanzamiento por ocupación de hecho.

Concluye que “no ha existido ninguna amenaza o violación al derecho fundamental del debido proceso por parte del Inspector Décimo A Distrital de Policía de Engativá y, en consecuencia, no prospera la acción interpuesta”.

3. Segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., -Sala Civil-, conoció en segunda instancia de los procesos de tutela números: T-115472, T-115575, T-116904 y T-116940, y decidió confirmar las sentencias de primera instancia proferidas por los Juzgados 16, 8°, 20 y 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., respectivamente, las cuales negaron el amparo solicitado.

El Tribunal fundamentó su decisión en los argumentos que se exponen a continuación:

En el asunto que nos ocupa, los accionantes consideran que se ha conculcado el derecho al debido proceso, pues no han sido notificados y por tanto vinculados a la querrela de lanzamiento por ocupación de hecho que en su contra se inició.

Del examen de la actuación, “se evidencia que la mencionada querrela no estuvo dirigida contra los aquí accionantes, ni éstos se hicieron presentes con oposición alguna en la mencionada diligencia, ni la autoridad policiva ha proferido en su contra orden específica de lanzamiento. Lo anterior implica que en concreto, esta Sala estima que no se ha violado el derecho constitucional fundamental del debido proceso de los accionantes”, toda vez que la demanda está dirigida contra indeterminados, situación que coloca al funcionario competente en imposibilidad de realizar notificaciones personales, optando entonces por la notificación por aviso.

Téngase presente, que las normas que regulan el lanzamiento por ocupación de hecho establecen que los ocupantes de la finca o heredad ejercen el derecho de defensa justamente en la misma diligencia de lanzamiento, en la que no puede desconocerse la intervención del ocupante que así lo solicite, aunque no se le haya surtido la notificación en forma particular.

“Así las cosas... tendrá el inspector que practique la diligencia, que atender y resolver las oposiciones que se presenten de quienes tienen la calidad de ocupantes del inmueble, pues ella se encuentra dirigida además contra todas las personas que en el momento en que aquella se presentó tenían la calidad de indeterminadas”.

“Y como la diligencia de lanzamiento no ha concluido, ni tampoco aparece que se les hubiere negado la intervención a los aquí accionantes y siendo el momento de ejercer su oposición el de la diligencia, imposible resulta predicar que se les ha vulnerado el derecho de defensa, ni ninguno de los derechos fundamentales que invocan”.

III. PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO DURANTE LA ETAPA DE LA REVISION.

Mediante auto de fecha 18 de febrero de 1997, la Sala con el fin de profundizar en el análisis de la situación materia de controversia dispuso allegar al proceso copia íntegra de la actuación surtida dentro de la querrela policiva número 038 de 1993, así como copia auténtica de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho decretada según Resolución del 24 de agosto de 1995 y en caso de que no se hubiere llevado a cabo dicha diligencia, certificación en tal sentido, expedida por la Inspección Décima A Distrital de Policía.

En lo relativo al cumplimiento de la orden de lanzamiento, la referida inspección dio respuesta en los siguientes términos:

“En cumplimiento a la resolución expedida por éste Despacho con fecha 23 de Julio de 1996, que ordenó fijar fecha para la continuación de la practica de diligencia de Lanzamiento dentro de la querrela 038/93 para el día 10 de Octubre de 1996, la suscrita Inspectora e asocio de las asistentes administrativas procedió el día señalado a continuar con la practica de la diligencia...Esta diligencia se suspendió para continuarla el día 11 de Octubre de 1996, luego se continuo el día 18 de Diciembre de 1996 y luego se continuo el día 19 de Diciembre de 1996, fecha en la cual este Despacho se pronunció sobre la nulidad planteada dentro del plenario y sobre la solicitud de Prescripción. Como consecuencia de esto el despacho declaró la nulidad de todo lo actuado y declaró prescrita la acción”.

“En conclusión, éste Despacho continuó con la practica de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho de la Querrela 038/93, pero NO VERIFICO dicho lanzamiento, el cual fue materialmente practicado por el Juzgado 6° de Familia en el mes de enero del año que cursa, diligencia en la cual fueron desalojados los habitantes del predio denominado Ciudad Mónaco”.

“La suscrita Inspectora CERTIFICA que no practicó el desalojo de los habitantes del predio denominado Ciudad Mónaco”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Hecho superado.

En repetidas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la improcedencia de la acción de tutela cuando el motivo o la causa de la vulneración del derecho ya no existe, toda vez que, en estos casos, cualquier pronunciamiento que pudiera hacer el juez de tutela para remediar la situación que afecta el derecho resultaría ineficaz.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“La doctrina constitucional ha sostenido, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, que el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección afectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

“Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el juez, si encuentra vulnerado o amenazado el derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

“Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la violación o amenaza ya ha sido superada, es decir, la pretensión instaurada en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, el instrumento constitucional -acción de tutela- pierde eficacia y por tanto, su razón de ser. En éstas condiciones, la orden que pudiera impartir el juez, ningún efecto podría tener y el proceso carecería de objeto, resultando improcedente la tutela; efectivamente, desaparece el supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución Política -la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”-.(Sentencia T-467 de 1996.M.P. Vladimiro Naranjo M.).

2. El caso concreto.

De la prueba solicitada por esta Sala se deduce que las situaciones que dieron origen a las diferentes acciones de tutela se encuentran superadas, al haber sido declarada la prescripción de la acción y la nulidad de todo lo actuado dentro de la querrela No. 038/93.

Adicionalmente la Sala observa que aun cuando el lanzamiento de los ocupantes del predio denominado Barrio o Ciudad Mónaco no lo llevó a cabo la mencionada inspección, por las razones ya expuestas, dicho lanzamiento si se materializó por el Juzgado 6° de Familia de Santafé de Bogotá.

Ante las circunstancias que se presentan en los procesos que se revisan, en razón de que algunos de los juzgadores de instancia denegaron las tutelas impetradas y otros las concedieron y ante la situación sobreviniente, con posterioridad a las decisiones adoptadas por aquéllos, consistente en que la autoridad contra la cual se dirigieron las tutelas declaró la prescripción de la acción y la nulidad de todo lo actuado y que, además, el lanzamiento fue decretado y materializado por conducto del Juzgado 6° de Familia, encuentra la Corte que en este momento procesal existe carencia de objeto sobre el cual deba versar la revisión de la Sala, pues ya no existe vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno que deba contrarrestarse y que amerite una orden del juez tendiente a amparar los derechos cuya tutela invocan los demandantes.

Conforme a lo anterior, esto es, en razón de la carencia actual de objeto para decidir, la Sala confirmará las decisiones de instancia que denegaron las tutelas y revocará aquéllas que las concedieron.

V. DECISION.

Por las razones señaladas, la Corte Constitucional en Sala Segunda de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** las sentencias proferidas en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que a su vez confirmó los fallos que denegaron la tutela interpuesta ante los diferentes Juzgados Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá dentro de los siguientes procesos: T-115472, T-115575, T-116904 y T-116940, con la advertencia de que este pronunciamiento se adopta, por la carencia actual de objeto para decidir.

Segundo: **CONFIRMAR** las sentencias proferidas en primera instancia por los Juzgados: 1° - 2° - 3° - 4° - 5° - 6° - 7° - 9° - 10 - 12 - 13 - 14 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 23 - 24 - 25 - 26 - 28 - 29 - 30 - 31 y 32 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y 20 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, que denegaron la tutela interpuesta en los siguientes procesos:

| | | | |
|----------|----------|----------|-----------|
| T-112555 | T-112916 | T-113500 | T-114173 |
| T-112696 | T-112996 | T-113501 | T-114174 |
| T-112697 | T-112997 | T-113738 | T-115089 |
| T-112698 | T-112998 | T-113739 | T-115716 |
| T-112699 | T-113035 | T-113740 | T-118682 |
| T-112714 | T-113036 | T-113911 | T-118687 |
| T-112716 | T-113037 | T-113912 | T-118688 |
| T-112724 | T-113038 | T-113913 | T-118689 |
| T-112726 | T-113159 | T-113914 | T-120121 |
| T-112727 | T-113160 | T-113921 | T-113060. |
| T-112734 | T-113161 | T-113995 | |
| T-112855 | T-113281 | T-113996 | |
| T-112856 | T-113282 | T-113997 | |
| T-112913 | T-113317 | T-114000 | |
| T-112914 | T-113476 | T-114120 | |
| T-112915 | T-113498 | T-114172 | |

Se advierte que este pronunciamiento se adopta, por la carencia actual de objeto para decidir.

Tercero: **REVOCAR** las sentencias proferidas en primera instancia por los juzgados 11 - 15 y 27 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, que concedieron la tutela dentro de los siguientes procesos: T-112515, T-112516, T-112518, T-112880, T-113815 y T-113816, con la advertencia de que este pronunciamiento se adopta, por la carencia actual de objeto para decidir.

Cuarto: **ORDENASE** librar las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los fines allí previstos.

Notifíquese, cópiese, publíquese, e insértese en la Gaceta Constitucional

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-322
Julio 4 de 1997

**DERECHO A LA VIDA DIGNA-Atención médica y quirúrgica esposa de
extrabajador**

La gravedad de la lesión que padece la actora, que le produce dolor y que la mantiene inmovilizada en una silla de ruedas, necesariamente implica un desconocimiento de su derecho a disfrutar de una vida digna y a no ser objeto de tratos inhumanos, crueles o degradantes. La negativa a practicar la cirugía, viola el principio de la dignidad humana y afecta en este caso concreto sus derechos fundamentales a no ser objeto de tratos inhumanos crueles o degradantes, y a la igualdad de oportunidades. En efecto, se lesiona ésta porque la demandada debió dar un tratamiento igualitario a la demandante, frente al que dispensó a las otras personas que se encontraban dentro de la misma situación jurídica y fáctica contenida en la norma reglamentaria consagratoria de la mencionada prestación laboral. Los medios judiciales ordinarios no se consideran idóneos y eficaces para contrarrestar en forma urgente la violación de los derechos fundamentales de la demandante, dado que las condiciones de salud en que se encuentra exigen que la cirugía ordenada se practique a la mayor brevedad posible.

Referencia: Expediente T-108794

Peticionario: María Luisa Giraldo de Cáceres

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., julio cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos

Gaviria Diaz, revisa el proceso de la acción de tutela instaurado por María Luisa Giraldo de Cáceres contra el Instituto Nacional de Vías, con fundamento en la competencia que le otorgan los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9o. de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

El presente proceso fue llevado a la Sala Plena por considerarse la motivación contenida en el proyecto de sentencia podía hallarse en contradicción con la jurisprudencia sentada por la Corte en la providencia SU-111/97.

La Sala Plena estimó que tal como lo preveía dicho proyecto debía accederse a la tutela, pero haciendo los convenientes ajustes en la parte motiva para adecuarla a las previsiones de la aludida providencia.

En estas condiciones, el proceso fue remitido a la Sala de Revisión para la expedición de la correspondiente sentencia.

1. Los hechos.

1.1. Fernando Cáceres Cubillos, esposo de la actora, laboró en el Ministerio de Obras Públicas, en el Distrito No. 20 de la ciudad de Barranquilla, desde el 2 de febrero de 1978 hasta el 15 de abril de 1995, fecha ésta última en la cual se acogió a un plan de retiro voluntario.

1.2. En virtud del decreto 2171 de 1992 se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se crearon, entre otras entidades, el Instituto Nacional de Vías.

1.3. De acuerdo con las normas que regían la prestación de los servicios médicos asistenciales en el Ministerio de Obras Públicas, la cónyuge del trabajador tenía derecho a la prestación de dichos servicios, y en caso de retiro de éste podía disfrutar de los mismos durante el término de un año.

1.4. A la fecha de retiro de su esposo, la demandante padecía una grave enfermedad (Artritis Aguda), por la cual venía recibiendo atención médica por el Instituto Nacional de Vías.

1.5. A la demandante le fue ordenada una cirugía, luego de ser practicados los exámenes médicos de rigor y emitido el diagnóstico del ortopedista, el cual fue el siguiente: "reemplazos articulares en ambas rodillas", el 6 de marzo de 1996 el jefe de la División Médica de Barranquilla de INVÍAS, solicitó autorización para practicar la citada cirugía al Médico de la División de Servicios Médicos de dicha entidad en la ciudad de Santafé de Bogotá; dicha autorización fue concedida el día 22 de marzo de 1996, razón por la cual le fue dada orden de hospitalización con fecha 28 de marzo de 1996 en la Clínica General del Norte "para practicar

implantes de rodilla izquierda y rodilla derecha respectivamente por prótesis de Johnson y Johnson"; posteriormente el 16 de abril, el ortopedista ordenó nuevamente dicha hospitalización.

1.6. La Clínica General del Norte se abstuvo de practicar la cirugía a la paciente María Luisa Giraldo de Cáceres, porque no se le había entregado la respectiva orden por el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), razón por la cual el esposo de la demandante, envió un escrito al Director de INVIAS, Guillermo Gaviria Correa, en la ciudad de Santafé de Bogotá, requiriendo la autorización correspondiente, la cual no fue respondida.

2. Pretensiones.

Impetra la demandante la tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la salud y, en tal virtud solicita lo siguiente:

"Que se ordene al Director Nacional del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) Dr. Guillermo Gaviria Correa que le preste la atención médica a la señora María Luisa Giraldo de Cáceres, en términos inmediatos, para que sus rodillas sean operadas de acuerdo al dictamen médico presentado por los doctores Fabricio Tello Aya Jefe de la División de los Servicios Médicos en Bogotá y el Dr. Hernando Montes Ortopedista de la División Médica INVIAS, y William Sotomayor Bernal, Jefe de la División Médica de Barranquilla, dado que por no ser operada oportunamente la enfermedad se le ha agudizado".

II. ACTUACION PROCESAL.

1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 10 de julio de 1996, concedió la tutela impetrada en los términos en que fue solicitada.

Consideró el Tribunal que estaba probado que la demandante era acreedora de los servicios médico asistenciales por parte del Instituto Nacional de Vías y que los médicos tratantes ordenaron la práctica de dicha cirugía oportunamente. En tal virtud, invocando la sentencia T-484 del 11 de agosto de 1992 de la Sala Quinta de Revisión de la Corte, sobre el derecho a la salud, estimó que era del caso conceder la tutela y ordenar la realización del procedimiento quirúrgico ordenado.

2. Segunda instancia.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, al decidir sobre la impugnación del apoderado del Instituto Nacional de Vías, mediante providencia del 23 de agosto de 1996, revocó el fallo del Tribunal Administrativo del Atlántico y rechazó por improcedente la acción impetrada.

Como argumentos para adoptar dicha decisión el Consejo de Estado expuso los siguientes :

“La prestación de los servicios médicos y asistenciales por parte de la División de Servicios Médicos del Instituto Nacional de Vías, entidad adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, obedece a una situación legal y reglamentaria, como lo es el vínculo laboral y en circunstancias especiales, como en el caso, al acogerse el trabajador al plan de retiro voluntario, condiciona la prestación del servicio mencionado al acuerdo celebrado entre las partes, y como lo afirmó la accionante éste vencía un año después de la fecha del retiro del trabajador”.

“Y dado que, la situación que se precisa como violatoria del derecho que se considera conculcado, resulta del acuerdo celebrado, entre el exfuncionario y la entidad a la cual estaba vinculado laboralmente, al momento del retiro de aquél, y no de un derecho constitucional fundamental, no es el juez de tutela a quien corresponde decidir sobre la obligatoriedad o no del Instituto Nacional de Vías, a otorgar la autorización de prestar dicho servicio, en caso de incumplimiento de lo estipulado, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. El problema jurídico planteado.

El problema jurídico que plantea la demanda y la oposición a las pretensiones de la misma por el Instituto Nacional de Vías, radica en establecer si la acción de tutela es el medio idóneo para exigir que dicho Instituto autorice la continuación de la prestación de la asistencia médica y quirúrgica a que se alega tiene derecho la demandante, en su carácter de cónyuge del extrabajador Fernando Cáceres.

2. Pruebas aportadas durante las instancias del proceso.

El derecho de la demandante María Luisa Giraldo de Cáceres a la prestación de los servicios médico-asistenciales por la División de Servicios Médicos del Instituto Nacional de Vías, se establece a través de los siguientes documentos allegados al proceso:

a) Resolución 4867 del 16 de mayo de 1990, originaria del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por la cual se reglamenta la prestación de los servicios médicos y asistenciales en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

b) Historia Clínica No.18-1 de fecha 5 de mayo de 1982, con la cual se acredita la condición de la demandante como afiliada a los servicios médicos del Ministerio de Obras Públicas, en calidad de cónyuge de Fernando Cáceres.

c) Solicitud de autorización de marzo de 1996, suscrita por el Dr. William Sotomayor Bernal, "...para realizar cirugía paciente María Luisa Giraldo de Cáceres edad 53 años, cónyuge del exfuncionario Fernando Cáceres Cubillos indemnizado 15-04-95 a cargo del Dto.# 20 B/quilla., carnet N°. 3710387-27496636, requiere según valoración del Dr. Hernando Montes (Ortopedista) reemplazos articulares con prótesis de Johnson & Johnson en ambas rodillas por presentar artropatía de tipo reumático en ambas rodillas".

d) Diagnóstico del Dr. Hernando Montes, Ortopedista al servicio del "Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Dirección de Relaciones Industriales-División de Servicios Especiales-", de 26 de marzo/96, en relación con la señora María Luisa Giraldo Beltrán, carnet # 27.496.630, así:

*"Artropatías Reumáticas Comprensible Rodillas.
Tratamiento: (1) Rodilla derecha - Reemplazo total.
(2) Rodilla Izquierda - Reemplazo total.
En ambos casos se usará prótesis de Johnson y Johnson.
Nota: Debe practicarse también :
(1) BSG
(2) Prueba de coagulación completa".*

e) Ordenes de 22 y 28 de marzo de 1996, extendidas a nombre de la demandante, "Dependencia I.N.V. Dto. # 20 B/quilla.", suscritas por el Dr. Hernando Montes, médico del Instituto Nacional de Vías, que dicen:

"Hospitalización cirugía implante total rodilla izquierda por prótesis Johnson y Johnson. (Atenderá el Dr. Hernando Montes)".

"Hospitalización cirugía implante total rodilla izquierda por prótesis Johnson y Johnson. (Atenderá el Dr. Hernando Montes)".

e) Fotocopia del Fax: 3685971 IND. 95, del 22 de marzo/96, dirigido por Fabricio Tello Aya, médico del Instituto Nacional de Vías al Jefe Médico Barranquilla - Jefe División Servicios Médicos que dice :

*"Autorízase cirugía paciente María Luisa Giraldo de Cáceres con carné vigente.
Cordialmente, Fabricio Tello Aya".*

f) Ordenes de 22 y 28 de marzo/96, suscritas por el médico del Invías, a nombre de la actora, por concepto de derecho de anestesia, cirugía, exámenes prequirúrgicos, valoración prequirúrgica, electrocardiograma, hospitalización, ayudantía cirugía y consulta de control.

g) Copia de la solicitud formulada el 24 de abril de 1996, por el cónyuge de la accionante, Fernando Cáceres Cubillos, al Director de Invías, tendiente a obtener la cirugía por ella requerida, de acuerdo con los conceptos de los médicos citados.

3. Pruebas decretadas por la Sala de Revisión.

Por auto del 29 de enero de 1997, la Sala ordenó al Director del Invias Seccional Barranquilla, suministrar y aportar información y la documentación sobre los siguientes puntos:

"a) la fecha de retiro del señor Fernando Cáceres Cubillos, quien se desempeñaba en el cargo de capataz VI del Distrito No. 20 de obras de la ciudad de Barranquilla, y si este obedeció al plan de retiro voluntario reglamentado por el Decreto 2171 de 1992".

"b) La fecha desde la cual el Invias venía prestando asistencia médica a la señora María Luisa Giraldo de Cáceres, esposa del citado, por la dolencia que dio origen a la autorización de una cirugía en sus rodillas".

"c) Copia de la historia clínica de la señora María Luisa Giraldo de Cáceres.

"d) Certificación o información que contenga una descripción de la lesión que presenta, fecha probable en que se generó y repercusiones de dicha lesión desde el punto de vista somático y psíquico y, específicamente, si produce dolor".

- La entidad demandada no atendió lo ordenado en el auto antes mencionado, en relación con el envío de la información y la documentación solicitadas. No obstante, de las pruebas documentales que obran en el expediente se puede establecer lo siguiente :

La existencia de la relación laboral entre el Ministerio de Obras Públicas e Invias y Fernando Cáceres Cubillos durante el período señalado en los hechos de la demanda.

El carácter de afiliada a los servicios médicos de dichas entidades que tenía la demandante y que se le venía prestando asistencia médica por la dolencia a que antes se hizo alusión; además, que dentro del año siguiente a la fecha del retiro del trabajador se le ordenó la referida cirugía.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual "Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos ...", la Sala presume como cierto el hecho de que la lesión se generó durante el tiempo de la relación laboral que ligó Fernando Cáceres con el Ministerio de Obras Públicas e Invias, que le produce dolor y que la afecta gravemente desde el punto de vista somático y síquico.

4. Determinado como está el derecho de la actora a la asistencia médica y a que se le practique la cirugía ordenada, la Sala considera que debe acceder a la tutela impetrada, por las siguientes razones:

a) La Corte en la sentencia SU-111/97¹ dijo que la atención de la salud y el consiguiente acceso a los servicios de promoción y protección de la misma que integran el derecho social a la salud, según el art. 49 de la Constitución, remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. Sin embargo advirtió la Corte:

“No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida a: Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela”.

(...)

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suya la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico”.

“13. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial”.

b) Conforme a lo anterior, hay que admitir que el derecho de la demandante a que se le practique la cirugía ordenada por los médicos de INVIAS tiene evidentemente un carácter meramente prestacional que no puede ser exigido, en principio, a través de la acción de tutela, que es el instrumento constitucional para la protección de los derechos fundamentales, sino acudiendo a los mecanismos alternativos de defensa judicial, en este caso, los propios de la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa, según corresponda con la naturaleza jurídica de la relación laboral existente entre Invias y Fernando Cáceres Cubillos.

c) No obstante, en el referido fallo expresó la Corte lo siguiente:

“En el contexto de un servicio estatal ya creado o de una actividad prestacional específica del Estado, puede proceder la acción de tutela cuandoquiera que se configuren las causales para ello, ya sea porque no existe medio judicial idóneo y eficaz para corregir el agravio a un derecho fundamental o bien porque aquélla resulta indispensable como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable. La intervención del juez de tutela, en estos casos, opera forzosamente dentro del perímetro demarcado por la ley y las posibilidades financieras del Estado - siempre que la primera se ajuste a la Constitución Política -, vale decir, tiene naturaleza derivada y no es en sí misma originaria. En este sentido, por ejemplo, puede verificarse que la exclusión de una persona de un determinado servicio estatal, previamente regulado por la ley, vulnere la igualdad de oportunidades, o signifique la violación del debido proceso administrativo por haber sido éste pretermitido o simplemente en razón de que el esquema diseñado por la ley quebranta un precepto superior de la Carta”.

d) La gravedad de la lesión que padece la actora, que le produce dolor y que la mantiene inmovilizada en una silla de ruedas, necesariamente implica un desconocimiento de su derecho a disfrutar de una vida digna y a no ser objeto de tratos inhumanos, crueles o degradantes.

A este respecto la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana...” (Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

e) No encuentra la Sala justificable la negativa del INVIAS a disponer que se realice el procedimiento quirúrgico ordenado por sus propios médicos, porque si éste no se materializó se debió a culpa imputable a dicha entidad.

f) No obstante que el derecho de la demandante a la atención médica y quirúrgica nace de normas reglamentarias que regulan su prestación, resulta claro que la negativa de INVIAS a practicar la referida cirugía, viola el principio de la dignidad humana y afecta en este caso concreto sus derechos fundamentales a no ser objeto de tratos inhumanos crueles o degradantes, y a la igualdad de

¹ M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

oportunidades. En efecto, se lesiona ésta porque la demandada debió dar un tratamiento igualitario a la demandante, frente al que dispensó a las otras personas que se encontraban dentro de la misma situación jurídica y fáctica contenida en la norma reglamentaria consagratoria de la mencionada prestación laboral.

Adicionalmente, considera la Sala de que los medios judiciales ordinarios no se consideran idóneos y eficaces para contrarrestar en forma urgente la violación de los derechos fundamentales de la demandante, dado que las condiciones de salud en que se encuentra exigen que la cirugía ordenada se practique a la mayor brevedad posible.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, se revocará la sentencia proferida por el Consejo de Estado y se confirmará la decisión de primera instancia.

IV. 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** El fallo del 23 de agosto de 1996, proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo -Sección Cuarta-, que a su vez revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, en virtud de la cual se había concedido la tutela impetrada.

Segundo: **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 10 de julio de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Tercero. Librese por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-328
Julio 11 de 1997

**REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-
Consentimiento del titular/SUSTITUCION PENSIONAL-Consentimiento del
titular para suspensión**

Al no existir la autorización expresa del demandante no es posible proceder a suspender el pago de la sustitución pensional del actor, en forma unilateral, y el derecho a continuar disfrutando de la misma, pues ello equivale a dejar sin efecto el acto que creó en su favor una situación jurídica individual y concreta, o lo que es lo mismo, a revocar el acto administrativo, sin su consentimiento expreso. Ante la negativa del demandante para consentir en la revocatoria, corresponde a la accionada acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de demandar, en uso de las acciones correspondientes, el acto administrativo originado en un supuesto error en el reconocimiento del término de la sustitución pensional, adquiriendo así mismo el beneficiario de la misma, la oportunidad para ejercer su derecho de defensa con la plenitud de las formas propias del respectivo proceso. Además, la resolución de reconocimiento de la sustitución pensional está amparada por la presunción de legalidad que permite al demandante continuar con los derechos que allí le fueron reconocidos, hasta tanto la jurisdicción competente determine lo contrario

Referencia: Expediente T-125.910

Peticionario: Alvaro Rodríguez Villanueva, contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Tolima.

Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, Tolima.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., (11) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional a revisar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, Tolima, el catorce (14) de febrero de 1997, con respecto a la acción de tutela formulada por el ciudadano Alvaro Rodríguez Villanueva, contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Tolima.

Por remisión que hizo el citado Juzgado, y de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el expediente llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional.

Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela de la referencia fue escogida por la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional para los efectos de su revisión constitucional.

I. Hechos de la solicitud de tutela.

El ciudadano Alvaro Rodríguez Villanueva, promovió acción de tutela contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Tolima, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la familia, a la protección del menor, y a la asistencia de las personas.

En su demanda señala que obtuvo "mediante Resolución No. 03422 de 18 de enero de 1995, la sustitución pensional de mi difunta cónyuge, Blanca Cecilia Bonilla Vergara, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que muy cumplidamente me pagó la respectiva pensión desde el día 17 de enero del /91 (Sic). Pero durante este tiempo no recibimos atención alguna en salud o afiliación a las (E.P.S.) por parte de dicha entidad".

Indica que "a partir del mes de noviembre de 1996, se ha desconocido ese derecho adquirido, y me han vilipendiado y menospreciado al decirme dicha entidad que se me desconoce ese derecho con el argumento de que se está violando la ley, no siendo cierto, y me encuentro en la disyuntiva de mantener y sostener a mis hijos y el hogar con gastos de estudio, alimentación, droga y demás emolumentos necesarios, al negarmen (Sic) la continuidad de la sustitución pensional".

Agrega que, "el día 19 del mes de diciembre de 1996, presenté queja ante la Defensoría del Pueblo, Regional Ibagué, y hasta la fecha no he recibido solución a mi petición." Advierte igualmente que "es tanta mi preocupación que mis hijos queden en la inmorancia (Sic) que todavía tengo pendiente del año inmediatamente anterior el pago de pensiones y otros gastos con el colegio, que ya me amenazaron las directivas que no ponerme a paz y salvo no los reciben en el presente año lectivo y estas obligaciones las cumpliría con las mesadas dejadas de recibir".

Por consiguiente solicita en ejercicio de la acción de tutela que se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que le reconozca “la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados al suscrito, como consecuencia de la omisión en el reconocimiento de las sustitución pensional, es decir, (...) a que reintegre la sustitución pensional y a pagar las cuantías” por los perjuicios patrimoniales teniendo en cuenta el incremento de índice de precios al consumidor.

II. El fallo de la instancia judicial.

Correspondió conocer de la acción de tutela al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, quien mediante sentencia de fecha catorce (14) de febrero de 1997, resolvió denegar la tutela por las razones que a continuación se transcriben :

“Recordemos que el derecho que en concreto reclama el accionante se dirige exclusivamente al reconocimiento de la SUSTITUCION PENSIONAL, en razón al óbito de su compañera (...) que de acuerdo a la exposición de motivos, tenía la calidad de docente al momento de su fallecimiento y, es con base a esta reclamación y consiguiente reconocimiento, que lo induce a pedir la protección de los demás derechos que especifica como fundamentales. Digamos, entonces, que el reconocimiento a la pensión Post-mortem- le compete sin duda alguna, a la entidad empleadora o como en este caso, a la inscripción de seguridad social a la cual estaba vinculada la trabajadora que dejó de existir y, en caso de controversia, es evidente que le corresponde a la jurisdicción laboral, mediante procedimiento ordinario. Precisamente, debemos observar que en el asunto sub-lite, no aparece que ciertamente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Tolima, le hubiese producido la resolución de suspensión, que en su caso el lesionado por la misma, tendría la vía administrativa, porque ese acto sería de carácter administrativo, lo que hace de suyo, que la petición esté destinada al fracaso, ya que, el accionante tendría otro medio judicial para pedir el restablecimiento de la pensión de sobrevivientes”.

A falta de impugnación por parte del accionante durante el término legal, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué remitió el proceso a la Corte Constitucional para los efectos de su revisión constitucional.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La Competencia.

Con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de revisión es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué.

Segunda. El asunto que se debate.

Aunque de los hechos de la demanda no se desprende que la accionada hubiese decretado mediante resolución la suspensión de la sustitución pensional del actor, la inconformidad de éste, estriba en que desde el mes de noviembre de 1996 se le “ha desconocido ese derecho adquirido”, por lo cual solicita mediante el ejercicio de la acción de tutela que se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional del Tolima, que le reconozca la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la omisión del reconocimiento de la sustitución pensional.

Dentro del material probatorio aportado al expediente se encuentra una comunicación de fecha julio 9 de 1996, suscrita por la accionada, en la cual se solicita al actor su consentimiento expreso para proceder a revocar la Resolución número 03422, de 18 de enero de 1995 (fol.4 S.S.), emanada de la misma entidad, mediante la cual se reconoce la pensión post-mortem de su compañera Blanca Cecilia Bonilla y la sustitución de la misma en su favor, en razón a que no se podía decretar el reconocimiento de la pensión por el término de 18 años, sino por el de 5, “ya que ello contraviene la ley” (fol. 7).

En el mismo documento también se le advirtió que, dado el caso que se sustraiga de emitir su autorización, “el fondo acudirá a la jurisdicción competente, haciendo uso de las acciones pertinentes a fin de obtener la nulidad de la enunciada resolución.”

Recibida la comunicación por el accionante, éste procedió a dar respuesta al escrito anterior (fol. 8), en el sentido de negar el permiso para la revocatoria de la resolución, bajo el argumento según el cual “cuando un derecho es adquirido no se pierde ni se puede desconocer”.

A su turno, el fallador de la instancia judicial tomó la determinación de denegar la tutela toda vez que el análisis con respecto al tema del reconocimiento de la sustitución pensional corresponde a la jurisdicción laboral, mediante el procedimiento ordinario. Así mismo porque al no aparecer en el proceso la voluntad del fondo accionado que permita verificar la suspensión de la resolución del reconocimiento de la pensión, la vía administrativa se convierte en el camino a seguir para que el demandante solicite el restablecimiento de la pensión de sobrevivientes, ya que media en el asunto un acto administrativo.

A fin de resolver el asunto que ocupa a la Sala, relacionado con la omisión por parte de la accionada, para continuar pagando la sustitución pensional del demandante, a partir del mes de noviembre de 1996, resulta pertinente reiterar lo que ha señalado la Corte Constitucional en aquellos casos en que se revoca unilateralmente la resolución que reconoce un derecho en favor de su respectivo titular, sin que medie su consentimiento previo y expreso.

En efecto, ha expresado esta Corporación que cuando para la expedición del acto “no se ha tenido en cuenta la voluntad expresa y escrita del particular, a quien se le ha modificado una situación jurídica concreta”¹, se “atenta contra los derechos adquiridos, los cuales se encuentran plenamente garantizados por el artículo 58 de la Carta Política”², “contra la seguridad jurídica de los ciudadanos”³, lo cual “entrañaría, desde luego, la violación de los derechos de los administrados, salvo cuando se configura alguna de las circunstancias establecidas en el inciso 2° del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, cabe precisar que no se lesionan los principios constitucionales cuando se ha obtenido la anuencia previa del particular para la revocatoria del acto administrativo que reconoce el derecho en su favor.

En el caso sub-exámine, como se ha señalado el Fondo demandado solicitó del peticionario el consentimiento para revocar el acto administrativo que decretó el reconocimiento de la sustitución pensional, negándose este último a tal aprobación por las razones anteriormente anotadas. Sobre este aspecto, considera la Sala que al no existir la autorización expresa del demandante no es posible proceder a suspender el pago de la sustitución pensional del actor, en forma unilateral, y el derecho a continuar disfrutando de la misma, pues ello equivale a dejar sin efecto el acto que creó en su favor una situación jurídica individual y concreta, o lo que es lo mismo, a revocar el acto administrativo, sin su consentimiento expreso.

Ya en Sentencia T-376 de 1996 la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“(...) lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo reitera en esta oportunidad, si el acto administrativo reconoce el derecho en favor de un particular o de un servidor del Estado, salvo las excepciones mencionadas, no puede ser revocado unilateralmente por la administración. En estos casos no es el afectado con la decisión administrativa quien debe agotar los recursos administrativos para ejercer la acción contenciosa administrativa ante la jurisdicción competente, sino la misma entidad la que debe acudir a esta, sin poder revocar previamente el acto de reconocimiento del derecho particular, quien está en la obligación de instaurar la acción correspondiente a fin de conseguir la nulidad de la respectiva resolución, cuando estime que ha incurrido en error de hecho o de derecho al expedirla”.
(Subrayado fuera de texto).

En estas circunstancias, antes que suspender el pago de la sustitución pensional, lo que procede en el evento de haberse incurrido en error en lo concerniente al término del reconocimiento de la pensión, es la demanda ante la jurisdicción competente, a fin de lograr la nulidad del respectivo acto, respetando así los derechos adquiridos, con justo título, en aquellos casos en que previamente no haya existido el consentimiento por parte del titular del derecho para la revocatoria previa del acto de reconocimiento. Cabe señalar que el artículo 58 de

la Carta Fundamental prescribe que “se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”

Por ello, ante la negativa del demandante para consentir en la revocatoria, corresponde a la accionada acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de demandar, en uso de las acciones correspondientes, el acto administrativo originado en un supuesto error en el reconocimiento del término de la sustitución pensional, adquiriendo así mismo el beneficiario de la misma, la oportunidad para ejercer su derecho de defensa con la plenitud de las formas propias del respectivo proceso.

Todo ello es así, por cuanto además, la resolución de reconocimiento de la sustitución pensional está amparada por la presunción de legalidad que permite al demandante continuar con los derechos que allí le fueron reconocidos, hasta tanto la jurisdicción competente determine lo contrario.

De ahí que cuando la entidad demandada suspende el pago de la pensión, lo cual implica la revocatoria del acto que ha creado una situación jurídica individual y concreta o reconocido un derecho de igual o superior categoría, sin mediar el consentimiento de su titular, como en el presente caso, el mecanismo de la tutela se convierte en la vía más expedita para amparar los derechos fundamentales que han sido vulnerados por la respectiva autoridad.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué y en su lugar tutelaré el derecho del accionante a continuar devengando la sustitución pensional desde la fecha en que le fue suspendida, sin que haya lugar al pago de perjuicios, pues estos no fueron demostrados en el proceso.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, el catorce (14) de febrero de 1997, dentro del proceso promovido por el

¹ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-376 de 1996: M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

² Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-516 de 1993. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

³ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-202 de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

accionante Alvaro Rodríguez Villanueva contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Tolima, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone :

Primero. **TUTELAR** el derecho del demandante señor Alvaro Rodríguez Villanueva a continuar disfrutando de la sustitución pensional a él reconocida, a partir de la fecha en que le fue suspendida, siempre que con anterioridad a la notificación de esta providencia no se le hayan pagado las mesadas pensionales dejadas de percibir, hasta tanto la jurisdicción competente decide la controversia en relación con el derecho al pago de las mismas.

Segundo. **PREVENIR** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Regional Tolima, para que se abstenga de volver a realizar actos como los relacionados en este proceso sobre suspensión unilateral del pago de mesadas pensionales.

Tercero. **LIBRENSE** 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, envíese al Despacho de origen y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General.

SENTENCIA No T-329
Julio 11 de 1997

DERECHO A LA EDUCACION-Protección por tutela

Por hallarse la educación ubicada en la categoría de los derechos fundamentales, su titular dispone de los instrumentos que la hacen inmediatamente exigible frente al Estado o a los particulares que prestan ese servicio público, debido a lo cual la acción de tutela es un mecanismo apropiado para neutralizar aquellas acciones u omisiones que comporten la negación de las prerrogativas en que consiste el derecho.

DERECHO A LA EDUCACION-Núcleo esencial

El núcleo esencial del derecho a la educación comprende el acceso y la permanencia en el sistema educativo.

ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO/EDUCACION ESPECIAL-Respaldo en criterios científicos que comprueben su necesidad

El acceso es una condición previa que implica la incorporación del sujeto a los centros en los que se imparte educación, como presupuesto para el cumplimiento de las labores educativas a las que, por voluntad del Constituyente, obligatoriamente ha de estar vinculada la persona entre los cinco y los quince años de edad, y constituye un derecho. El derecho de ingreso al sistema educativo se materializa en el acto de matrícula. La Corte ha estimado que "la educación especial ha de concebirse sólo como un recurso extremo para aquellas situaciones que, previa evaluación científica en la cual intervendrán no sólo los expertos sino miembros de la institución educativa y familiares del niño con necesidades especiales, se concluya que es la única posibilidad de hacer efectivo su derecho a la educación". La negación de un cupo para el primer grado de educación básica primaria quebranta el derecho de acceder a la educación, porque cercena, de una manera inconsulta, todas las posibilidades de desarrollo del menor, con fundamento en apreciaciones subjetivas que, de acuerdo con lo que surge de los elementos presentes en el expediente, no están respaldadas, en este caso particular, por criterios científicos que comprueben la necesidad de una educación especial.

DERECHO A LA EDUCACION-Menor con problemas de aprendizaje

La solución definitiva al problema no está en cerrarle las puertas de la educación ordinaria al niño que presente problemas de aprendizaje, con el simple argumento de que, por requerir educación especial, la aplicación de la pedagogía que guía los procesos educativos de los niños normales a aquellos que por alguna circunstancia no lo son, está de antemano condenada al fracaso. La educación no es un ejercicio unilateral cuya eficacia únicamente pueda medirse por la capacidad del educando para captar y reproducir las enseñanzas que el maestro le imparta, sino que es un proceso complejo que además de la simple instrucción en ciertas artes o técnicas comprende la formación de un individuo en interrelación con los demás miembros del conglomerado social, y que se fundamenta en una "concepción integral de la persona humana, de sus derechos y de sus deberes". La mera consideración sobre la necesidad de educación especial, sin relación alguna con el específico contexto en que se desarrolla la vida del menor, no sirve de excusa para negarse a aceptarlo en el sistema de educación ordinaria.

DERECHO A PERMANECER EN EL SISTEMA EDUCATIVO-Menor con dificultades de aprendizaje

No es de recibo que se condicione la continuidad en la prestación del servicio público educativo a una demostración de la "normalidad" del menor, que a eso equivale, en últimas, la valoración médica, encaminada a comprobar "que el niño necesita educación especial", porque aunque se llegara a comprobar la necesidad de ese tipo de educación, resulta indispensable verificar si real y efectivamente hay posibilidad de brindársela, atendidas las circunstancias en que se hallen el menor y sus familiares. En caso de que por algún motivo no sea factible brindarle al menor educación especial, la sola constatación de su necesidad no sirve de pretexto para retirarlo de las aulas, puesto que en ese evento la educación especial no constituye una alternativa realizable y por lo mismo, el desconocimiento del derecho a permanecer en el sistema educativo diseñado para los niños "normales", se traduciría en la práctica negación del derecho fundamental a la educación del menor con dificultades de aprendizaje.

Referencia: Expediente T-126.045

Actora: Yolanda Barbosa de Morales, en nombre de su hijo John Alexis Morales Barbosa.

Magistrado Ponente: DO. FABIO MORON DIAZ.

Santa Fe de Bogotá D.C., julio once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Octava de Revisión, integrada por los h. Magistrados Jorge Arango Mejía, 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 No. T-126.045, adelantado por la señora Yolanda Barbosa de Morales, en nombre de su hijo John Alexis Morales Barbosa, en contra de Melba

Vasquez y Gloria Sastoque, quienes se desempeñan como docentes en la Escuela Urbana Luis María Rojas, del Municipio de Fosca (Cundinamarca).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Manifiesta la actora que en las horas de la mañana del día 5 de febrero de 1997 se dirigió a las instalaciones de la Escuela Urbana Luis María Rojas, del Municipio de Fosca (Cundinamarca), en compañía de su hijo John Alexis Morales Barbosa, con el propósito de matricularlo para el curso primero, objetivo que no pudo cumplir, por cuanto las profesoras Melba Vasquez y Gloria Sastoque se ausentaron, impidiéndole matricular al menor.

Sostiene que, al preguntar sobre las matrículas, la directora de la escuela, señora Rosa María Acosta de Riveros le informó que las mencionadas profesoras habían acordado no matricular a John Alexis en el curso primero, aduciendo que el aspirante superaba la edad de los niños normalmente admitidos en ese grado.

Informa la demandante que, ante la renuencia de las docentes, se retiró del lugar e indica que aún cuando su hijo padece de “un pequeño problema sicomotor”, ese motivo no le impide pertenecer a la comunidad educativa y aprender, pues ella, como progenitora, da fe de su “capacidad mental para retener, memorizar y practicar en buen porcentaje lo que se le enseña”.

Según la peticionaria, su hijo estuvo matriculado en alguna ocasión y tuvo que retirarse por quebrantos de salud. Así mismo, informa que las educadoras pusieron en conocimiento del Personero Municipal su actitud renuente a recibir al menor, y que justificaron su proceder aludiendo a la conducta irrespetuosa y grosera de John Alexis, versión negada por la actora, quien considera que el comportamiento de su hijo ha sido “normal en el hogar y fuera de él”.

2. La sentencia que se revisa.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Fosca (Cundinamarca), mediante sentencia del 19 de febrero de 1997, resolvió conceder la tutela impetrada y, en consecuencia, ordenó matricular al menor para el curso primero de primaria. Dispuso también el Juzgado que el menor debe permanecer en la escuela “hasta que sus progenitores tengan los recursos económicos” para suministrarle la educación especial que necesita.

Consideró el despacho judicial que de todas las pruebas practicadas se desprende que el menor requiere educación especial, pues debido al problema sicomotor que presenta, su proceso educativo ha sido demasiado lento, a tal punto que la directora del Jardín Infantil le recomendó a la madre someterlo a terapias especiales, apreciación en la que coinciden la directora de la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca y las profesoras Gloria Inés Sastoque y Melba Vásquez, quien afirma que durante tres años le impartió educación, infructuosamente.

Estableció el Juzgado que la mayoría de los docentes y de los directivos de la escuela se reunieron y que luego de considerar que los profesores son los llamados a escoger a quién le dan formación y que prevalece el bienestar de un grupo de niños sobre el interés particular, acordaron recibir al menor en el nivel 2° B, "hasta que mediante un examen médico se compruebe que el niño necesita educación especial".

El Juzgado del conocimiento estimó que la educación es un derecho fundamental y que no puede estar condicionado a la práctica de un examen médico, fuera de lo cual no es cierto que los docentes tengan derecho a escoger a quién le dan formación y a quién no.

Hizo énfasis el fallador en que la edad cronológica del menor (14 años) no debe tenerse en cuenta para efectos de señalar en qué grado debe ser matriculado, sino su específica condición derivada de los problemas sicomotores que padece.

Añade el fallador que el menor no ha obtenido los resultados propios del proceso educativo porque requiere educación especial, y que siendo cierto que el Municipio de Fosca carece de centros que la impartan, lo correcto es matricularlo en el grado primero, "hasta que sus progenitores tengan los medios económicos para que le proporcionen en un establecimiento su educación especial y donde reciba atención de acuerdo a sus deficiencias".

Finalmente, el despacho judicial hace un llamado a los padres del menor para que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, cumplan con el deber de sostener y educar a sus hijos, "mientras sean menores o impedidos", mandato que es concordante con el artículo 67 superior que hace responsables de la educación al Estado, a la sociedad y a la familia.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia.

La Sala es competente para decidir, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral noveno, de la Constitución Política, 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

2. La materia.

A. El derecho a la educación, el problema que se plantea en el presente caso y la educación especial.

Pretende la actora que en la escuela "Luis María Rojas" del Municipio de Fosca (Cundinamarca) a su hijo se le brinden los beneficios de la educación, sin que para ello constituyan obstáculo la edad y los problemas originados en el estado de salud del menor, que, a juicio de algunos de los docentes, han retardado el proceso de aprendizaje y hacen exigible su adscripción a programas de educación especial.

Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha sostenido que la educación es uno de los derechos constitucionales fundamentales, cuya importancia para el desarrollo de toda persona es incuestionable, pues contribuye a la efectividad del principio contemplado en el artículo 13 de la Carta Política, ya que “en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona”¹.

Es claro que por hallarse la educación ubicada en la categoría de los derechos fundamentales, su titular dispone de los instrumentos que la hacen inmediatamente exigible frente al Estado o a los particulares que prestan ese servicio público, debido a lo cual la acción de tutela es un mecanismo apropiado para neutralizar aquellas acciones u omisiones que comporten la negación de las prerrogativas en que consiste el derecho.

En la presente causa, se trata de dilucidar si la opinión generalizada en el sentido de que el menor John Alexis Morales Barbosa, merced a sus particulares circunstancias, requiere educación especial, es motivo suficiente para justificar que se le prive de la oportunidad de incorporarse a las actividades propias de la educación ordinaria, habida cuenta de la imposibilidad de un diagnóstico inmediato acerca de su situación real y de la inexistencia de instituciones que, en el supuesto de que requiera ese tipo de educación, puedan brindársela en el Municipio de Fosca.

En primer término y con la finalidad de procurar precisión en los términos, es de importancia recordar que “como campo de aplicación de la pedagogía, la educación especial está constituida por un conjunto de procesos remediales de las necesidades educativas y vocaciones de los niños con limitaciones de tipo sociocultural, psicoafectivo, cognoscitivo y neurocortical”, orientados a la superación de esas necesidades, al paso que la educación ordinaria “se ofrece a todos los niños sin reparar en sus eventuales limitaciones o necesidades especiales” y supone “el acceso o permanencia al mundo de lo común y corriente, vale decir, de la cotidiana normalidad”².

B. El contenido del derecho a la educación.

De otra parte, es de interés destacar que el núcleo esencial del derecho a la educación comprende el acceso y la permanencia en el sistema educativo.

— El acceso al sistema educativo y la educación especial.

El acceso es una condición previa —que implica la incorporación del sujeto a los centros en los que se imparte educación, como presupuesto para el cumplimiento de las labores educativas a las que, por voluntad del Constituyente, obligatoriamente ha de estar vinculada la persona entre los cinco y los quince años de edad, y constituye un derecho ya que “mal podría hacer el Estado

¹ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-002 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-429 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

obligatoria la educación formal, si a su vez, no garantiza las condiciones materiales mínimas y necesarias para el cumplimiento de dicha obligación”³.

El derecho de ingreso al sistema educativo se materializa en el acto de matrícula y, justamente, la renuencia de las docentes demandadas a matricular a John Alexis Morales Barbosa para el primer curso de educación básica primaria, impone desentrañar si en esta etapa inicial del acceso se produjo una violación del derecho fundamental a la educación del citado menor.

Según se desprende de los materiales probatorios que obran en autos, dos son las razones aducidas para impedir la vinculación del menor al curso primero de educación básica primaria: de un lado la creencia de que necesita una educación especial que en la escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca no están en condiciones de proporcionarle, como por lo demás, en criterio de los docentes y de las directivas, lo demuestran los sucesivos intentos en los que ha estado comprometido el menor, al parecer sin resultados favorables; y, de otro lado, la edad, pues se aduce que, según el manual de convivencia, para el grado primero se reciben niños entre los 6 y los 8 años y John Alexis cuenta con 14 años, por lo cual, señalan, recibirlo en ese curso no es lo apropiado, dado que su presencia es inconveniente para los niños menores, cuyo interés debe prevalecer y no verse sacrificado por un interés individual.

En cuanto a la educación especial, ya la Corte ha advertido acerca de la dificultad para determinar si ella promueve las condiciones para que la igualdad sea real o efectiva o, si por el contrario, en alguna medida favorece la discriminación y el marginamiento de quienes, en razón de sus condiciones, se ven abocados a recibirla.

Ha hecho énfasis la Corporación en que la simple constatación de su necesidad unida a la manera como se la designa, hace de la educación especial un campo propicio para colocar a sus usuarios “en el centro mismo del paradigma normal-anormal”, con la alta carga de discriminación implícita o explícita que ello acarrea.

Por eso, sin incurrir en el extremo de desestimar los beneficios que esa modalidad de educación sea capaz de reportar, la Corte ha estimado que “la educación especial ha de concebirse sólo como un recurso extremo para aquellas situaciones que, previa evaluación científica en la cual intervendrán no sólo los expertos sino miembros de la institución educativa y familiares del niño con necesidades especiales, se concluya que es la única posibilidad de hacer efectivo su derecho a la educación”⁴.

En atención a lo expuesto, la Corte considera que la negación de un cupo para el primer grado de educación básica primaria quebranta el derecho de acceder a la educación de John Alexis Morales Barbosa, porque cercena, de una manera inconsulta, todas las posibilidades de desarrollo del menor, con fundamento en

³ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-402 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Cf. Corte Constitucional. Sentencia No. T-429 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

apreciaciones subjetivas que, de acuerdo con lo que surge de los elementos presentes en el expediente, no están respaldadas, en este caso particular, por criterios científicos que comprueben la necesidad de una educación especial.

En efecto, las mismas profesoras corroboran la versión de la madre en el sentido de que el menor no ha sido sometido a tratamiento psicológico y médico, por no contar la escuela con esos recursos e igualmente manifiestan que ninguna de ellas es "médico o especialista" para establecer el verdadero origen del escaso rendimiento académico, a tal punto que de la reunión sostenida por el grupo de docentes con el personero municipal salió la recomendación de "recibirlo en el nivel de 2B, hasta que de un examen médico se compruebe que el niño necesita educación especial".

Siendo ello así, no se explica la Corte por qué en forma apresurada se le negó al menor el derecho a matricularse, anticipándose a un diagnóstico que es propio de especialistas y que en ese momento no se había efectuado, y resignando, de paso, la labor del docente, que no se agota en recetar a los menores con dificultades de aprendizaje una discutible terapia, huérfana de todo fundamento científico.

Es más, aún si se contara con una completa evaluación científica, de la cual surgiera la incuestionable necesidad de darle al menor educación especial, la solución no sería la de tomar esa necesidad comprobada de educación especial como pretexto para impedirle el ingreso a la educación ordinaria, ya que, a más de ese factor, sin duda importante, juegan otros que tiene que ver con las posibilidades reales o con la conveniencia de acceder a centros especializados.

Es sabido que en el municipio de Fosca no existen establecimientos que ofrezcan educación especial y fuera de tener en cuenta las falencias de la infraestructura educativa de nuestro país, no puede pasarse por alto que en instituciones privadas los costos suelen ser elevados.

Así las cosas, la solución definitiva al problema no está en cerrarle las puertas de la educación ordinaria al niño que presente problemas de aprendizaje, con el simple argumento de que, por requerir educación especial, la aplicación de la pedagogía que guía los procesos educativos de los niños normales a aquellos que por alguna circunstancia no lo son, está de antemano condenada al fracaso porque, como lo afirman algunas de las profesoras de la escuela de Fosca, lo cierto es que el menor "no aprende nada".

La Corte considera que la educación no es un ejercicio unilateral cuya eficacia únicamente pueda medirse por la capacidad del educando para captar y reproducir las enseñanzas que el maestro le imparta, sino que es un proceso complejo que además de la simple instrucción en ciertas artes o técnicas comprende la formación de un individuo en interrelación con los demás miembros del conglomerado social, y que según el artículo 1º de la ley 115 de 1994, se fundamenta en una "concepción integral de la persona humana, de sus derechos y de sus deberes".

Descartar a un menor por la sola consideración de que no aprende las lecciones impartidas a sus condiscípulos "normales", comporta recortar las posibilidades que la relación con la escuela ofrece a quien padece alguna limitación. Esas posibilidades

tienen que ver, por ejemplo, con los procesos de socialización, favorecidos por el contacto con los otros y que le ayudarían a la persona disminuida que no está en condiciones de acceder a la educación especial a aprender a desenvolverse en los ámbitos de la “normalidad”, que son, precisamente los que va a enfrentar durante toda la vida.

Una opción diferente conduciría a dejar el niño en la casa, reduciendo sus posibilidades de contacto con los demás y con buena parte del mundo exterior y propiciándole las condiciones para que reafirme su convicción de ser diferente y para que los demás asuman que en verdad lo es, incurriendo en el riesgo de la estigmatización.

Ahora bien, en los casos en los que sea posible el traslado del menor necesitado de educación especial a lugares distantes de su hogar, se torna indispensable ponderar si los efectos de esa separación de su familia y de su entorno, en realidad lo benefician o le producen traumatismos mayores que los derivados de su pertenencia a un centro educativo para niños normales.

Por todas las razones anotadas, la Sala insiste en que la mera consideración sobre la necesidad de educación especial, sin relación alguna con el específico contexto en que se desarrolla la vida del menor, no sirve de excusa para negarse a aceptarlo en el sistema de educación ordinaria y, en concordancia con estos planteamientos, estima que la decisión de los docentes de la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca afectó el derecho a la educación de John Alexis Morales Barbosa.

La anterior situación no queda subsanada por el hecho de haber adoptado, finalmente, la decisión de aceptarlo para cursar el grado 2º, pues no es cierto que los docentes tienen la facultad de decidir, de acuerdo con sus preferencias, a quien le imparten educación y a quién no y en qué grado reciben al favorecido por esa graciosa concesión.

Los derechos fundamentales comportan situaciones de poder reconocidas en favor de las personas y no son disponibles, ni están sometidos al arbitrio o al capricho de terceros. De ahí que el menor en cuyo nombre se instauró la tutela tiene derecho a ingresar en el sistema educativo en el grado que corresponde al nivel en que se halle, y el ejercicio de ese derecho no está mediatizado por las facultades que sin corresponderles, se arrojan los docentes.

Es evidente que en la raíz de la decisión de aceptarlo en el curso segundo y no en primero está una consideración relativa a la edad, ya que John Alexis Morales Barbosa supera los años de los alumnos que, de ordinario, son matriculados en el primer curso. No obstante, para la Corte la decisión de recibirlo en el segundo curso no introduce una variación sustancial de las circunstancias, pues la diferencia de edades siempre va a ser notable y si se insistiera en que ese debe ser el criterio para definir en qué grado ha de ser recibido, se llegaría a una conclusión absurda, de conformidad con la cual, sin haber superado las etapas correspondientes a la educación básica primaria, debería ser aceptado en el nivel que en el bachillerato corresponde a quien ha cumplido catorce años.

La aplicación literal y estricta del reglamento, en la parte atinente a la edad, pasa de largo sobre el asunto de fondo, que tampoco puede ser formulado en términos de inconveniencia, haciendo énfasis en los eventuales problemas que John Alexis Morales Barbosa estaría en condiciones de causar al resto de los alumnos.

La Corte, en concordancia con planteamientos vertidos más arriba, estima que los vínculos con personas diferentes a las que integran su círculo familiar favorece a quien tiene dificultades de aprendizaje en la medida en que, por ejemplo, le permiten aproximarse a las situaciones de "normalidad" en las que, pese a sus deficiencias, debe desarrollarse, y también es consciente esta Corporación de que merced a la presencia, en el aula de clases, de una persona que se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta, los niños considerados "normales", tendrán oportunidad, desde la más tierna edad, de aprender a aceptar y a respetar a quien es diferente y así mismo de observar una conducta acorde con el deber de solidaridad; postulados todos estos que son de raigambre constitucional y que orientan el proceso educativo, ya que al tenor de lo dispuesto por el artículo 5° - 2 de la Ley 115 de 1994, uno de los fines de la educación es la "formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad".

— *El derecho a permanecer en el sistema educativo y la educación especial.*

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, de la educación también hace parte el derecho a permanecer en el sistema educativo y de la misma manera como el acceso no puede hacerse depender de la simple creencia o aún a la convicción acerca de que un menor requiere educación especial, la permanencia en los claustros tampoco ha de estar sujeta a una condición semejante.

No es de recibo, entonces, que se condicione la continuidad en la prestación del servicio público educativo a una demostración de la "normalidad" del menor, que a eso equivale, en últimas, la valoración médica, encaminada a comprobar "que el niño necesita educación especial", porque, se repite, aunque se llegara a comprobar la necesidad de ese tipo de educación, resulta indispensable verificar si real y efectivamente hay posibilidad de brindársela, atendidas las circunstancias en que se hallen el menor y sus familiares.

Así pues, en caso de que por algún motivo y una vez ponderadas todas las circunstancias, no sea factible brindarle a John Alexis Morales Barbosa educación especial, la sola constatación de su necesidad no sirve de pretexto para retirarlo de las aulas, puesto que en ese evento la educación especial no constituye una alternativa realizable y por lo mismo, el desconocimiento del derecho a permanecer en el sistema educativo diseñado para los niños "normales", se traduciría en la práctica negación del derecho fundamental a la educación del menor con dificultades de aprendizaje.

— *El papel de los padres en relación con el acceso y la permanencia de sus hijos en los establecimientos educativos.*

Finalmente, es de importancia destacar que, según el artículo 6° de la ley 115 de 1994, los padres, junto con los estudiantes y con los educadores, conforman la comunidad educativa y por lo tanto, los derechos y obligaciones que atañen a los progenitores no culminan cuando sus hijos son aceptados en una institución educativa.

La Constitución indica en su artículo 67 que “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación”, mientras que en el artículo 42 establece que la pareja deberá sostener y educar a los hijos “mientras sean menores o impedidos”.

Así pues, “los progenitores tienen una ineludible cuota de responsabilidad en el acceso y permanencia de sus hijos en el sistema educativo, lo cual los obliga a mantener una atenta vigilancia sobre el proceso de su instrucción, lo mismo que a superar los obstáculos que, en ocasiones hacen que la asistencia de los niños a las escuelas sea irregular y culmine con el abandono definitivo”⁵.

Las obligaciones de los padres adquieren especial relevancia en el caso de los menores con dificultades de aprendizaje, cuyos problemas deben resolverse contando con la colaboración de los progenitores, unida a la que presten el Estado y los educadores.

C. Las decisiones a tomar.

Bajo el entendimiento de que no es posible negar el acceso y la permanencia en el sistema educativo a John Alexis Morales Barbosa, sin quebrantar los derechos constitucionales fundamentales a la educación y a la igualdad, la Corte confirmará la sentencia revisada; empero, en atención a las particulares condiciones del menor y a las responsabilidades que en materia educativa se radican en cabeza del Estado, de la sociedad y de la familia, se recomendará al Ministerio de Educación Nacional que, de conformidad con los dictados de la Constitución Política y de la ley 115 de 1994, proceda, en el término de un (1) mes, a evaluar la situación del menor John Alexis Morales Barbosa (i), a determinar si requiere o no educación especial (ii), y en el evento de que la respuesta sea afirmativa, a procurar, de común acuerdo, una solución que, consultadas las circunstancias sociales y económicas de la familia y el lugar de su residencia, sea la más conveniente para el menor (iii) y, en todo caso, a prestarle asesoría a sus padres y a los educadores que se encargan de su formación en la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca (Cundinamarca) (iv).

Debe la Corte aclarar, en armonía con lo precedentemente anotado, que la evaluación que se recomienda de ningún modo condiciona el derecho de John Alexis Morales Barbosa a permanecer en el sistema educativo. Así pues, ante una eventual imposibilidad de ofrecerle al menor la educación especial que pudiese llegar a requerir, se reitera la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que el menor permanecerá en la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca “hasta cuando sus directivas, progenitores y competentes autoridades oficiales,

⁵ *Ibidem*.

puedan brindarle una mejor opción educativa, adecuada a las circunstancias sociales y económicas de su familia y al lugar de su residencia”⁶.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Fosca (Cundinamarca), el 19 de febrero de 1997.

Segundo. **RECOMENDAR** al Ministerio de Educación Nacional que, de conformidad con los dictados de la Constitución Política y de la ley 115 de 1994, proceda, en el término de un (1) mes, a evaluar la situación del menor John Alexis Morales Barbosa (i), a determinar si requiere o no educación especial (ii), y en el evento de que la respuesta sea afirmativa, a procurar, de común acuerdo con los progenitores y con los docentes, una solución que, consultadas las circunstancias sociales y económicas de la familia y el lugar de su residencia, sea la más conveniente para el menor (iii) y, en todo caso, a prestarle asesoría a sus padres y a los educadores que se encargan de su formación en la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca (Cundinamarca) (iv).

Tercero. La permanencia de John Alexis Morales Barbosa en la Escuela Luis María Rojas del Municipio de Fosca (Cundinamarca) no estará condicionada, en ningún caso, a la demostración de que no requiere educación especial. En consecuencia, el menor podrá permanecer en la mencionada escuela hasta cuando sus directivas, progenitores y autoridades competentes puedan ofrecerle una mejor opción educativa, supuesto que la necesite.

Cuarto. **LIBRENSE**, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA , Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

⁶ *Ibidem.*

SENTENCIA NoT-330
Julio 17 de 1997

**LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Intereses sindicales/
SINDICATO-Intereses colectivos**

La Corte llegó a la conclusión de que en tratándose de intereses que están radicados en cabeza de la organización sindical, no pueden los trabajadores afiliados al mismo, individualmente considerados, instaurar una acción que pretenda obtener la protección de derechos de naturaleza colectiva, pues faltaría la legitimación en la causa para actuar.

**DERECHO A LA IGUALDAD-Plan de beneficios laborales discriminatorios
por Icollantas/DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-Plan de
beneficios laborales discriminatorio por Icollantas/INDUSTRIA
COLOMBIANA DE LLANTAS-Plan de beneficios laborales
discriminatorio contra sindicalizados**

La empresa demandada ha incurrido en prácticas que tuvieron como fin la deserción de los miembros afiliados a la organización sindical "Sintraicollantas". En efecto, para que un trabajador sindicalizado pudiera acogerse al Plan de Beneficio General diseñado por la empresa, era necesario que éste renunciara al sindicato, para lo cual aquella les "colaboraba" en la elaboración de las cartas de renuncia. Se establece una prima de asistencia que no ha sido consagrada en favor de los trabajadores sindicalizados en la Convención Colectiva, y aunque existe una regla especial para los trabajadores afiliados al sindicato consistente en llegar 50 minutos tarde al lugar de labores, siempre y cuando ello no ocurra más de dos veces a la semana, no quedan con ello compensados ni en igualdad de condiciones con los no sindicalizados, ya que éstos, de todas maneras devengan más y, por otra parte, la posibilidad otorgada a los sindicalizados de llegar tarde es tan sólo una forma burda de justificar la efectiva disminución de sus salarios. Además, según declaraciones que obran en el expediente, en cuanto atañe a los elementos de dotación, la empresa entrega un número mayor de overoles a los trabajadores que pertenecen al Plan y les da elementos de aseo personal de diferente calidad. La empresa "Icollantas" incurrió en prácticas que discriminaban

a los trabajadores sindicalizados cuando además implementó el Plan de Beneficios con varios meses de anticipación a la suscripción de una nueva Convención Colectiva, lo que establece una diferencia salarial y prestacional injustificada. Los medios de defensa de los cuales se hizo uso no fueron idóneos en su momento para proteger los derechos invocados.

Referencia: Expedientes acumulados T-114836, T-116317, T-117936 y T-125651.

Acciones de tutela instauradas por Ismael Gomez Rodriguez y otros contra la Industria Colombiana De Llantas S.A. "Icollantas S.A."

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisan los fallos proferidos por el juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté; y por los juzgados Promiscuo, Penal y Segundo Civil del Circuito de Soacha, en los procesos de la referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR. LAS DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE EXAMEN

El Sindicato de trabajadores de la industria transformadora del caucho, plástico, polietileno, poliuretano, sintéticos, partes y derivados de estos procesos -"Sintraincapla"-, el Sindicato de trabajadores de "Icollantas S.A." -"Sintraicollantas"- y un total de 276 personas vinculadas laboralmente a la mencionada empresa, miembros de uno u otro sindicato, a través de apoderada judicial, incoaron acción de tutela contra aquélla, por estimar violados sus derechos constitucionales fundamentales.

Se sintetizan a continuación los casos expuestos:

A. Expediente T-114836

Varios trabajadores sindicalizados que prestan sus servicios a la Industria Colombiana de Llantas S.A. "Icollantas" (ver cuadro anexo a la presente sentencia) dirigieron su acción contra ésta, por considerar violados sus derechos al trabajo, a la igualdad, a la asociación sindical y por entender que fue desconocido el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales.

Entre la mencionada compañía y el Sindicato "Sintraicollantas" se ha venido celebrando desde el año 1961 convenciones colectivas de trabajo.

Afirmaron los demandantes que, a través de un Plan de Beneficio General (pacto colectivo), "Icollantas S.A." otorgó una serie de ventajas salariales y prestacionales a los trabajadores no sindicalizados, con lo cual estaba desconociendo el principio de igualdad. Aseveraron que la empresa reconocía un salario diario superior a los trabajadores que se acogían al referido plan, a pesar de que éstos se hallaban en el mismo escalafón, desempeñaban y desempeñan las mismas funciones que los actores.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté negó el amparo solicitado por cuanto estimó que no se habían vulnerado los derechos fundamentales de los actores, pues -acogiendo casi que literalmente los argumentos aducidos por el abogado de la parte demandada- la diferencia salarial entre unos y otros trabajadores dependía de factores objetivos como la productividad, ya que se laboraba a destajo. Anotó que la diferencia de salario obedecía también a que el aludido plan de beneficios entró en vigencia en junio de 1996, mientras que la convención colectiva expiraba el 20 de diciembre del mismo año.

Agregó el juez que, en relación con los beneficios adicionales concedidos a los trabajadores no sindicalizados, "no obra prueba que demuestre que se busca favorecer de manera exclusiva a dichos trabajadores", y que en el evento de que ello fuera así, los demandantes contaban con la acción penal para hacer valer su derecho de asociación sindical.

La anterior providencia fue impugnada por los actores. En segunda instancia, el Juzgado Penal del Circuito de Soacha revocó tal decisión y, en su lugar, concedió la tutela de los derechos fundamentales de igualdad y de asociación sindical. En consecuencia, ordenó a "Icollantas S.A." realizar los aumentos salariales y otorgar la prima de asistencia a favor de los peticionarios, en la misma forma en que habían sido establecidos los beneficios laborales para los trabajadores no sindicalizados, los Planes de Beneficio General o Pactos Colectivos, sin que fuera necesario que aquéllos presentaran renuncia a la organización sindical. La sentencia previno a la empresa demandada para que en lo sucesivo, se abstuviera de fijar condiciones de trabajo que implicaran discriminación contra los trabajadores sindicalizados.

El fallador de segundo grado, una vez analizado el material probatorio y teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, llegó a la conclusión de que el empleador había variado de manera ostensible las condiciones de trabajo al implementar el aludido Plan de Beneficios, propiciando de esta manera la deserción de más de las tres cuartas partes del sindicato, pasando de ser un sindicato mayoritario a uno minoritario y con el riesgo de desaparecer.

En efecto, encontró demostrado el hecho de que para que un trabajador sindicalizado pudiera acogerse al Plan de Beneficios era necesaria su desafiliación a la organización sindical, "al punto de que la misma empresa se encargaba de elaborarle la carta de renuncia". Agregó que, a pesar de que algunos de los

declarantes que en el pasado estuvieron sindicalizados y que actualmente están vinculados al Plan dijeron haber adherido a éste en forma libre, “no pueden perderse de vista las declaraciones de otros trabajadores sindicalizados que dan cuenta de la actitud hostil de la empresa al no acogerse al Plan, al ubicarlos por algún tiempo en oficios diversos a los de su especialidad”.

Afirmó que la empresa, a pesar de que sobre ella pesaba la carga de la prueba, no había justificado las razones por las cuales se establecía una diferencia de salario, el establecimiento de una prima de asistencia y el diverso costo del casino para unos y otros trabajadores. La diferencia salarial no puede justificarse con el argumento de que el plan empezaba a regir seis (6) meses antes de que la convención colectiva expirara.

B. Expediente T-116317

Varios trabajadores afiliados al sindicato “SINTRAICOLLANTAS” (ver cuadro anexo) instauraron acción de tutela contra la empresa “ICOLLANTAS S.A.” con base en los mismos fundamentos de hecho y de derecho arriba anotados.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté negó la protección solicitada por idénticas razones a las consignadas en el fallo que resolvió la primera instancia del proceso T-114836.

El anterior fallo fue impugnado por los demandantes. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha confirmó la decisión adoptada en primera instancia, por cuanto estimó que, a pesar de que se trataba de derechos constitucionales fundamentales que estaban siendo vulnerados por un particular, frente al cual los demandantes se encontraban en situación de subordinación, no podía éste conceder el amparo pues existía cosa juzgada material, según lo afirmado en Sentencia T-566 de 1996, ya que la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-573 de 1994 había proferido fallo al respecto, al decidir una acción de tutela propuesta por “Sintraicollantas”.

Por último anotó el juez lo siguiente:

“No deja de preocupar los efectos profuturo de la cosa juzgada en materia de acciones de tutela cuando los hechos constitutivos de vulneración se siguen repitiendo y hay cambio de jurisprudencia como la ocurrida a través de la Sentencia SU-342 de 1995, pues ello implica un tratamiento desigual frente a la justicia material”

C. Expediente T-117936

Otros trabajadores sindicalizados instauraron la acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos (ver cuadro anexo).

El Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté denegó la tutela, mediante fallo que recoge los mismos argumentos antes enunciados en los casos precedentes.

Impugnado el fallo por la parte demandante, en segunda instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha confirmó dicha providencia por existir cosa juzgada constitucional, según Sentencia de la Corte Constitucional T-573 de 1994.

D. Expediente T-125651

Aunque en el presente caso las pretensiones, hechos y derechos invocados son los mismos que se enunciaron en los procesos antes mencionados, en esta ocasión, además de haberse impetrado la acción de tutela por un número plural de trabajadores sindicalizados, también el Sindicato de trabajadores de la industria transformadora del caucho, plástico, polietileno, poliuretano, sintéticos, partes y derivados de estos procesos -"Sintraincapla"- y el Sindicato de trabajadores de "Icollantas.A." -"Sintraicollantas"- participaron en el proceso de tutela como demandantes.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté negó la protección por las razones que se consignaron en los otros procesos de la referencia. Agregó que ésta resultaba improcedente toda vez que existían medios alternativos de defensa judicial para obtener la protección de los derechos, y que no podía concederse la protección de manera transitoria, ya que no se daban los presupuestos de un perjuicio irremediable.

El fallo fue impugnado por los actores. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soacha confirmó la providencia, puesto que el asunto bajo estudio ya había sido objeto de decisión por la Corte Constitucional en 1994, mediante Sentencia T-573.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela en referencia.

Los procesos fueron debidamente seleccionados, y acumulados en virtud de la unidad de materia.

2. Legitimación activa para instaurar acción de tutela cuando se pretende la protección de intereses sindicales.

Reiterando la jurisprudencia establecida a partir del caso "Colgate", la Corte Constitucional, mediante auto aprobado en Sala Plena el 5 de junio de 1997, declaró

improcedente la petición de nulidad respecto de la Sentencia T-566 (caso "Icollantas") proferida el 28 de octubre de 1996 por la Sala Segunda de Revisión, y allí expuso los criterios adoptados por la Corporación en cuanto atañe a la legitimación activa para impetrar acción de tutela cuando están de por medio intereses sindicales.

Al respecto expresó lo siguiente:

"Un estudio de la jurisprudencia de la Corte en esta materia permite precisar que ha estado enderezada a distinguir entre los intereses puramente colectivos, ligados al sindicato en cuanto tal -así repercutan en beneficio individual de los trabajadores, como siempre ocurre con las reivindicaciones económicas buscadas y obtenidas por tales asociaciones-, y el interés no necesariamente sindical del trabajador, visto en su individualidad, para establecer, de acuerdo con la naturaleza específica de la acción de tutela (artículo 86 C.P.), que si el asunto planteado pertenece a la primera de las categorías enunciadas, el Sindicato debe ser el actor, por conducto de sus representantes legales, al paso que si se trata de hechos que redundan exclusivamente en la afectación de intereses individuales, están los trabajadores legitimados para obrar procesalmente sin vincular al Sindicato.

Ha encontrado la Corte que en algunos casos se invoca la doble calidad -representante y miembro del sindicato y trabajador-, por lo cual ha admitido que en tales circunstancias cabe la tutela, legitimados como están todos los actores en cuanto a los derechos en controversia.

Por lo tanto, la Sala Segunda de Revisión no modificó la jurisprudencia anterior sobre el punto, sino que, por el contrario, actuó con arreglo a ella, dado que el interés de los accionantes estaba vinculado a un asunto puramente sindical que requería la participación procesal del Sindicato.

Para la Corte es claro que no puede equipararse dicho caso con los de "Leonisa" y "Avianca", puesto que en el primero de ellos, en consideración a los hechos concretos, había legitimación tanto de los trabajadores como del Sindicato, en cuanto unos y otros incoaron la acción; y en el segundo la violación de los derechos invocados los afectaba individualmente pues la situación objeto de análisis, claramente discriminatoria, correspondía a una indefensión derivada, para todos ellos, del fracaso de la etapa de negociación directa y de la imposibilidad de acudir colectivamente a la huelga o al dictamen de árbitros, por lo cual mal podían ser obligados a encauzar sus pretensiones a través de la organización sindical".

Así, la Corte llegó a la conclusión de que en tratándose de intereses que están radicados en cabeza de la organización sindical, no pueden los trabajadores afiliados al mismo, individualmente considerados, instaurar una acción que pretenda obtener la protección de derechos de naturaleza colectiva, pues faltaría la legitimación en la causa para actuar.

En este orden de ideas, y aplicando tal doctrina a los casos que ahora ocupan la atención de la Sala, se establece que la acción de tutela debe ser negada en los tres primeros procesos de la referencia, en los cuales los actores eran trabajadores sindicalizados que no tenían la representación sindical, advirtiendo, eso sí, que, en cuanto otro de los procesos revisados, promovido por los sindicatos de trabajadores de "Icollantas", habrá de prosperar por las razones más adelante expuestas, tales trabajadores, que actuaron individualmente, no se verán excluidos de los beneficios que se derivan de esta sentencia y deberán ser cobijados, al igual que todos los miembros de los sindicatos de trabajadores al servicio de "Icollantas", por la tutela que se concede.

Y es que, en relación con el proceso T-125651, la Corte estima que sí existió legitimación para instaurar la tutela por parte de los sindicatos demandantes, así no ocurriera lo mismo con los trabajadores que la presentaron en su compañía. Al ejercitar la acción los sindicatos, de los cuales hacen parte esas personas, las pretensiones expuestas por ellos subsumieron e incorporaron las individuales, conduciendo al juez de tutela a fallar el asunto como un todo integral y completo.

Esta Sala entrará a analizar las cuestiones de fondo debatidas en el proceso T-125651, en tanto se refiere a los intereses colectivos debidamente representados por los sindicatos demandantes, que cobijan a todos los trabajadores sindicalizados.

3. La jurisprudencia actual de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de igualdad y asociación sindical.

Aunque, precisamente en un caso anterior planteado por el Sindicato "Sintraicollantas", la Corte Constitucional mediante Sentencia T-537 del 9 de diciembre de 1994 (Sala Octava de Revisión), declaró la improcedencia de la acción de tutela para proteger los derechos del sindicato, por cuanto declaró que existían otros medios de defensa judicial con miras a lograr su amparo, la Sala Plena de la Corporación, según lo previsto por el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, unificó la jurisprudencia al respecto, revaluando esa inicial posición doctrinal.

Así, pues, la Corte cambió radicalmente el criterio negativo sobre la idoneidad de la tutela para defender los derechos sindicales ante discriminaciones patronales que implicaran persecución a los trabajadores asociados y ruptura del principio de igualdad entre sindicalizados y no sindicalizados. La nueva tendencia de la Corte, que ahora se reitera, fue consignada en la Sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995, según la cual el amparo constitucional es un mecanismo adecuado para lograr la tutela de los derechos fundamentales del sindicato, pues los otros medios de defensa ordinarios no poseen el grado de eficacia adecuado para lograr tal cometido.

Dijo la Corte en aquella oportunidad:

“La acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para garantizar la efectividad de los mencionados derechos, cuando quiera que sean vulnerados o exista amenaza de su violación, entre otros casos, en cualquiera de las siguientes hipótesis:

a) Cuando el patrono desconoce el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, o afiliarse a estos, o promueve su desafiliación, o entorpece o impide el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de las actividades que competen al sindicato, adopta medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato. Igualmente, cuando el patrono, obstaculiza o desconoce, el ejercicio del derecho de huelga, en los casos en que ésta es permitida.

El inciso 2, del numeral 2 del art. 354 del C.S.T., modificado por el art. 39 de la ley 5a. de 1990, hace un listado de los actos que se consideran atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador, que a juicio de la Corte es válido en la evaluación constitucional de las acciones patronales atentatorias contra dicho derecho, así:

“Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;

Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;

Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubiere presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;

Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y

Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma”.

Los artículos 1o. y 2o. del convenio No. 98 de la OIT, incorporado al derecho interno por la ley 27 de 1976, y que prevalece en el orden interno, según el art. 93 de la C.N., igualmente reconocen que los trabajadores deben “gozar de la adecuada protección, contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar

*la libertad sindical en relación con su empleo”, y prohíbe la injerencia patronal en la constitución, funcionamiento o administración del sindicato.
(...)*

Podría argumentarse que la ley ha instituido medios alternativos a los cuales se puede acudir para contrarrestar las violaciones atinentes a los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva, como son los de acudir a la intervención de las autoridades administrativas del trabajo para que en ejercicio de sus funciones policivas remedien las aludidas violaciones, o a la vía penal, con fundamento en los arts. 354 del C.S.T. (subrogado por el art. 39 de la ley 50 de 1990) y 292 del Código Penal y, que por lo tanto, no es procedente la acción de tutela. Al respecto vale la pena observar que el medio idóneo, en primer término debe ser judicial y, en segundo lugar, eficaz según la valoración que en concreto haga el juez de tutela para amparar el derecho fundamental amenazado o violado.

De todo lo dicho se concluye que las acciones que pueden intentar ante la justicia ordinaria laboral los trabajadores que resultan perjudicados en sus derechos laborales por las disposiciones discriminatorias contenidas en el pacto colectivo, no constituyen medios alternativos de defensa judicial idóneos y eficaces para obtener el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y a la asociación sindical. Tampoco el sindicato dispone de los referidos medios para obtener el amparo reclamado. Además, la sola circunstancia de las decisiones contradictorias de los jueces laborales que juzgaron el mismo asunto, que en unos casos condenaron a la empresa aplicando el principio a trabajo igual salario igual y en otros la absolvió, es indicativo a juicio de la Corte de la falta de idoneidad y de eficacia de las acciones laborales ordinarias como mecanismo alternativo de defensa judicial en el presente caso”. (se subraya)

El anterior es el criterio acogido por la Sala Plena y, por tanto, es la doctrina constitucional vigente. En consecuencia, será esa la interpretación que presidirá este fallo.

4. Inexistencia de la cosa juzgada constitucional.

En varias de las decisiones judiciales que ahora se revisan se negó el amparo por una supuesta cosa juzgada constitucional, con base en lo afirmado en un aparte de la Sentencia T-566 de 1996 -citado fuera de contexto por el juez y también por el apoderado de la parte demandada-, por medio de la cual se resolvió en sede de revisión una acción de tutela impetrada por algunos trabajadores afiliados a “Sintraicollantas” que, como ya se dijo, fue negada por falta de legitimación activa, pues el proceso de tutela había sido promovido por varios trabajadores sindicalizados, individualmente considerados.

El párrafo en el cual se basaron dichos fallos y varios escritos de impugnación presentados por la empresa demandada, es del siguiente tenor literal:

“Es claro, entonces, que quienes ahora acuden, en procura de protección, al procedimiento breve y sumario previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, aduciendo su calidad de trabajadores de Icollantas S.A. y de afiliados a Sintraicollantas, estuvieron representados en la acción de tutela instaurada anteriormente por el sindicato al que dicen pertenecer y que, en esas circunstancias, en relación con los hechos y circunstancias que entonces se adujeron quedaron cobijados por lo decidido en aquella primera oportunidad, de todo lo cual resulta que las acciones de tutela intentadas por ellos, en forma individual, no están llamadas a prosperar en lo que ya fue objeto de análisis y debate ante la jurisdicción constitucional, porque, se repite, lo decidido por esta Corte, mediante sentencia T-573 de 1994, en relación con las pretensiones de la organización sindical fue también resuelto respecto de los miembros del sindicato, y la posterior proposición de acciones de tutela por algunos de ellos, no tiene la virtualidad de revivir lo examinado y decidido en la acción inicial a propósito de supuestos idénticos”.

No obstante lo anterior, tanto el abogado de “Icollantas”, como los jueces de tutela olvidaron mencionar los párrafos que a continuación aclaraban el verdadero sentido de la sentencia. Estos son:

“Sin embargo, observa la Sala que la convención colectiva firmada el 6 de enero de 1993 agotó el término de su vigencia y que en la actualidad rige una nueva convención cuya vigencia se extiende desde el 21 de diciembre de 1994 hasta el 20 de diciembre de 1996, a lo cual se agrega, según información que reposa en autos, la renovación del plan de beneficio general ocurrida en junio de la presente anualidad.

Es evidente que dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la organización sindical en junio de 1994 no fueron tenidos en cuenta ni la convención actual ni el nuevo plan, por la sencilla razón de ser posteriores a la fecha de presentación de la tutela e incluso a la fecha de la sentencia de revisión, que fue proferida por esta Corte, según quedó anotado, el 9 de diciembre de 1994.

Resulta claro, entonces, que en las acciones promovidas por los trabajadores existen hechos nuevos y que la identidad existente entre las actuaciones que ahora se revisan y la que tuvo ocurrencia en el pasado es apenas parcial y que en esa medida, merced a los hechos en los que se funda la diferencia, es pertinente proceder al examen de las actuaciones judiciales surtidas con ocasión de las acciones que ahora se revisan, ...”.
(se subraya)

De lo anterior se colige que no existe cosa juzgada en el presente asunto, pues como claramente quedó expuesto en la mencionada sentencia, lo que se dilucidó en el primer caso “Icollantas” (Sentencia T-573 de 1994), tuvo como objeto una

Convención y un Plan de Beneficio General o pacto colectivo diferente a los que ahora se analizan. Y si en la citada providencia no se concedió la tutela, ello aconteció por falta de legitimación en la causa, ya que se trataba de un asunto colectivo y no actuaba el Sindicato sino trabajadores individualmente considerados, y no porque hubiera estimado la Corte que los hechos nuevos debieran ser gobernados por un fallo anterior que mal podía contemplarlos.

Ello hace que ahora, ya removido el obstáculo de la legitimación en causa, entre la Corte, como lo hará, a estudiar la materia del conflicto planteado, sin que para ello sea óbice la Sentencia T-573 de 1994.

5. Violación de los derechos a la igualdad y a la asociación sindical.

Una vez esclarecidos los puntos relativos a la legitimidad para actuar y a la inexistente cosa juzgada material y, teniendo en cuenta la doctrina constitucional vigente en materia de amparo constitucional de los derechos fundamentales de las organizaciones sindicales, la Corte entra a analizar en el caso concreto la posible violación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

De acuerdo con el abundante material probatorio que se encuentra en los cuatro expedientes materia de revisión -y a pesar de que en los tres primeros no se va a realizar un análisis de fondo por el vicio de falta de legitimación activa, la Corte tendrá en cuenta todas las pruebas que obran en esos expedientes, pues ellas han logrado una mejor ilustración de la Corte en el análisis que ahora se efectúa-, para la Sala resulta claro que en el presente asunto se ha presentado una vulneración del principio de igualdad y de la libertad de asociación sindical.

Así, pues, de las declaraciones que obran en el expediente se puede colegir que la empresa demandada ha incurrido en prácticas que tuvieron como fin la deserción de los miembros afiliados a la organización sindical "Sintraicollantas". En efecto, para que un trabajador sindicalizado pudiera acogerse al Plan de Beneficio General diseñado por la empresa, era necesario que éste renunciara al sindicato, para lo cual aquélla les "colaboraba" en la elaboración de las cartas de renuncia (ver folios 521 y 527 del expediente T-114836).

Algunos de los trabajadores afirmaron haber renunciado al sindicato porque el Plan de Beneficios les ofrecía mayores ventajas, entre otras, la suma mínima (\$1.00, un peso) que debían pagar en el casino, en comparación con los \$60.00 pesos, precio impuesto por el mismo servicio a los trabajadores sindicalizados. Además, quienes adherían al Plan gozaban de una prima de asistencia con la que no contaban los trabajadores afiliados a "Sintraicollantas" (ver por ejemplo folio 527 en concordancia con lo consignado en el folio 531 del expediente T-114836).

Efectivamente, según lo previsto en el artículo 1 del Capítulo III del aludido Plan de Beneficios con vigencia para los años 1994 a 1996 y posteriormente prorrogado para la vigencia 1996-1998, se establece una prima de asistencia que no ha sido consagrada en favor de los trabajadores sindicalizados en la Convención Colectiva, y aunque existe una regla especial para los trabajadores afiliados al sindicato consistente en llegar 50 minutos tarde al lugar de labores, siempre y cuando ello no ocurra más de dos veces a la semana, no quedan con ello compensados ni en igualdad de condiciones con los no sindicalizados, ya que éstos, de todas maneras devengan más y, por otra parte, la posibilidad otorgada a los sindicalizados de llegar tarde es tan sólo una forma burda de justificar la efectiva disminución de sus salarios.

Obsérvese que el horario, aparentemente favorable, es en realidad una discriminación para los sindicalizados, quienes así quieran llegar temprano a trabajar, no reciben remuneración por las horas adicionales de labores.

Además, según declaraciones que obran en el expediente, en cuanto atañe a los elementos de dotación, la empresa entrega un número mayor de overoles a los trabajadores que pertenecen al Plan y les da elementos de aseo personal de diferente calidad (jabón perfumado para unos y de inferior calidad para otros, precisamente los sindicalizados).

La empresa "Icollantas" incurrió en prácticas que discriminaban a los trabajadores sindicalizados cuando además implementó el Plan de Beneficios con varios meses de anticipación a la suscripción de una nueva Convención Colectiva, lo que establece una diferencia salarial y prestacional injustificada.

Es más, los hechos han demostrado en el caso "Icollantas" que los medios de defensa de los cuales se hizo uso no fueron idóneos en su momento para proteger los derechos invocados. En efecto, fue decretada la cesación de la investigación penal por no haberse encontrado prueba que comprometiera la responsabilidad de los dirigentes de la empresa, medio judicial -en donde por su naturaleza se tuvieron en cuenta otra serie de aspectos- que solamente iba dirigido a obtener una sanción, pero no la protección efectiva de los derechos afectados.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que el Ministerio de Trabajo, mediante Resolución número 003565 del 19 de octubre de 1994, impuso a "Icollantas S.A." una multa de cinco millones novecientos noventa y dos pesos (\$5'992.000.00) por haber violado el derecho de asociación sindical (artículo 39 de la Ley 50 de 1990) y que tal sanción se fundamentó en lo siguiente:

"En el caso que nos ocupa, el empleador, al establecer un plan de beneficios, que mejora las condiciones económicas de algunos trabajadores, pone en detrimento el principio de la igualdad que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales.

(...)

Al establecer el plan de beneficios, se afectan las condiciones económicas de los trabajadores sindicalizados, la empresa no sólo dificulta la afiliación sindical sino que incentiva el retiro de los inscritos.

(...)

La disminución drástica de desafiliación por parte de los trabajadores al sindicato desde el mes de junio hasta la fecha constituye un indicio grave de obstaculización de las actividades sindicales, que obra en contra del empleador.

(...)

De las declaraciones rendidas por los trabajadores actuales de la empresa, se desprende; como causa de los retiros, la posibilidad de lograr las mejoras que ofrece el Plan de Beneficios.

(...)

Resulta para el despacho de un análisis de estas declaraciones una situación clara; la relación que hay entre las renunciaciones de los trabajadores al sindicato y la intervención de la empresa, la cual se hace bastante manifiesta al punto que los trabajadores que firmaron el Plan de Beneficios al mismo tiempo debían firmar la carta de renuncia al sindicato; en formatos de igual redacción y con la misma fecha en su gran mayoría".

Pues bien, la empresa demandada pagó oportunamente la multa impuesta, pero no tuvo ningún reato para continuar con sus prácticas tendientes a la desarticulación de la organización sindical. Así, implementó un nuevo Plan de Beneficios que incluía las ventajas ya mencionadas.

Por lo anterior, la Sala encuentra que se desconocieron el derecho a la igualdad y a la asociación sindical y, en consecuencia, se concederá la 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.- REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Soacha (expediente T-114836), por medio del cual concedió el amparo de los derechos a la igualdad y a la asociación sindical. En su lugar, **NIEGASE** la tutela por falta de legitimación activa de los demandantes para instaurar la acción.

Se advierte que esta revocación no excluye a los trabajadores que incoaron la demanda de los beneficios a que tienen derecho como miembros del Sindicato, según lo dispuesto en esta Sentencia, que, en otro de los procesos revisados, concede a dicha asociación la tutela impetrada.

Segundo.- CONFIRMAR, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia (falta de legitimación), el fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha dentro del proceso T-116317.

Se advierte que esta confirmación del fallo examinado no excluye a los trabajadores que incoaron la demanda, de los beneficios a que tienen derecho como miembros del Sindicato, según lo dispuesto en esta Sentencia, que, en otro de los procesos revisados, concede a dicha asociación la tutela impetrada.

Tercero.- CONFIRMAR, con base en los argumentos arriba enunciados, la providencia de segunda instancia mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha negó la protección de los derechos invocados en el proceso de tutela T-117936.

Se advierte que esta confirmación del fallo examinado no excluye a los trabajadores que incoaron la demanda, de los beneficios a que tienen derecho como miembros del Sindicato, según lo dispuesto en esta Sentencia, que, en otro de los procesos revisados, concede a dicha asociación la tutela impetrada.

Cuarto.- REVOCAR los fallos proferidos por los juzgados Promiscuo Municipal de Sibaté y Segundo Civil del Circuito de Soacha al resolver la acción de tutela radicada con el número T-125651, mediante los cuales negaron el amparo solicitado. En su lugar, **CONCEDESE** la tutela de los derechos a la igualdad y de asociación sindical. La **"Industria Colombiana de Llantas S.A. -"Icollantas S.A."**, bajo la responsabilidad directa de su representante legal, procederá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, a establecer las mismas condiciones, en total plano de igualdad, en los campos salarial, prestacional y en condiciones de trabajo, a sus trabajadores sindicalizados y no sindicalizados extendiendo a aquéllos los mismos beneficios laborales que aparecen establecidos para los trabajadores no sindicalizados en el "Plan de Beneficios" vigente actualmente.

Si la ordenada equiparación de condiciones y beneficios laborales implica el pago de sumas de dinero, las diferencias se pagarán, dentro del mismo término a los trabajadores sindicalizados, con retroactividad a la fecha de entrada en vigencia del "Plan de Beneficios".

La empresa podrá deducir del valor de dichos derechos laborales lo que hubiere pagado a los trabajadores en cumplimiento de sentencias dictadas por los jueces laborales que hayan ordenado el pago de diferencias salariales.

Quinto.- ORDENASE a la empresa que en lo sucesivo, y al celebrar pactos colectivos, planes de beneficio y convenciones colectivas, que regulen las condiciones laborales, tanto para los trabajadores no sindicalizados que adhieran

T-330/97

a dichos pactos, como para los trabajadores sindicalizados, se **ABSTENGA** de fijar condiciones de trabajo en los referidos pactos que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados y que conduzcan a la violación de los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

Sexto.- Si se desacatare lo dispuesto en este fallo, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 al representante legal de "Icollantas S.A." y a los directivos de la misma empresa que fueren responsables por ello.

Séptimo.- Súrtase el trámite 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

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA NoT-330
Julio 15 de1997

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Conflictos laborales por aplicación de pacto o convención colectiva/JURISDICCION DEL TRABAJO-Diferencias por plan de beneficios laborales para no sindicalizados
(Salvamento de voto)

En tratándose de conflictos jurídicos de carácter laboral que versan sobre la aplicación de una norma, de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, corresponde a la justicia laboral el conocimiento y decisión de la acción pertinente a través del juicio ordinario laboral, en desarrollo de lo estipulado en el artículo segundo del Código Procesal del Trabajo, el cual se encuentra vigente. En el caso sub-exámine no se ha acreditado la existencia del perjuicio irremediable de manera que si la pretensión de los demandantes se encamina no solamente a la tutela de los derechos a la igualdad y de la asociación sindical sino también a que se condene a la demandada al pago de una diferencias salariales y beneficios laborales, que tiene origen en la aplicación de un "plan de beneficios" para trabajadores no sindicalizados, extensible a los que si se encuentran afiliados al sindicato, dicho conflicto jurídico es de la competencia exclusiva de la jurisdicción del trabajo, de manera que el juez de tutela no puede reemplazar al juez ordinario, sin perjuicio de invadir la órbita de competencia de éste. No podía el juez de tutela ordenar el pago de sumas de dinero y diferencias salariales a los trabajadores sindicalizados, con retroactividad a la fecha de entrada en vigencia del "plan de beneficios" y menos disponer situaciones que fueron materia de controversia adelantadas por los jueces laborales, con respecto a hechos que dieron lugar tanto a la acción de tutela como a la ordinaria de carácter laboral, pues ello podría dar lugar a la configuración de decisiones judiciales diferentes sobre el mismo asunto controvertido.

Referencia: Expedientes acumulados T-114836, T-116317, T- 117936 Y T-125651

Acciones de tutela instauradas por Ismael Gómez Rodríguez y Otros contra Industria Colombiana De Llantas S.A. "Icollantas S.A."

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, en forma

comedida me permito consignar las razones por las cuales formulé el correspondiente salvamento de voto con respecto a la sentencia T - 330/97 del 15 de julio de 1997, en relación con el expediente número T - 125651, por medio de la cual la Sala Quinta de Revisión revocó los fallos proferidos por los Juzgados Promiscuo Municipal de Sibaté y Segundo Civil del Circuito de Soacha, mediante los cuales negaron el amparo solicitado y en su lugar concedieron la tutela de los derechos a la igualdad y de asociación sindical.

En primer lugar debo reiterar los argumentos que tuve oportunidad de señalar en el salvamento de voto a la sentencia número T - 342 de 1995 dentro de la acción de tutela promovida por Gonzalo Gómez y María Elena Gómez en nombre propio y en representación del Sindicato de Trabajadores de Confecciones Leonisa S.A. "Sintraleonisa", el cual adjunto al presente salvamento, al considerar innecesaria su transcripción completa, los cuales se relacionan con el asunto aquí examinado, desde el punto de vista jurídico.

El suscrito ha señalado en reiteradas oportunidades que en tratándose de conflictos jurídicos de carácter laboral que versan sobre la aplicación de una norma, de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, corresponde a la justicia laboral el conocimiento y decisión de la acción pertinente a través del juicio ordinario laboral, en desarrollo de lo estipulado en el artículo segundo del Código Procesal del Trabajo, el cual se encuentra vigente.

Es bien sabido que conforme lo establece el artículo 86 de nuestra Carta Fundamental la acción de tutela, es procedente "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

En el caso sub-examine no se ha acreditado la existencia del perjuicio irremediable de manera que si la pretensión de los demandantes se encamina no solamente a la tutela de los derechos a la igualdad y de la asociación sindical sino también a que se condene a la demandada al pago de unas diferencias salariales y beneficios laborales, que tienen origen en la aplicación de un "plan de beneficios" para trabajadores no sindicalizados, extendible a los que si se encuentran afiliados al sindicato, dicho conflicto jurídico es de la competencia exclusiva de la jurisdicción del trabajo, de manera que el juez de tutela no puede reemplazar al juez ordinario, sin perjuicio de invadir la órbita de competencia de éste.

A mi juicio, no podía el juez de tutela como se hace en la sentencia de la cual me separo, ordenar el pago de sumas de dinero y diferencias salariales a los trabajadores sindicalizados, con retroactividad a la fecha de entrada en vigencia del "plan de beneficios" y menos disponer situaciones que fueron materia de controversia adelantadas por los jueces laborales, con respecto a hechos que dieron lugar tanto a la acción de tutela como a la ordinaria de carácter laboral,

pues ello podría dar lugar a la configuración de decisiones judiciales diferentes sobre el mismo asunto controvertido.

Es evidente que el juez de tutela puede analizar para los efectos de la protección de los derechos, los que tengan rango constitucional como lo son los derechos de igualdad y de asociación sindical. Pero de ahí a la definición de un conflicto jurídico de carácter laboral con respecto a la aplicación de la convención colectiva en el caso de los trabajadores sindicalizados o del pacto colectivo para los trabajadores no sindicalizados, dista mucho de la procedencia de la acción de tutela, pues para ello se requiere el análisis probatorio indispensable para poder determinar si los trabajadores se encuentran o no en las mismas condiciones de eficiencia que da lugar a la aplicación del principio universal, según el cual a trabajo igual debe darse la misma remuneración.

Siendo el conflicto jurídico de naturaleza laboral, que versa sobre la aplicación de una norma y no tratándose de un perjuicio irremediable susceptible del ejercicio de la acción de tutela, y en presencia de la existencia de otro medio de defensa judicial, en el caso sub-lite, considero que han debido confirmarse las providencias de instancia y no ordenar las condenas que en mi concepto corresponden a la decisión de la justicia del trabajo.

Santa fe de Bogotá, 30 de julio de 1997

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

SENTENCIA No T-331
Julio 15 de 1997

DEFENSOR DEL PUEBLO O PERSONERO MUNICIPAL-Persiguen en nombre de la sociedad proteger derechos fundamentales

Para que el Defensor del Pueblo o el Personero Municipal actúen no necesitan estar personalmente interesados en el caso, ni tampoco exhibir un poder conferido por la persona afectada. Su función no es la de representar intereses particulares en virtud de mandato judicial sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia. Si la acción de tutela es una de las vías para ello, su actividad, ordenada a provocar la iniciación del proceso, la cumplen a cabalidad tales servidores públicos cuando, habiéndose percatado de que están o han sido violados los derechos fundamentales de una persona, o de que se encuentran amenazados, presentan la demanda respectiva, activando así el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución, obviamente sobre la base, señalada por el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, de que cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo e indefensión.

DEFENSOR DEL PUEBLO O PERSONERO MUNICIPAL-Presunción indefensión de menores

El mandato constitucional dispone expresamente que, si se hallan de por medio los derechos fundamentales de los niños, protegidos en la Carta, "cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores", lo cual indica que el Defensor del Pueblo y el Personero, según el caso, podrían acudir al juez invocando apenas su condición de personas, para buscar el amparo del menor cuyos derechos están afectados o en peligro; y que, con mayor razón, están autorizados para proceder en ejercicio de sus funciones, una de las cuales consiste en la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, entre otros mecanismos, mediante la interposición de las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados. Por tratarse de derechos fundamentales radicados en cabeza de un niño ha debido la juez presumir, en el menor, el estado de indefensión.

VIA DE HECHO-
Situación extraordinaria

La doctrina constitucional ha advertido invariablemente, en guarda del principio de la cosa juzgada constitucional que ampara el fallo en cuya virtud fueron retirados del ordenamiento los artículos en mención, que la vía de hecho corresponde a una situación extraordinaria, no susceptible de generalización ni de aplicaciones extensivas, pues el supuesto excepcional en el cual descansa reside única y exclusivamente en la vulneración ostensible, abierta, clara e indudable de la normatividad que el juez ha debido aplicar, en forma tal que su decisión, pese a la aparente respetabilidad del proveído judicial, corresponda en la práctica al subterfugio de quien la profiere para hacer su voluntad en contra de la ley.

VIA DE HECHO-No lo constituye la
interpretación judicial

Esta Sala ha considerado como extraño al ámbito propio de la acción de tutela el factor de la interpretación judicial, que en sí misma es una facultad inherente a las atribuciones del fallador, y, por ende, no constitutiva de "vía de hecho".

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existencia de medios procesales de
defensa/ACCION DE TUTELA-
Subsidiariedad

Los interesados que no participaron desde el comienzo en el proceso judicial, si creían tener derecho a ello, gozaban de medios procesales suficientes para acceder al estrado, así como para ejercer recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevé. Tenían oportunidades procesales para desvirtuar las pretensiones de los herederos, una vez en los estadios del trámite del juicio. Por estas razones, en aplicación del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, se negará el amparo solicitado, si bien conminando al abogado del menor para que, si el proceso aún no ha terminado, ejerza, a nombre de su prohijado, que es un menor, los recursos que todavía quepan, o provoque los incidentes a que haya lugar con miras a la defensa del prevalente interés que se halla en juego.

Referencia: Expediente T-126265

Acción de tutela incoada por Amilbia Rodas Ramirez, representada el Personero Municipal, contra la Juez Primera Civil Municipal de Bello.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello.

I. INFORMACION PRELIMINAR

La acción de tutela fue promovida por Ruben Dario Cardona Jaramillo, en su calidad Personero Municipal de Bello, quien dijo actuar a favor del menor Walter David García Rodas por solicitud de Amilbia Rodas Ramirez, madre y representante legal de éste.

Fue demandada la Juez Primera Civil Municipal del mismo municipio, de quien dijo el Personero que había desconocido la dignidad humana, los derechos de los niños, el derecho a la vida y el derecho al debido proceso.

Según el relato del aludido funcionario, el menor (9 años) es hijo extramatrimonial, debidamente reconocido, de Jorge William García (ya muerto) y la accionante.

Desde los diez meses de nacido, el menor reside junto con su madre en la primera planta de la casa distinguida con el número 54-63 de la Calle 52A del municipio de Bello, adjudicada a su padre en un cincuenta por ciento mediante escritura pública por la cual se liquidó la sociedad conyugal de García García

Fallecido Jorge William García, en el trámite de sucesión intestada llevado a cabo en el Juzgado Primero Civil Municipal de Bello, se adjudicó el inmueble descrito (único del activo sucesoral) a los cuatro hijos matrimoniales, mayores de edad, del difunto causante, y no se tuvo en cuenta al niño Walter David, quien es su hijo debidamente reconocido y, por ende, heredero.

Según la demanda, mediante despacho comisorio, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bello ordenó a la Inspección Novena Municipal de Policía efectuar la diligencia de restitución del inmueble "arrendado", que en realidad corresponde a la casa de habitación del menor Walter David García Rodas quien es -señala el Personero- heredero y poseedor material del mismo inmueble desde los primeros meses de nacido.

"Para ordenar la entrega del inmueble -señaló la demanda-, la Juez Primera Civil Municipal de Bello se basó única y exclusivamente en el inciso 1 del artículo 614 del Código de Procedimiento Civil, sin prestarle la más mínima importancia al resto de la citada norma, es decir, omitió darle aplicación a aquella parte de la norma que dejaba a salvo los derechos de los terceros que tuviesen algún derecho sobre el bien objeto de la medida, previsión sabiamente hecha por el legislador, pero que se encontró en este caso con un juez que caprichosamente no le dió aplicación...".

El abogado de la interesada dijo acudir a la tutela, por conducto del Personero Municipal, con el propósito de que se reconocieran al menor los derechos como poseedor del inmueble objeto de la restitución injustamente ordenada y en vísperas de ejecutarse.

De acuerdo con la demanda, la decisión judicial resultó absurda, pues en la hipótesis de haber sido arrendatario el menor, es decir, un mero tenedor, hubiese tenido que mediar para la entrega del inmueble un proceso de restitución; y, en cambio, teniendo la calidad de poseedor del inmueble, de mayor entidad de jurídica que el tenedor, se ordena el desalojo, por medio de la Inspección de Policía, violando el artículo 228 de la Constitución.

II. LA SENTENCIA OBJETO DE EXAMEN

Mediante fallo del 25 de febrero de 1997, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello negó la tutela solicitada por falta de legitimación del actor para interponerla, puesto que, a pesar de tener delegación expresa del Defensor del Pueblo, no aportó petición de persona alguna para incoar la acción.

Añadió que el demandante tampoco había llevado al proceso ninguna prueba del estado de indefensión del menor para resistir la agresión o amenaza de una actuación supuestamente arbitraria de un funcionario.

Dijo además que, revisado el proceso, encontraba que el menor en nombre de quien se actuaba no estaba en peligro inminente y que podía hacer valer sus derechos a través de otras vías judiciales.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela señalado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política.

2. Legitimación en causa. Se presume la indefensión de los menores

En diversos fallos ha sostenido la Corte que los personeros municipales gozan de facultad para incoar acciones de tutela (Cfr. Sentencias T-234 de 1993, T-245 del 21 de mayo de 1997 y SU-257 del 28 de mayo de 1997).

Ahora bien, para que el Defensor del Pueblo o el Personero Municipal actúen no necesitan estar personalmente interesados en el caso, ni tampoco exhibir un poder conferido por la persona afectada. Su función no es la de representar intereses particulares en virtud de mandato judicial -como el que se confiere a un abogado litigante- sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia. Si la acción de tutela es una de las vías para ello, su actividad, ordenada a provocar la iniciación del proceso, la cumplen a cabalidad tales servidores públicos cuando, habiéndose

percatado de que están o han sido violados los derechos fundamentales de una persona, o de que se encuentran amenazados, presentan la demanda respectiva, activando así el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución, obviamente sobre la base, señalada por el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, de que cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo e indefensión.

En lo que se refiere a la indefensión, esta Corte ha manifestado:

“La indefensión implica una situación en la cual el afectado se encuentra en posición de impotencia ante el agresor; no puede hacer nada ante su conducta activa u omisiva, excepto ejercer la acción de tutela, para buscar y obtener el reconocimiento y eficacia de sus derechos amenazados o vulnerados. 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” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-293 del 27 de junio de 1994).

Hasta allí, la sentencia revisada consulta los principios constitucionales y las normas legales vigentes en cuanto a la determinación de la personería de quien ejerce la acción de tutela.

No obstante, la exigencia del mencionado artículo 46 del Decreto 2591 de 1991 ha de entenderse y aplicarse en relación sistemática con los artículos 44 de la Constitución Política y 42 del aludido estatuto legal, cuando se trata de menores.

En efecto, el mandato constitucional dispone expresamente que, si se hallan de por medio los derechos fundamentales de los niños, protegidos en la Carta, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, lo cual indica que el Defensor del Pueblo y el Personero, según el caso, podrían acudir al juez invocando apenas su condición de **personas**, para buscar el amparo del menor cuyos derechos están afectados o en peligro; y que, con mayor razón, están autorizados para proceder en ejercicio de sus funciones, una de las cuales consiste, al tenor del artículo 282 de la Constitución, en la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, entre otros mecanismos, mediante la interposición de las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, aunque se refiere a la acción de tutela contra particulares, plasma una regla que **a fortiori** cabe cuando la tutela se intenta contra autoridades públicas: “Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

Así las cosas, aunque en el caso de autos el Personero podía ser llamado a demostrar judicialmente que alguien le había solicitado su intervención para incoar la acción de tutela, no se pierda de vista que, por tratarse de derechos fundamentales radicados en cabeza de un niño, tal como se observa en los hechos de la demanda, ha debido la juez presumir, en el menor, el estado de indefensión.

Había, entonces, legitimidad en la causa.

3. Improcedencia de la tutela contra providencias judiciales cuando no se configura una vía de hecho

Esta Corte, mediante Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que hacían posible promover, de manera indiscriminada, acción de tutela contra providencias judiciales.

En el mismo fallo y en numerosas decisiones posteriores que han conformado una sólida doctrina constitucional, la Corporación ha interpretado el artículo 86 de la Carta Política en el sentido de que la tutela es viable, excepcionalmente, cuando el acto judicial objeto de la misma encubre una actuación abusiva, arbitraria y ajena al ordenamiento jurídico (vía de hecho), que lesiona o amenaza derechos fundamentales.

Claro está, esa misma doctrina constitucional ha advertido invariablemente, en guarda del principio de la cosa juzgada constitucional que ampara el fallo en cuya virtud fueron retirados del ordenamiento los artículos en mención, que la vía de hecho corresponde a una situación extraordinaria, no susceptible de generalización ni de aplicaciones extensivas, pues el supuesto excepcional en el cual descansa reside única y exclusivamente en la vulneración ostensible, abierta, clara e indudable de la normatividad que el juez ha debido aplicar, en forma tal que su decisión, pese a la aparente respetabilidad del proveído judicial, corresponda en la práctica al subterfugio de quien la profiere para hacer su voluntad en contra de la ley.

Así, en la Sentencia T-173 del 4 de mayo de 1993, la Corte expuso que las actuaciones judiciales producidas en hipótesis como las referidas “no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela”, y que no es el ropaje de la determinación judicial sino su contenido intrínseco, conforme a Derecho, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.

De allí que esta Sala haya considerado como extraño al ámbito propio de la acción de tutela el factor de la interpretación judicial, que en sí misma es una facultad inherente a las atribuciones del fallador, y, por ende, no constitutiva de “vía de hecho”.

Teniendo en cuenta esos presupuestos doctrinales, la Sala confirmará el fallo examinado, no por la falta de legitimidad del demandante, sino por la inexistencia de una arbitrariedad judicial que, por sus características, implicara "vía de hecho", pasible de la acción de tutela.

La viabilidad de la acción de tutela incoada contra decisiones judiciales -se repite- tiene un carácter excepcional. No es pertinente para subsanar los errores menores o la inactividad de las partes dentro de un proceso.

En el caso que ahora se revisa, a diferencia del que esta misma Sala resolvió en el proceso T-94366 (Sentencia T-329 del 25 de julio de 1996), encuentra la Corte que no está probada una vía de hecho, y si acaso hubiera podido una de las partes alegar que existieron actuaciones irregulares durante el proceso, los terceros afectados tenían a su disposición otros medios judiciales de defensa para proteger sus intereses y derechos.

Dentro del material probatorio aparece demostrado que se fijó un edicto emplazando a las personas que se creyeran con derecho a intervenir en el aludido proceso sucesorio (folio 9 del expediente). Aunque no consta, según los elementos probatorios allegados al proceso de tutela, la forma en que se surtió el emplazamiento, si hubiese ocurrido que en su trámite no fueron cumplidos los términos legales de fijación, o que no hubiere sido publicado, como la ley lo dispone, respecto de esas irregularidades procesales la normatividad vigente tiene contemplados mecanismos aptos para la protección de los afectados.

No consideró esta Sala pertinente decretar pruebas al respecto, pues, en caso de que la notificación no se hubiere surtido en debida forma, el menor, a través de apoderado judicial, habría podido alegar la nulidad de lo actuado, según lo prevé el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. De igual manera, era posible proponer la nulidad porque, como lo ha observado la jurisprudencia civil, los herederos que promovieron el proceso omitieron informar al juez de la existencia de otro heredero conocido, y prefirieron la vía del emplazamiento a personas indeterminadas (Cfr. C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia S-167 del 11 de noviembre de 1993. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

Sobre la oportunidad para proponer la nulidad de lo actuado, ha dicho la Corte en reciente jurisprudencia, que ratifica lo expuesto por la Sala Plena en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992:

"...aun aceptando, en gracia de discusión, que hubiera existido alguna de las causales de nulidad, es claro que ellas habrían debido proponerse, debatirse y decidirse en el mismo proceso en que se daban, y no en el proceso de tutela. En ninguna norma se establece que las partes en los procesos civiles puedan, a su

antojo, proponer las posibles nulidades procesales en el proceso de tutela. Aceptar tan singular teoría implicaría establecer el desorden en los procesos civiles, y arrebatarse a los jueces competentes su facultad de tramitar y dirigir el proceso. Y peor aún sería si tal posibilidad se consagra en favor de quienes no son partes en el proceso.

Más extravagante aún resulta la petición de suspender la aplicación de providencias dictadas por un juez competente, con sujeción a las normas procesales. Admitir la validez de esta tesis, implicaría dejar al arbitrio de las partes el utilizar los recursos establecidos en la ley procesal, o valerse de la acción de tutela, haciendo de ésta un medio alternativo. Salta a la vista el absurdo de esta posibilidad".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-169 del 3 abril de 1997. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía)

En conclusión, los interesados que no participaron desde el comienzo en el proceso judicial, si creían tener derecho a ello, gozaban de medios procesales suficientes para acceder al estrado, así como para ejercer recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevé. Tenían, entonces, oportunidades procesales para desvirtuar las pretensiones de los herederos, una vez enterados del trámite del juicio. Por estas razones, en aplicación del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela, se negará el amparo solicitado, si bien conminando al abogado del menor para que, si el proceso aún no ha terminado, ejerza, a nombre de su prohijado, que es un menor, los recursos que todavía quepan, o provoque los incidentes a que haya lugar con miras a la defensa del prevalente interés que se halla en juego.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas, el fallo del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello, mediante el cual negó el amparo solicitado.

El apoderado del menor ejercerá, dentro del proceso de sucesión, si no hubiere culminado, los recursos procedentes y promoverá los incidentes a que haya lugar.

Segundo.- SURTASE el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

T-331/97

**JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala**

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-332
Julio 15 de 1997

ACCION DE TUTELA-Improcedencia sobre controversias de índole puramente laboral/**INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO LABORAL**-Improcedencia de tutela

Las diferencias entre los médicos especialistas accionantes y la administración de los hospitales a los que prestan sus servicios recaían específica y directamente en el incumplimiento de un convenio de carácter laboral relativo al pago de una prima técnica, sin vinculación alguna con derechos fundamentales, por lo cual la regla aplicable no era otra que la plasmada en el artículo 86 de la Constitución: salvo el perjuicio irremediable, no cabe la tutela si existe otro medio judicial para la defensa del interesado. Los procedimientos laborales ante la justicia ordinaria eran los indicados para que los actores -cuyo derecho no se descarta- obtuvieran adecuada resolución.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-No devolución pago de lo debido por existencia de buena fe

Pero, si el pago de la prima técnica a los accionantes ya se hubiere producido, no habrá lugar a la devolución de las sumas correspondientes, en cuanto tal obligación únicamente tiene sustento ante la hipótesis del pago de lo no debido, y tal no es el caso de los médicos reclamantes, quienes a no dudarlo pactaron con los hospitales demandados la prestación mencionada. Que se hubieren equivocado en cuanto al mecanismo judicial idóneo para obtener el cumplimiento del Convenio no desvirtúa su buena fe al recibir lo que se les debía.

Referencia: Expedientes T-126.507 y 126.508

Acciones de tutela incoadas por varios médicos especialistas contra el Hospital Regional Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, el Hospital Regional de Sincelejo y el Departamento de Sucre.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisan los fallos proferidos por los juzgados Penal Municipal y Primero Promiscuo del Circuito de Corozal (Expediente T-126.507), y por los juzgados Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Sincelejo (Expediente T-126.508), al resolver sobre el asunto en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR. LAS DECISIONES JUDICIALES

Las acciones de tutela fueron incoadas así:

a) La resuelta por los juzgados Penal Municipal y Primero Promiscuo del Circuito de Corozal (Expediente T-126.507) fue promovida por Ricardo Restrepo, Alcides Gómez, Rafael Toral, Orlando Cortes, Efraín dueñas, Luis Correa, Jairo A. Perez, Enrique Barcenas, Anibal Mendoza Güete, Harol Avila, Jorge Gonzalez y Rubén Darío Dan Ramirez, todos médicos especialistas vinculados al Hospital Regional Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, contra dicho centro asistencial, la Gobernación de Sucre y el Departamento Administrativo de Salud de Sucre.

Expresaron que, según acta de compromiso del 6 de diciembre de 1994, se les había reconocido, a partir del 1 de enero de 1995, una prima técnica equivalente al 35% del salario básico, que se les pagaría mensualmente.

De acuerdo con su relato, la mencionada prima técnica se les canceló únicamente durante 1995, no así en 1996.

Dijeron haber conversado con los directivos del centro hospitalario, quienes les informaron que no se les pagaría lo correspondiente a la prima técnica durante 1996, a pesar de haberse pactado.

Señalaron que, adicionalmente, no se les cancela lo relativo a los turnos que cubren en el Hospital desde hace varios meses.

En su sentir, les fue violado el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 C.P.) y los derechos a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales y a la remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.). Además, estimaron vulnerados los principios constitucionales del Estado social de Derecho y el postulado de la buena fe.

Aclararon que instauraban la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En primera instancia, el Juzgado Penal Municipal de Coroza, mediante fallo del 7 de enero de 1997, les negó el amparo, por cuanto, a su juicio, los aludidos médicos gozaban de otro medio judicial para solucionar el agravio, según los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

Por sentencia del 14 de febrero de 1997, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Coroza revocó la providencia que negaba la tutela y ordenó al Gobernador de Sucre y al Director del Departamento Administrativo de Salud que procedieran a situar los fondos requeridos para el pago de la prima técnica y los turnos que se adeudaran a los petentes.

Al Gerente del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Coroza se le ordenó que, si no lo había hecho aún, cuando le fueran situados los fondos procediera al pago de la prima técnica de 1996 y de los turnos adeudados.

b) La demanda sobre la cual se pronunciaron los juzgados Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Sincelejo (Expediente T-126.508) fue presentada por Julio Gonzalez Silva, Alvaro Calderón Gomez Cáceres, Jairo Hernández, Jorge Hernando Paez, Ricardo Castilla Iriarte, Humberto Blanco, Juan de Dios García, Miguel Godín Diaz, Humberto José Rosa, Francisco Barragán, Jorge Luis Mercado, Rodolfo Gonzalez Arrázola, Alvaro Antonio Castillo, Roger Paternina Barón, Victor Urueta, Nestor Zamora, Anibal Vergara (al parecer, pues el nombre es ilegible en la demanda), Alberto Ursola Delgado, Leopoldo Dominguez de la Ossa, Jorge Perez Díaz, Milack Palaneth Pestana (al parecer, pues los nombres y apellidos son ilegibles en la demanda), Oscar Rebollo Aavarez, Francisco Vergara, Alberto Leyva Ramirez, William Arrollo Gomez, Ismael Quintero Caraballo, Edgardo Gómez Arismendi (en apariencia, puesto que resulta ilegible), Silfredo Arrieta Gonzalez, Juan R. Varela (aparentemente, ya que su firma es ilegible) y Anibal mendoza, todos médicos especialistas vinculados al Hospital Regional de Sincelejo, contra dicho centro asistencial, la Gobernación de Sucre y el Departamento Administrativo de Salud de Sucre.

También en este caso los actores alegaron que, según acta de compromiso del 6 de diciembre de 1994 se les reconoció una prima técnica equivalente al 35% del salario básico y que no se les canceló lo concerniente a 1996 por ese concepto ni los turnos de atención que asumen en el Hospital.

En primera instancia, según fallo del 19 de diciembre de 1996, el Juzgado Primero Municipal de Sincelejo les concedió el amparo transitorio y ordenó al Gobernador y al Departamento Administrativo de Salud de Sucre situar los fondos para el pago de la prima técnica, y al Gerente del Hospital Regional de Sincelejo proceder al pago de dicha prestación en lo relativo a 1996, y a cancelar los turnos de servicio adeudados.

Impugnado el fallo, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, por sentencia del 4 de febrero de 1997, lo modificó, concediendo la tutela definitiva de los derechos invocados, por cuanto, en su criterio, carece de sentido la protección transitoria. En efecto -dijo-, "una vez cumplida la orden, es decir, hecho el respectivo pago, carece de sentido que los accionantes instauren cualquier otra acción tendiente a que se les satisfaga lo que ya con la tutela consiguieron".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos que anteceden, según lo disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según el Decreto 2591 de 1991.

2. Las controversias de índole puramente prestacional no pueden resolverse en sede de tutela

Se ha invocado en los casos objeto de análisis la Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996, proferida por esta Sala en relación con el pago de cesantías parciales de los trabajadores de la Rama Judicial.

Debe recordarse que en el proceso correspondiente no se debatía el derecho de la accionante al pago de una prestación económica, lo que habría podido dilucidarse por la vía ordinaria, sino la vulneración del derecho a la igualdad, en cuanto se la discriminaba injustificadamente sometiéndola a la espera indefinida por la cancelación de lo que se le adeudaba, mientras que otras personas en iguales circunstancias recibían un pago inmediato por el sólo hecho de haberse sometido a determinado régimen legal.

En cambio, en los procesos acumulados de los que aquí se trata, es claro que las diferencias entre los médicos especialistas accionantes y la administración de los hospitales a los que prestan sus servicios recaían específica y directamente en el incumplimiento de un convenio de carácter laboral relativo al pago de una prima técnica, sin vinculación alguna con derechos fundamentales, por lo cual la regla aplicable no era otra que la plasmada en el artículo 86 de la Constitución: salvo el perjuicio irremediable, no cabe la tutela si existe otro medio judicial para la defensa del interesado.

Los procedimientos laborales ante la justicia ordinaria eran los indicados para que los actores -cuyo derecho no se descarta- obtuvieran adecuada resolución.

La Corte, desde la Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992, destacó:

"...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las

reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”.

Esta doctrina fue ratificada por la Sala Plena en Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992:

“...la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de provisiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”.

Así, pues, 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.

En la Sentencia T-01 del 21 de enero de 1997, esta Sala manifestó:

“En el campo laboral, aunque está de por medio el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y existen motivos para que en casos excepcionales pueda la acción de tutela ser un instrumento con mayor aptitud para salvaguardar aquél y otros derechos fundamentales, tiene lugar la regla general expuesta, ya que las controversias originadas en una relación de trabajo, bien por vinculación mediante contrato o por nexo legal y reglamentario con entidades públicas, tienen suficientes mecanismos de control, defensa y resolución en los procesos ordinarios, ampliamente desarrollados de tiempo atrás en nuestro sistema jurídico.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si

bien es cierto ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente.

Reciente fallo de unificación, proferido por la Sala Plena de la Corte reiteró:

“La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela.

(...)

En términos generales, la jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Las tutelas solicitadas han debido negarse, pues no se estableció vulneración alguna de derechos fundamentales, supuesto básico para la prosperidad del amparo.

La Corte revocará los fallos que concedieron la protección pedida, pero, si el pago de la prima técnica a los accionantes ya se hubiere producido, no habrá lugar a la devolución de las sumas correspondientes, en cuanto tal obligación únicamente tiene sustento ante la hipótesis del pago de lo no debido, y tal no es el caso de los médicos reclamantes, quienes a no dudarlo pactaron con los hospitales demandados la prestación mencionada. Que se hubieren equivocado en cuanto al mecanismo judicial idóneo para obtener el cumplimiento del Convenio no desvirtúa su buena fe al recibir lo que se les debía, según decisión judicial que en el momento del pago no había sido revocada.

DECISION

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

RESUELVE :

Primero.- **REVOCANSE** los fallos proferidos en los asuntos de la referencia por los juzgados Primero Promiscuo del Circuito de Corozal (Expediente T-126.507), Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito (Expediente T-126.508), que habían concedido la tutela a los médicos especialistas de los hospitales Regional Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal y Regional de Sincelajo.

Segundo.- Si, al momento de ser notificada esta Sentencia, ya se hubieren producido los pagos ordenados, no habrá lugar a devolución alguna.

Tercero.- **DESE** aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-333
Julio 15 de 1997

DERECHO AL MINIMO VITAL-Inclusión en nómina/PENSION-
Inclusión en nómina

la acción de tutela tiene cabida, en especial tratándose de situaciones en que el mínimo vital está comprometido, para que la persona a quien la entidad obligada ya ha reconocido su derecho a la pensión sea inscrita en nómina, con el fin de recibir el pago oportuno de sus mesadas, en acatamiento al artículo 53 de la Constitución Política.

DERECHO AL MINIMO VITAL-Pago oportuno de pensión/TUTELA
TRANSITORIA-Pago oportuno de pensión/DERECHO A LA DIGNA
SUBSISTENCIA DEL PENSIONADO-Cancelación de mesadas
en forma transitoria

Estando de por medio el mínimo vital de una persona de la tercera edad cuyo único ingreso es la mesada pensional, no cancelársela oportunamente o, como ocurre en esta ocasión, ni siquiera incorporar su nombre a la nómina, teniendo ya derecho a reclamar los pagos, implica grave amenaza para su subsistencia. La protección en tales casos se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues lo que se busca no es sustituir por la tutela el medio judicial ordinario sino impedir que el interesado, pese a su apremiante circunstancia, quede sometido a esperar una sentencia judicial que puede demorar excesivamente y producirse cuando ya el daño ocasionado a su digna subsistencia resulte irreversible.

Referencia: Expediente T-128895

Acción de tutela instaurada por Dagoberto Constante Hernandez contra el Gobernador de Córdoba.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Dagoberto Constante Hernández trabajó al servicio del Departamento de Córdoba como docente. Era profesor de medio tiempo en el Colegio Departamental de Bachillerato Nocturno de Montería y pertenecía a la nómina adicional de maestros del Departamento (personal territorial).

Dijo en la demanda, presentada por conducto de apoderado, que el 10 de octubre de 1995 había solicitado el reconocimiento y pago de su derecho a pensión vitalicia de jubilación y que ésta le fue reconocida mediante resolución del 27 de marzo de 1996, expedida por la Caja de Previsión Social de Córdoba, hoy Fondo Territorial de Pensiones y Cesantías, dependiente de la Secretaría de Hacienda del Departamento.

Sin embargo -expresó-, a la fecha en que ejerció la acción de tutela no había sido incluido en nómina ni le habían sido canceladas las mesadas pensionales ni las adicionales del mes de diciembre, a pesar de las peticiones formuladas el 10 de octubre de 1995 y el 26 de noviembre de 1996, de las cuales no ha recibido respuesta.

Invocó los derechos a la vida y al pago oportuno de las pensiones legales.

II. LA DECISION JUDICIAL REVISADA

La tutela fue negada mediante providencia del 14 de marzo de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, corporación que la consideró improcedente por cuanto, en su criterio, el actor contaba con otro medio judicial de defensa: la acción ejecutiva.

Dijo la sentencia que, en cuanto a los reajustes y reliquidación de la pensión, buscados por el accionante, tampoco era posible su reconocimiento a través de tutela, pues para ello existen las acciones contenciosas ordinarias correspondientes.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo en cita, con arreglo a los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y según el Decreto 2591 de 1991.

2. El derecho de quien ha sido reconocido como pensionado a ser inscrito en nómina. El mínimo vital del pensionado.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, la acción de tutela no procede para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Al respecto, cabe recordar lo expresado por la Sala Sexta de Revisión:

“Del examen del escrito de la demanda se desprende en forma indubitable que lo perseguido mediante el ejercicio de la acción de tutela es “el reconocimiento de la pensión mensual Vitalicia de Jubilación”. Un pronunciamiento orientado a dar cabal satisfacción a las pretensiones del peticionario, formuladas de la manera transcrita, rebasa el ámbito de la competencia del Juez de tutela, a quien, en eventos similares al presente, no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables a la finalidad de resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional en indicar que los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal. Así en sentencia No T-08 de 1992 se precisó que “se dirige pues la acción de tutela no a la discusión jurídica sino al hecho (acción u omisión) concreto, irrefragable de desconocimiento del derecho fundamental... el punto lo sabe el Juez, es bien nítido. De manera que el Juez de la tutela no puede reemplazar al Juez competente para fallar en lo que le autoriza la ley, sino que su accionar es un medio de protección de derechos propios de la persona humana en su primacía”.

La acción de tutela encaminada a la concreción de propósitos semejantes a los planteados en el caso sub lite, no está llamada a prosperar porque, se repite, es a la autoridad encargada a quien corresponde determinar, conforme a sus facultades, si reconoce o no las prestaciones demandadas y de acuerdo con ello si procede o no al pago de las mismas; cualquier motivo de inconformidad con lo decidido por la autoridad respectiva debe ventilarse, según las prescripciones legales, ante ella o ante los Jueces de la República una vez reunidos los presupuestos necesarios; la existencia, en la última hipótesis reseñada, de otros medios de defensa judicial torna improcedente el ejercicio de la acción de tutela al tenor de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 86 de la Carta, criterio que la Corte Constitucional ha acogido en numerosas ocasiones, atribuyéndole a la acción de tutela un señalado carácter subsidiario o residual ya que:

“no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los Jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar

pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce” (sentencia No 1 de 1992 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

(...)

De modo que la causal de improcedencia surge cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales para reclamar el derecho que se pretende, salvo que la acción “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, hipótesis que tampoco se configura en el caso sub exámine o tal perjuicio no ha sido acreditado en debida forma.

En atención a las consideraciones anteriores, se abstiene la Sala de pronunciarse acerca del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas demandadas por no ser de competencia del Juez de tutela la definición de los Derechos litigiosos; se confirmarán en este sentido las providencias revisadas cuyos pronunciamientos guardan relación con lo expresado por la Corte respecto de este punto.

(...)

De todo lo anterior se desprende que cuando la acción de tutela verse sobre solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente su ejercicio para decretar éstas, por existir otro medio de defensa judicial, (art. 86 C. N., decreto 2591 de 1991). salvo que se trate de amparar sólomente el Derecho de petición, ante el silencio injustificado de la entidad, con respecto a la petición o decisión sobre los recursos gubernativos”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-279 del 26 de julio de 1993. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

No obstante, la jurisprudencia de la Corte sí ha admitido que la acción de tutela tiene cabida, en especial tratándose de situaciones en que el mínimo vital está comprometido, para que la persona a quien la entidad obligada ya ha reconocido su derecho a la pensión sea inscrita en nómina, con el fin de recibir el pago oportuno de sus mesadas, en acatamiento al artículo 53 de la Constitución Política.

Sobre el particular son aplicables al caso presente los criterios sentados por la Corporación en Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

(...)

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social".

El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (CP art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades".

Es verdad que, como lo expresa el juez de instancia, la vía ordinaria para obtener el pago de las pensiones que han sido reconocidas es la del proceso ejecutivo laboral.

No obstante, consolidada doctrina constitucional acerca de los requisitos que debe reunir el medio judicial alternativo para desplazar a la tutela ha sostenido que debe ser de tal eficacia que con él se consiga el mismo objetivo de protección inmediata a derechos fundamentales que se logra con el amparo.

Estando de por medio el mínimo vital de una persona de la tercera edad cuyo único ingreso es la mesada pensional, no cancelársela oportunamente o, como ocurre en esta ocasión, ni siquiera incorporar su nombre a la nómina, teniendo ya derecho a reclamar los pagos, implica grave amenaza para su subsistencia.

Como lo expresó recientemente la Sala Plena, la jurisprudencia constitucional ha restringido, con arreglo a la Carta Política, el alcance procesal de la acción de tutela, pero excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales tienen conexidad, en ciertas circunstancias, con pretensiones amparables a través de la acción de tutela.

"Ello se presenta -ha destacado la Corte- 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" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En situaciones tan delicadas como las que exhibe el aquí accionante, quien carece de todo ingreso y ni siquiera recibe la modesta pensión que le ha sido reconocida (\$235.744) y desde el 27 de marzo de 1996 -fecha de expedición de la resolución correspondiente- espera inútilmente ser inscrito en nómina, cabe la acción de tutela, pues como lo ha indicado la Corte, “someterlo al trámite de un proceso ejecutivo laboral implicaría la prolongación de circunstancias desfavorables que le impiden temporalmente llevar una existencia digna” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-212 del 14 de mayo de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Desde luego, la protección en tales casos se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues lo que se busca no es sustituir por la tutela el medio judicial ordinario sino impedir que el interesado, pese a su apremiante circunstancia, quede sometido a esperar una sentencia judicial que puede demorar excesivamente y producirse cuando ya el daño ocasionado a su digna subsistencia resulte irreversible.

Ahora bien, no entiende la Corte la inoperancia de la administración departamental, que si reconoció la pensión de jubilación desde el 27 de marzo de 1996, ha debido adelantar desde entonces las gestiones necesarias para incluir en el presupuesto de la siguiente vigencia -la actual- las partidas necesarias para el pago de la pensión, cuya cuantía no es ciertamente muy significativa en relación con sus disponibilidades.

Las anteriores argumentaciones son suficientes para considerar que en el presente caso la tutela es el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales que se encuentran comprometidos y cuya salvaguarda no se podría asegurar debidamente en un proceso ordinario, dado que están en juego la subsistencia y la propia vida del solicitante y de su familia, razón que llevará a la Sala a revocar el fallo proferido por el juez de instancia y a ordenar el pago del valor correspondiente a la pensión mínima para asegurar el mínimo vital.

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.- **REVOCAR** el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba el día catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), al resolver sobre la acción de tutela incoada por Dagoberto Constante Hernández, contra el Departamento de Córdoba. En su lugar **CONCEDESE**, como mecanismo transitorio, la protección de los derechos a la vida, el trabajo y la digna subsistencia del pensionado, cuyo mínimo vital está afectado.

Segundo.- **ORDENASE** al Gobernador del Departamento de Córdoba que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, disponga lo pertinente para que el accionante sea inscrito en nómina y se le cancelen las mesadas que se le adeudan. En caso de no existir partida presupuestal, el Gobernador deberá, en el mismo término, iniciar las gestiones correspondientes para estos pagos, las cuales deberán concluir en un término máximo de tres (3) meses.

Tercero.- 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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZCABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-334
Julio 15 de 1997

**ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio oportuno de medios
judiciales/ACCION DE TUTELA-No es un recurso adicional**

Si el accionante dejó pasar la oportunidad que tenía, a la luz del ordenamiento jurídico en vigor, para utilizar los mecanismos de protección propicios, con miras a alcanzar sus pretensiones, no es la tutela el procedimiento sustitutivo de los medios judiciales que el peticionario dejó de utilizar. Su naturaleza, no es la de recurso adicional encaminado a lograr una decisión favorable para el actor, cuando ya éste ha fracasado en la utilización de los ordinarios o cuando ha dejado de acudir a ellos. No cabe la tutela ni siquiera con carácter transitorio por no darse aquí la hipótesis de un perjuicio irremediable y por cuanto, además, vencidos como estaban -al presentar la demanda de tutela- los términos para ejercer las acciones pertinentes contra el acto administrativo, no existe la posibilidad de una futura decisión definitiva que sirva como punto de referencia para la protección temporal.

**DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Mora de aportes patronales/
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad del patrono por
mora en aportes**

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. Si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que esta 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.

Referencia: Expediente T-129024

Acción de tutela incoada por Eustaquio Albarracín Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales -Seccional Antioquia-.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín sobre la acción en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

El 9 de agosto de 1995, el actor, Eustaquio Albarracín Díaz de sesenta y dos años, presentó al Instituto de Seguros Sociales una solicitud de reconocimiento de las prestaciones económicas por vejez.

Su último patrono había sido "Metalúrgicas R.A. LTDA", empresa que se hallaba en mora en el pago de los aportes, motivo por el cual el Instituto, mediante acto del 26 de enero de 1996, negó la prestación solicitada.

Dijo el actor que, entonces, solicitó se le liquidaran los aportes que adeudaba la empresa, a lo cual también obtuvo respuesta negativa, pues argumentó el Seguro que la mora no afectaba su historia laboral y que, por tanto, no había posibilidad de liquidar el aporte.

El accionante estimó violados los artículos 13 -inciso 3-, 46 y 53 -parágrafo 3- de la Constitución Política y solicitó al juez de tutela que le otorgara protección, dada su lamentable situación económica.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA

La acción de tutela incoada fue declarada improcedente por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 14 de marzo de 1997, por cuanto, a su juicio, el actor contaba con otro medio judicial para alcanzar sus pretensiones, cual era la iniciación de un proceso ordinario laboral.

Dictaminó, además, que en este caso no se configuraba un perjuicio irremediable.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar la indicada sentencia, según lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991.

2. La acción de tutela no suple el medio ordinario que el solicitante ha dejado de usar para la defensa de sus intereses

Una vez más reitera la Corte Constitucional que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y que, por lo tanto, no cabe cuando al alcance del interesado existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos, salvo el caso -verificado sin duda por el juez- de la inminencia de un perjuicio irremediable.

Ya en la Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992 se dijo:

"...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce".

En la Sentencia T-07 del 13 de mayo de 1992 se precisó:

"...la acción de tutela no procede, según el artículo 86 de la Carta, cuando el presunto afectado disponga de otros medios de defensa judicial.

Allí radica precisamente la naturaleza subsidiaria de esa acción, la cual no es mecanismo alternativo o sustitutivo de los procesos que, de conformidad con las reglas constitucionales y legales, están a cargo de las distintas jurisdicciones.

Insiste la Corte en que la única posibilidad de intentar la acción de tutela, cuando se dispone de otros medios judiciales para la protección del derecho que se invoca, es la que resulta de un inminente perjuicio irremediable...".

(...)

"... si el titular de la acción correspondiente, es decir, la persona así protegida por el ordenamiento jurídico, hace uso de ella y, en efecto, tiene acceso a la administración de justicia, su demanda de defensa judicial ha sido satisfecha, quedando, eso sí, sujeto a la decisión del tribunal competente, y no tiene razón alguna para acudir a un mecanismo como la tutela, ideado precisamente para cuando esos otros medios específicos, previstos y regulados, que le dan acceso a la administración de justicia, no existen.

Si, por el contrario, el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad

jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”.

Es decir, si el accionante dejó pasar la oportunidad que tenía, a la luz del ordenamiento jurídico en vigor, para utilizar los mecanismos de protección propicios, con miras a alcanzar sus pretensiones, no es la tutela el procedimiento sustitutivo de los medios judiciales que el peticionario dejó de utilizar. Su naturaleza, como se subrayó en la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, no es la de recurso adicional encaminado a lograr una decisión favorable para el actor, cuando ya éste ha fracasado en la utilización de los ordinarios o cuando ha dejado de acudir a ellos.

En el mismo sentido se pronunció esta Sala en Sentencia T-036 del 2 de febrero de 1994 y lo hizo ver una vez más la Sala Plena en la Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se afirmó:

“Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”.

Como este es precisamente el caso del actor, quien no ejerció oportunamente la acción contenciosa que cabía contra el acto administrativo que le negó la pensión, y ni siquiera agotó la vía gubernativa para acceder a la jurisdicción, mal podría prosperar su solicitud de tutela. Esta no cabe ni siquiera con carácter transitorio por no darse aquí la hipótesis de un perjuicio irremediable y por cuanto, además, vencidos como estaban -al presentar la demanda de tutela- los términos para ejercer las acciones pertinentes contra el acto administrativo, no existe la posibilidad de una futura decisión definitiva que sirva como punto de referencia para la protección temporal.

No obstante lo anterior, la Sala considera indispensable conminar al Instituto de Seguros Sociales para que revise la situación de la pensión de vejez del señor Eustaquio Albarracín Díaz persona de la tercera edad que merece la especial protección del Estado y quien podría tener derecho a la prestación que pide, de conformidad con la certificación del Coordinador

de Afiliación y Registro de ese organismo, fechada el 13 de marzo de 1997, que obra a folio 29 del expediente y en la cual se afirma que la mora de la empresa "Metálicas R.A. Ltda" se produjo en abril de 1996 y el retiro de Albarracín había sido en marzo del mismo año, como expresa la certificación.

El Instituto tiene la facultad para revocar directamente la resolución mediante la cual negó la prestación al solicitante y para volver a examinar su situación jurídica.

En todo caso, como el actor no puede quedar desprotegido por causa de la mora de su antiguo patrono, el ISS debe adoptar las medidas necesarias para el recaudo de las sumas dejadas de percibir.

3. Responsabilidad del patrono ante el trabajador por no cotizar para su seguridad social

Que no quepa en este caso la tutela no implica en modo alguno que se pueda dar paso a la total indefensión del accionante.

El Estado garantiza, según el artículo 53 de la Constitución, el derecho al pago oportuno de las pensiones legales y a su reajuste.

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 esta 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.

Si en este caso no se adopta decisión alguna que obligue a la empresa a cumplir sus obligaciones mínimas, habiendo incurrido ella en abierta transgresión de la Carta Política y ocasionado grave perjuicio a una persona de la tercera edad, tal decisión tiene origen, además de la improcedencia

anotada, en la circunstancia de no haberse incoado la demanda de tutela contra el patrono, pero no porque considere la Corte que carezca el extrabajador de elementos suficientes para reclamarle por el daño que le causa.

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 el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín el catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Eustaquio Albarracín Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales.

Segundo.- No obstante, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Medellín, deberá revisar lo relativo al reconocimiento de la pensión de vejez de Eustaquio Albarracín Díaz, teniendo en cuenta la certificación expedida por el propio Instituto, según la cual se había cumplido con las semanas de afiliación necesarias para acceder a la pensión, pues la mora de la empresa "Metálicas R.A. Ltda" se inició después del retiro del citado trabajador.

Igualmente, adoptará las medidas administrativas e incoará las acciones que fueren indispensables para recaudar lo adeudado por la citada compañía por concepto de las cotizaciones referentes a la seguridad social del actor, sin que la revisión en referencia dependa de los resultados de tales gestiones.

Tercero.- 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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLER,O Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALENO, Secretaria General

SENTENCIA No T-335

Julio 15 de 1997

DERECHO DE PETICION-Resolución material de la solicitud

AUTORIDAD PUBLICA-Subordinación no es elemento esencial para procedencia de tutela

La Constitución contempla las situaciones de subordinación e indefensión, al lado de otras, como factores que determinan si en un cierto caso procede, excepcionalmente, la acción de tutela contra particulares. No así para los eventos en los que el derecho o los derechos invocados pueden estar en peligro o ser vulnerados por autoridades o servidores públicos, ya que en tales ocasiones la indefensión del ciudadano ante el poder del aparato estatal se presume.

ACCION DE TUTELA-Autonomía para protección de derechos fundamentales

La acción de tutela es un instrumento autónomo, de rango constitucional, cuya finalidad -la protección de los derechos fundamentales-, por la inmediatez que le es inherente, puede impetrarse del Estado con base en su sola e informal interposición, sin que dependa de otro procedimiento judicial ni tenga que intentarse en conjunto con el ejercicio de acciones judiciales diferentes, ordinarias o especiales.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Tutela es autónoma/
TUTELA TRANSITORIA-Autonomía

Excepción a la regla aplicable es la circunstancia del perjuicio irremediable, que debe ser establecida sin duda por el juez, y que parte del supuesto de que hay otro medio judicial de defensa cuyo trámite procesal no solucionaría de manera inmediata el conflicto ni salvaguardaría con eficiencia el derecho, lo cual amerita, según el mandato constitucional, la protección transitoria de aquél. Aun en el evento del perjuicio irremediable, pese a la existencia de un procedimiento judicial alternativo, la acción de tutela es autónoma. No depende de la utilización de la vía ordinaria por el afectado. Por el contrario, la sustituye transitoriamente, en cuanto resulta apta para resolver

lo que el proceso respectivo todavía no puede solucionar. Distinto es que, para subrayar precisamente el carácter transitorio del amparo en esas circunstancias, el ordenamiento jurídico haya impuesto al favorecido con la prosperidad de la tutela la carga de ejercer la acción ordinaria a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes, so pena de que la orden judicial impartida pierda efecto.

CIRCULARES INTERNAS DE LA ADMINISTRACION-Inconstitucionalidad de requisitos exigidos a particulares

La Corte estima necesario, por razones de pedagogía constitucional, referirse a las circulares internas que en ocasiones pretende la Administración hacer oponibles a los administrados. Mediante estos mecanismos se crea toda una "legislación" paralela a la establecida por el Congreso, altamente perjudicial para los usuarios en cuanto complica en extremo su información y comprensión acerca de los derechos que los asisten y toda vez que introduce de manera recurrente nuevos requisitos y trámites que dificultan el efectivo acceso de las personas a los servicios que presta el Estado y aun el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pero, ante todo, esos actos, toda vez que agreguen nuevos requisitos, trámites y documentos no contemplados por el legislador, para obtener el reconocimiento de un derecho, para ejercer una actividad, o para cumplir una obligación frente al Estado, son abiertamente inconstitucionales, pues chocan de manera directa con lo dispuesto en la Constitución Política.

Referencia: Expediente T-129077

Acción de tutela incoada por Gustavo Portela García contra Cajanal

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) del mes julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia el 21 de marzo de 1997.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Gustavo Portela García tiene 52 años. Laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas -hoy de Transporte- desde el 18 de julio de 1973 hasta el 31 de diciembre de 1994.

Dijo haber cotizado a la Caja Nacional de Previsión durante más de mil semanas y afirmó que le había sobrevenido una parálisis dentro del año siguiente a la última cotización.

Acudió a la Caja con el objeto de que se le reconociera su pensión de jubilación desde el 31 de diciembre de 1994, o la de invalidez conforme a los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993.

A su petición se le respondió en el sentido de que debía esperar ocho meses, "los cuales no resisto porque ya estoy moribundo", dijo el accionante.

Consideró que la renuencia injustificada de CAJANAL a responderle implicaba amenaza a su derecho a la vida y desconocimiento de sus derechos a la salud y a la seguridad social, por lo cual ejerció la acción de tutela, solicitando que se ordenara la prestación de sus servicios de salud y la respuesta a su solicitud.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA

Mediante sentencia del 21 de marzo de 1997, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia se negó a conceder la tutela.

Consideró el Juez que el accionante no se encontraba en circunstancias de subordinación frente a Cajanal y que, por tanto, no era viable la protección pedida.

Señaló además que al peticionario no se le conculcó derecho constitucional alguno, "pues de la pretensión se dilucida que persigue la expedición de un acto administrativo que le reconozca la pensión de jubilación cuya solicitud está en trámite y se le ha manifestado, como lo dice él mismo, que su término es de ocho meses, por lo que con la presente acción pretende que el mencionado acto se produzca en un lapso menor, posición que no puede avalarse porque sería dar un trato preferencial en comparación con los demás solicitantes y frente a ellos se atendería contra el derecho fundamental a la igualdad...".

Expresó también:

"El Juzgado no desconoce la situación precaria y lamentable del accionante. No obstante, no considera Viable concederla (tutela) ni como mecanismo transitorio porque ello no opera en forma directa, sino de manera conjunta con la acción judicial ordinaria que se seleccione y ante el juez competente para conocer de ambas, situación que no se presenta en el caso examinado".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

A esta Corte compete revisar el fallo mencionado, según las disposiciones de los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con arreglo a las prescripciones del Decreto 2591 de 1991.

2. Vulneración del derecho de petición

Está probado (Folio 11) que el actor presentó a CAJANAL, por conducto de apoderado, solicitud de pensión mensual vitalicia por vejez, cuyo trámite se inició en ese organismo el 21 de noviembre de 1996, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela se le hubiera dado respuesta de fondo acerca de la petición.

Según el accionante, lo único que se le dijo en CAJANAL al respecto tuvo relación con un supuesto trámite interno de ocho meses, al cual debería esperarse para saber si tenía o no derecho a la pensión.

Para la Corte es claro que, al no recibir el peticionario una respuesta clara y contundente sobre el asunto objeto de su solicitud, dentro de los términos legales, se le ha conculcado el derecho fundamental previsto en el artículo 23 de la Constitución Política.

Tal violación se presenta aun en el supuesto de que se le hubiera avisado que la entidad le resolvería en cierto término, según lo expresó esta misma Sala en reciente fallo, cuyos términos se transcriben:

"Quien eleva una petición, en tanto sea respetuosa, tiene derecho a la respuesta y ésta debe ser oportuna -dentro de los términos señalados en la ley-, entrar al fondo del asunto planteado por el peticionario y resolver sobre él, desde luego siempre que el funcionario sea competente para ello.

No constituye respuesta y, por lo tanto, salvo el caso excepcionalísimo -que debe hallarse justificado respecto de la petición individual de que se trate- previsto en la segunda parte del artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, implica flagrante desconocimiento del derecho del peticionario aquella manifestación verbal o escrita en el sentido de que se le resolverá después, como ha acontecido en esta ocasión.

En efecto, dice el artículo citado:

"Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta". (Se subraya)

Una interpretación laxa de esta disposición llevaría al palmario desconocimiento del artículo 23 de la Carta Política, que, como ya se ha visto, exige pronta respuesta.

Por tanto, su aplicación ha de ser excepcional, extraordinaria, alusiva exclusivamente a la imposibilidad de la administración de contestar dentro del término una determinada y específica petición. Esto es, la autorización legal en comento debe entenderse con criterio restrictivo y de ninguna manera general.

Por eso, no puede convertirse en mecanismo usual y generalizado como el puesto en vigencia por la Caja Nacional de Previsión, entidad que, según se aprecia en las pruebas aportadas, ha mandado imprimir formatos en computador (Ver folios 9 y 10 del expediente), que consagran indiscriminadamente tal fórmula, extensivos invariablemente a todas las solicitudes o, cuando menos, a un buen número de ellas. No, la apreciación acerca de la pertinencia de la norma transcrita debe hacerse en el caso concreto y expresando las dificultades que él ofrece para que, en ese evento, la resolución de la petición no tenga lugar en tiempo.

Con este tipo de argucias se busca mantener vigente el concepto equivocado de que la exigencia constitucional resulta satisfecha con una contestación formal pero en verdad se ha dejado a la persona sin saber a qué atenerse sobre su petición y se ha prolongado abusivamente el término señalado por el legislador para resolver.

El artículo 9 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) remite, en todos aquellos aspectos que su Capítulo III no consagra para las peticiones en interés particular, a las disposiciones del Capítulo II -peticiones en interés general-. Dentro de éste, el artículo 6, con la salvedad excepcional ya comentada, contempla un término de quince (15) días para decidir peticiones como la que constituye materia de examen". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-296 del 17 de junio de 1997).

Se revocará el fallo de instancia y se concederá la tutela, ordenando a Cajanal que responda al peticionario, resolviendo materialmente sobre su solicitud, en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de esta sentencia.

Aunque la acción de tutela se propuso como mecanismo transitorio, se concederá definitiva en cuanto al derecho de petición, habida cuenta de que, para el fin buscado -la efectiva resolución sobre la solicitud- no existe medio judicial alternativo.

Ahora bien, puesto que la prestación de los servicios médicos y asistenciales que demanda el actor habrá de depender de su calidad de pensionado y es precisamente su derecho a la pensión lo que será resuelto por la Caja de Previsión al decidir de fondo sobre su solicitud, no es el caso de otorgar el amparo en ese aspecto. Menos, si se tiene en cuenta que dentro del material probatorio no obra prueba alguna acerca de que exista una amenaza actual y cierta para la vida del peticionario.

3. La subordinación del peticionario respecto de la entidad demandada no es elemento esencial para que proceda la tutela cuando se trata de autoridades públicas

No acoge la Corte el criterio plasmado en la sentencia que se revisa, consistente en que la tutela era improcedente por no haberse comprobado que el actor se encontrara, respecto de la Caja Nacional de Previsión, en estado de subordinación.

No puede olvidarse que se trataba de una entidad pública.

La Constitución contempla las situaciones de subordinación e indefensión, al lado de otras, como factores que determinan si en un cierto caso procede, excepcionalmente, la acción de tutela contra particulares. No así para los eventos en los que el derecho o los derechos invocados pueden estar en peligro o ser vulnerados por autoridades o servidores públicos, ya que en tales ocasiones la indefensión del ciudadano ante el poder del aparato estatal se presume.

Como esta Sala lo ha puesto de presente varias veces, la acción de tutela ha sido consagrada precisamente como medio jurídico enderezado a realizar, en circunstancias específicas y merced a la intervención de los jueces, un mínimo equilibrio entre el gobernado, de por sí débil ante la autoridad pública, y ésta, cuya fortaleza está dada tanto por los instrumentos de coerción de los que dispone como por el hecho de que, en razón de su investidura, puede exigir del particular respeto y obediencia.

Es justamente esa posición dominante de la autoridad pública la que, en la práctica, resulta propicia a los abusos y a las actuaciones u omisiones lesivas de los derechos básicos de la persona común que ante ella acude o que, por cualquier motivo, cae dentro de su área efectiva de influencia o decisión.

Es ello lo que justifica la existencia de acciones y procedimientos orientados a la defensa del administrado, entre ellos la acción de tutela, cuya procedencia no depende de que quien la usa demuestre en cada caso que se encuentra indefenso o que está subordinado respecto del demandado.

4. Autonomía de la acción de tutela como mecanismo apto para la protección de los derechos fundamentales. El caso de la tutela transitoria

También se hace indispensable rectificar lo aseverado por el juez de instancia acerca de que otra de las razones de improcedencia de la acción instaurada estribaba en no operar la tutela transitoria “en forma directa, sino de manera conjunta con la acción judicial ordinaria que se seleccione”.

La acción de tutela es un instrumento autónomo, de rango constitucional, cuya finalidad -la protección de los derechos fundamentales-, por la inmediatez que le es inherente, puede impetrarse del Estado con base en su sola e informal interposición, sin que dependa de otro procedimiento judicial ni tenga que intentarse en conjunto con el ejercicio de acciones judiciales diferentes, ordinarias o especiales.

Y así ocurre cabalmente porque uno de sus presupuestos, en los términos del artículo 86 de la Constitución, es el de que, para el objetivo buscado, la persona no disponga de otro medio judicial idóneo, evento en el cual se prefiere éste (Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-01 del 3 de abril de 1992, T-03 del 11 de mayo de 1992, C-543 del 1 de octubre de 1992 y T-01 del 21 de enero de 1997, entre otras).

Excepción a la regla aplicable en la hipótesis mencionada es la circunstancia del perjuicio irremediable, que debe ser establecida sin duda por el juez, y que parte del supuesto de que hay otro medio judicial de defensa cuyo trámite procesal no solucionaría de manera inmediata el conflicto ni salvaguardaría con eficiencia el derecho, lo cual amerita, según el mandato constitucional, la protección transitoria de aquél.

Aun en el evento del perjuicio irremediable, pese a la existencia de un procedimiento judicial alternativo, la acción de tutela es autónoma. No depende de la utilización de la vía ordinaria por el afectado. Por el contrario, la sustituye transitoriamente, en cuanto resulta apta para resolver lo que el proceso respectivo todavía no puede solucionar.

Distinto es que, para subrayar precisamente el carácter transitorio del amparo en esas circunstancias, el ordenamiento jurídico haya impuesto al favorecido con la prosperidad de la tutela la carga de ejercer la acción ordinaria a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes, so pena de que la orden judicial impartida pierda efecto (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991).

Eso es bien distinto de pretender, como lo hizo el juez de instancia, que, para la presentación de la demanda de tutela transitoria debiera a la vez y obligatoriamente procederse por la vía ordinaria, lo cual no es exigido por la Constitución ni por la ley, y mal podía serlo, dada la urgencia de la hipótesis en que se funda la inminencia de un perjuicio irremediable que reclama protección transitoria.

Desde luego, el uso simultáneo de la acción de tutela y del medio judicial ordinario está previsto en el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, pero como facultativo, jamás con carácter obligatorio. Se trata de una de las opciones de las que goza la persona afectada, pero no de un requisito de procedibilidad de la acción de tutela en su forma transitoria.

5. Inconstitucionalidad de los requisitos exigidos a los particulares mediante circulares internas de las entidades administrativas

Aunque la Corte no entrará a resolver acerca de si el solicitante tiene derecho o no a la protección médica y asistencial que demanda, según lo expuesto, estima necesario, por razones de pedagogía constitucional, referirse a las circulares

internas que en ocasiones pretende la Administración hacer oponibles a los administrados.

Se encuentra una de ellas en el expediente (031 del 8 de mayo de 1996. Folio 15), enviada por el Director de la Caja Nacional de Previsión a los subdirectores, jefes de oficina, directores seccionales, jefes de división y demás funcionarios del organismo, en la cual se fijan reglas sobre afiliación de los prepensionados al sistema de seguridad social en salud y se establecen normas adicionales respecto de otras tres circulares anteriores.

Considera la Corte que mediante estos mecanismos se crea toda una "legislación" paralela a la establecida por el Congreso, altamente perjudicial para los usuarios en cuanto complica en extremo su información y comprensión acerca de los derechos que los asisten y toda vez que introduce de manera recurrente nuevos requisitos y trámites que dificultan el efectivo acceso de las personas a los servicios que presta el Estado y aun el cumplimiento de sus propias obligaciones.

Pero, ante todo, esos actos, toda vez que agreguen nuevos requisitos, trámites y documentos no contemplados por el legislador, para obtener el reconocimiento de un derecho, para ejercer una actividad, o para cumplir una obligación frente al Estado, son abiertamente inconstitucionales, pues chocan de manera directa con lo dispuesto en los artículos 84 y 333 de la Constitución Política.

En el caso concreto, por ejemplo, al accionante no le es oponible la circular mencionada -que, por ser interna, no lo tiene a él por destinatario-, si establece normas no consagradas por la ley, y menos todavía si consagra nuevos requisitos para obtener la atención de su salud.

DECISION

Con fundamento en las precedentes 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 por el Juez Primero Civil del Circuito de Florencia el 21 de marzo de 1997, por medio del cual negó la tutela interpuesta.

Segundo.- **CONCEDESE** la tutela del derecho de petición y ordénase al Director General de la Caja Nacional de Previsión que resuelva sobre el fondo de la solicitud presentada por Gustavo Portela García en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo.

Al resolver sobre los servicios de salud que reclama el peticionario, la Caja Nacional de Previsión se abstendrá de aplicar la Circular número 031 del 8 de mayo de 1996 y las números 016 de marzo 13, 021 de abril 8 y 025 de abril 22 del mismo año, en cuanto establezcan requisitos, exigencias, trámites, presentación de documentos y reglas que no hayan sido expresamente contemplados en normas legales vigentes.

Tercero.- El desacato a lo aquí ordenado dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Esta sentencia se notificará personalmente al Director General de la Caja Nacional de Previsión.

Cuarto.- **LIBRESE** la comunicación prevista 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

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-336
Julio 15 de 1997

REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Alcance de su procedencia

No obstante la facultad de la administración de revocar sus propios actos, carece ella de un carácter absoluto, pues en su ejercicio no puede atropellar los derechos de los particulares. Cabe la tutela para dejar sin efectos el acto de revocación y ordenar a la respectiva autoridad que cumpla, a favor del afectado, el acto inicial por ella proferido, en el que hubiese reconocido o creado un derecho individual. Desde luego, la administración está autorizada expresamente por el Código Contencioso Administrativo para revocar, sin el consentimiento de la persona favorecida, el acto administrativo obtenido ilícitamente. En tales hipótesis, no cabe duda de que en el origen de la situación jurídica individual que se reclama existe un vicio, que si es conocido por la Administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si éste se hubiese adquirido al amparo de la ley. En realidad, la circunstancia expuesta indica que el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos. Pero, como puede verse, se trata de una excepción, que por tanto debe ser entendida y aplicada con carácter restrictivo.

PENSION DE JUBILACION-Inexistencia de ilegalidad o fraude para su reconocimiento/REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia de ilegalidad o fraude/ TUTELA TRANSITORIA-Continuación pago de mesadas pensionales

No hay evidencia de la ilegalidad, o del fraude -como lo denominó la administración- para lograr el reconocimiento de la pensión. Brillan por su ausencia elementos objetivos convincentes e indudables que comprometan a la actora en la comisión de hechos punibles. Ello no se opone a la investigación penal que puede iniciarse y que la propia administración debería impulsar si considera que hubo actuaciones delictivas en el curso del trámite que culminó con el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora. Pero la actual falta de certidumbre sobre un ilícito comportamiento de la interesada no permite la

aplicación unilateral de la facultad revocatoria excepcional, en la que no encaja el caso. La Administración no podía revocar el acto positivo mediante el cual había reconocido la pensión -con lo cual había creado un derecho particular-, sin contar con la anuencia escrita y expresa de su titular. La única vía que le quedaba era la de demandar su propio acto, conducta ésta que, juzga la Corte, es la que debe seguirse. Dado el perjuicio irremediable que afronta la accionante en razón de hallarse de por medio su mínimo vital, siendo las mesadas pensionales su único ingreso, concederá, como mecanismo transitorio, la protección del derecho al debido proceso, dejando temporalmente sin efectos la resolución que revocó el acto administrativo en que se reconocía su pensión de jubilación.

Referencia: Expediente T-129088

Acción de tutela instaurada por Antonia Del Carmen Muñoz De Madrid, contra el Gobernador y el Tesorero del Departamento de Córdoba.

Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los quince (15) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Montería al resolver sobre la acción de tutela en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Acudió al estrado judicial Antonia del Carmen Muñoz de Madrid para decir que el Gobernador de Córdoba, Carlos Buelvas Aldana, y el Tesorero del Departamento, Goerín Florez Díaz, habían violado sus derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, que habían puesto en peligro su vida y que habían desconocido los mandatos del artículo 53 de la Constitución Política.

Explicó que, mediante resolución expedida el 11 de marzo de 1996, se le había reconocido su pensión de jubilación y se había ordenado el pago de mesadas atrasadas, pero que el 6 de febrero de 1997 el Gobernador de Córdoba había revocado unilateralmente dicho acto, a la vez que el Tesorero, pese a no estar ejecutoriado el acto de revocación, se había abstenido de cancelarle los meses de diciembre de 1996 y enero de 1997.

Declaró que, en su sentir, el Gobernador se había tomado atribuciones de poder absoluto, convirtiéndose en juez y parte, al establecer en una resolución que se había configurado una afiliación fraudulenta. Al parecer, la solicitante no tenía el tiempo de servicios -20 años-, según investigación interna adelantada por la Administración (Jefatura de Personal). Y ello -afirmó- "a pesar de que existe un

certificado expedido por el Jefe de Personal que sí lo certifica”.

II. LA DECISION JUDICIAL MATERIA DE EXAMEN

La tutela fue negada por el Juez Segundo Civil Municipal de Montería, quien, en Sentencia del 17 de marzo de 1997, consideró que la accionante había podido utilizar otros medios judiciales de defensa, ante la jurisdicción contencioso administrativa, y que no se encontraba en el caso de un perjuicio irremediable.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo en mención, según lo disponen los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

2. La revocación del acto administrativo que ha creado una situación jurídica particular y concreta o constituido un derecho de la misma naturaleza. Revocabilidad del acto ficto de origen ilegal. El acto positivo manifiestamente ilícito. Deber administrativo de provocar la investigación penal. Transitoriedad de la petición

Está probado que en el caso materia de examen la Administración del Departamento de Córdoba, por conducto de su Caja de Previsión, había reconocido a favor de la accionante su pensión de jubilación, y que posteriormente, de manera unilateral, sin el consentimiento de aquélla, el Gobernador del Departamento, apoyado en una investigación administrativa interna, revocó tal reconocimiento y suspendió todo pago de mesadas pensionales.

Bien se sabe que, como lo ha destacado la Corte, no obstante la facultad de la administración de revocar sus propios actos, carece ella de un carácter absoluto, pues en su ejercicio no puede atropellar los derechos de los particulares.

Por eso, según lo manda el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, para que tal revocación pueda efectuarse, en el evento de haberse creado una situación jurídica particular y concreta o un derecho de la misma naturaleza, debe contar con la autorización expresa y escrita de su titular.

Al respecto señaló con claridad esta Corte que “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 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” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Esta Sala, por su parte, ha manifestado:

“En cuanto a la revocación que la administración haga de sus propios actos, la Corte reitera que no puede tener cabida cuando mediante ellos se han creado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto o se han reconocido derechos de la misma categoría, salvo que medie el consentimiento expreso y escrito del mismo titular. La decisión unilateral del ente público toma de sorpresa al afectado, introduce un pernicioso factor de inseguridad y desconfianza en la actividad administrativa, quebranta el principio de la buena fe y delata indebido aprovechamiento del poder que ejerce, sobre la base de la debilidad del administrado”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996).

Cabe la tutela, entonces, para dejar sin efectos el acto de revocación y ordenar a la respectiva autoridad que cumpla, a favor del afectado, el acto inicial por ella proferido, en el que hubiese reconocido o creado un derecho individual.

Desde luego, como también lo ha reiterado la Corte, la administración está autorizada expresamente por el artículo 73, inciso 3, del Código Contencioso Administrativo para revocar, sin el consentimiento de la persona favorecida, el acto administrativo obtenido ilícitamente.

En tales hipótesis, no cabe duda de que en el origen de la situación jurídica individual que se reclama existe un vicio, que si es conocido por la Administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si éste se hubiese adquirido al amparo de la ley.

En realidad, la circunstancia expuesta indica que el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos.

Pero, como puede verse, se trata de una excepción, que por tanto debe ser entendida y aplicada con carácter restrictivo.

La Corte en esta materia debe reiterar:

“Es cierto que según el inciso 2o. del art. 73 en referencia es posible la revocación de los actos administrativos de contenido subjetivo o particular y concreto “cuando resulten del silencio positivo, si se dan las causales previstas en el art. 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”; pero esta norma debe ser entendida en el sentido de que hace alusión exclusivamente al llamado acto presunto, producto del silencio administrativo positivo, que ha reconocido una situación jurídica particular o un derecho subjetivo a una persona”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-347 del 3 de agosto de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Así, pues, esta Corporación comparte, en principio, el criterio expresado por el Consejo de Estado (Sentencia del 18 de julio de 1991), según la cual “los únicos actos de carácter particular que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo”, ya que tanto las causales establecidas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, a las que remite el 73 **Ibídem**, como la de haberse perfeccionado el acto por medios ilegales tienen por presupuesto que el acto objeto de revocación tenga el carácter de ficto, es decir, que pertenezca a la categoría indicada. De lo contrario -esto es, si no se produjo en virtud del silencio administrativo positivo-, la revocación unilateral no procede, a menos que se trate de una abrupta, abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada, cuya persistencia implique grave y actual quebranto al orden jurídico (Ver sentencias T-639 del 22 de noviembre de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-376 del 21 de agosto de 1996. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)

Es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así.

Obviamente, la Administración se compromete con lo que afirma, y ello significa que responderá por las imputaciones infundadas que haga si después los jueces no encuentran configurados actos delictivos o si no son responsables aquellas personas que se sindicaron en el acto administrativo.

De otra parte, contra el acto que afecte injustificadamente la honra o el buen nombre de personas en concreto cabe la acción de tutela, según lo ha definido la jurisprudencia de esta Corte, con independencia de las acciones penales y civiles que puedan intentar los afectados.

En el caso materia de examen, no era aplicable el artículo 73, inciso 3, del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no se trataba de un acto administrativo ficto originado en el silencio administrativo positivo, sino de un acto producido por la administración al resolver positivamente sobre una solicitud de pensión, respecto del cual no se da la enunciada característica de una ostensible violación del orden jurídico vigente.

Para la Corte, no hay **evidencia** de la ilegalidad, o del fraude -como lo denominó la administración- para lograr el reconocimiento de la pensión. Brillan por su ausencia elementos objetivos convincentes e indudables que comprometan a la actora en la comisión de hechos punibles.

Ello no se opone a la investigación penal que puede iniciarse y que la propia administración debería impulsar si considera que hubo actuaciones delictivas en

el curso del trámite que culminó con el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora. Pero la actual falta de certidumbre sobre un ilícito comportamiento de la interesada no permite la aplicación unilateral de la facultad revocatoria excepcional, en la que no encaja el caso.

En efecto, expresa la Resolución 0000405 del 6 de febrero de 1997, expedida por el Gobernador de Córdoba, que “la señora Antonia del Carmen Muñoz de Madrid, para acceder a su pensión de jubilación, aportó certificado de tiempo de servicios expedido por el Jefe de Personal del Departamento de Córdoba, donde consta que laboró veintiún (21) años, tres (3) meses y cero (0) días. Con fundamento en esta documentación y establecido el requisito de la edad, mediante fotocopia de la cédula de ciudadanía y partida de bautismo expedida por la Parroquia San Jerónimo de Montería, se profirió la Resolución No. 6011 de marzo 11 de 1996, por la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a dicha señora”.

A renglón seguido añade que “mediante investigación administrativa ordenada por el suscrito e información del Jefe de Personal del Departamento de fecha 4 de febrero de 1997, donde manifiesta “mediante el presente escrito y para los fines pertinentes me permito informarle que revisados los archivos que se llevan en esta División de Personal, se constató que la señora Antonia Muñoz de Madrid laboró solamente con el Departamento de Córdoba durante los años 1976, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1983 y 1987, como Seccional de la Escuela Complementaria Nuestra Señora de Fátima, Municipio de Montería”, con lo cual se constata que no existió vínculo laboral entre el Departamento de Córdoba y la señora Antonia del Carmen Muñoz de Madrid por el tiempo requerido para acceder a dicha pensión, comprobándose la configuración de una afiliación fraudulenta”.

Deduce de lo anterior “que la pensión otorgada a la señora Antonia del Carmen Muñoz de Madrid, de acuerdo a información de fecha 4 de febrero de 1997 del Jefe de Personal del Departamento de Córdoba, se expidió a través de la utilización de medios ilegales, procediendo por lo tanto la revocatoria directa del acto administrativo por el cual se le reconoció y ordenó su pago”.

A juicio de la Corte -se repite-, no resulta evidente que el reconocimiento de la pensión hubiera ocurrido por medios ilegales, ya que fue la propia División de Personal la que expidió la inicial certificación, que dio base al primer acto administrativo, sin que de lo expuesto por la Administración pueda inferirse que hubo alteración o falsedad de dicho documento por acto imputable a la solicitante. Además no se sabe -según lo que obra en el expediente y en la motivación del acto- si la señora Muñoz de Madrid pudo completar su tiempo de servicios en otra entidad de la administración departamental o fuera de ella, asuntos que deben verificarse por la justicia ordinaria y no en sede de tutela.

La Administración no podía, entonces, revocar el acto positivo mediante el cual había reconocido la pensión -con lo cual había creado un derecho particular-

sin contar con la anuencia escrita y expresa de su titular. La única vía que le quedaba era la de demandar su propio acto, conducta ésta que, juzga la Corte, es la que debe seguirse.

Como ya lo ha señalado la jurisprudencia, los particulares no tienen porqué correr con las consecuencias negativas de los errores de las entidades públicas y, cuando tienen derechos a su favor, creados por actos de la Administración -así éstos provengan de equivocaciones cometidas por ella- se les debe garantizar, como lo hace el Código Contencioso Administrativo, que tales derechos permanecerán incólumes en tanto no haya una decisión judicial que los desvirtúe, previas las reglas del debido proceso.

La Corte reitera lo dicho en Sentencia T-315 del 17 de junio de 1996. (M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía):

“Es importante recordar que, tratándose de la revocación de actos administrativos de carácter particular y creadores de derechos, es al ente administrativo, y no al particular, a quien corresponde poner en movimiento el aparato jurisdiccional demandando su propio acto. De esta manera, al particular se le garantiza que sus derechos se mantendrán inalterables, mientras la jurisdicción, agotadas las formas propias de un juicio, no resuelva en favor o en contra de sus intereses.

Dentro de este contexto, si la administración revoca directamente un acto de carácter particular y concreto generador de derechos, sin agotar uno de los requisitos señalados, vulnera los derechos de defensa y debido proceso del particular, derechos que, por mandato del artículo 29 de la Constitución, deben regir en las actuaciones administrativas.

Si la administración decide revocar el acto administrativo prescindiendo de la intervención del juez correspondiente, desconoce los principios de seguridad jurídica y legalidad que en este caso obran en favor del particular, quien confía que sus derechos se mantendrán inmodificables, hasta que él acepte que se modifiquen o el juez lo decida”.

La Sala revocará el fallo revisado y, dado el perjuicio irremediable que afronta la accionante en razón de hallarse de por medio su mínimo vital, siendo las mesadas pensionales su único ingreso, concederá, como mecanismo transitorio, la protección del derecho al debido proceso, dejando temporalmente sin efectos la resolución que revocó el acto administrativo en que se reconocía su pensión de jubilación.

La Administración, si quiere invalidar su propia actuación, deberá demandarla ante la jurisdicción Contencioso Administrativa dentro del término que contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. La tutela que se concede cesará en sus efectos si la jurisdicción Contencioso Administrativa accede a decretar la suspensión provisional o la nulidad del acto mencionado, o si se profiere por la

justicia penal una sentencia definitiva que condene a la actora por algún delito en relación con el trámite de su solicitud de pensión.

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.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Montería el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997) al resolver sobre la acción de tutela incoada por Antonia del Carmen Muñoz de Madrid, contra el Gobernador y el Tesorero del Departamento de Córdoba y en su lugar conceder la protección transitoria del derecho al debido proceso, dejando temporalmente sin efectos la Resolución 0000405 del 6 de febrero de 1997, proferida por el Gobernador de Córdoba, que revocó el acto por medio del cual se reconocía la pensión de jubilación de la accionante, mientras la jurisdicción Contencioso Administrativa resuelve sobre la demanda que la Administración entable contra su propio acto -la resolución que había revocado-, para lo cual ella goza de un término de dos (2) años contados a partir de su expedición (artículo 136 del Código Contencioso Administrativo).

La protección que se concede dejará de surtir efectos si la Jurisdicción Contencioso Administrativa accede a decretar la suspensión provisional o la nulidad de la Resolución 6011 del 11 de marzo de 1996, de la Caja de Previsión del Departamento de Córdoba, o si se profiere por la justicia penal una sentencia definitiva que condene a la actora por algún delito en relación con el trámite de solicitud de pensión.

Segundo.- Si la Gobernación estima que se cometió algún delito durante el trámite que culminó con el reconocimiento de la aludida pensión, deberá solicitar a la Fiscalía General de la Nación que inicie las investigaciones penales que sean del caso.

Tercero.- 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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

T-336/97

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-339
Julio 17 de 1997

SUBORDINACION-Pensionado/INDEFENSION-
Mínimovital del pensionado

El pensionado está en situación de subordinación respecto a quien de una u otra manera tiene que ver con la prestación, y si ésta significa el mínimo vital para el jubilado, con mayor razón la tutela cabe porque aquél estaría en situación de indefensión frente a quien viole o amenace violar el mínimo vital del peticionario.

TUTELA CONTRA PERSONA JURIDICA-Cambio de nombre no
afecta trámite de acción

La presente acción al ser instaurada se dirigió contra la entidad a quien habría que dársele la orden en el caso de que prosperara. Si esa persona jurídica contra quien inicialmente se orientó la tutela en el curso de la misma cambia de nombre, esto en nada afecta la tramitación porque, en primer lugar, la verdadera relación en la tutela es entre el solicitante que se considera afectado por un hecho u omisión que le vulnera o amenaza vulnerar sus derechos fundamentales y la Constitución que consagra el derecho fundamental; y, en segundo lugar, porque, en el caso concreto, la nueva sociedad se ha hecho presente dentro de la tramitación, ha otorgado poder para que se la represente en el expediente, su apoderado ha intervenido activamente y el representante legal ha fijado su posición, luego no podría venir luego a invocarse una inexistente nulidad.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por afectación mínima
vital personas tercera edad

La seguridad social es un derecho fundamental cuando se trata de personas de la tercera edad, que ven afectado su mínimo vital.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Necesidad de asegurar
obligación pensional/JUSTICIA MATERIAL-Promesas formales/EMPRESA

**PRIVADA-Necesidad de asegurar a pensionados seguridad social integral/
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Universalidad**

Si la empresa a la cual el pensionado prestó sus servicios durante su vida laboral, dice que no se libera del pago de las mesadas, esta confesión de cumplir con la ley no es garantía suficiente de compromiso con los mandatos contenidos en los artículos 13 y 46 de la Constitución porque lo importante es la justicia material y no las promesas formales. Por esta razón, aquellas empresas privadas que no le aseguran a sus pensionados todas las facetas de la seguridad social integral, una de las cuales es la de las dos opciones permitidas por la ley 100 de 1993, afectan con su comportamiento el principio de universalidad del sistema.

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Ingreso de empleador
para seguridad en pensiones**

El patrono no queda liberado de la obligación prestacional en toda su amplitud: reconocimiento de las pensiones, pago de las mismas, si a ellos hubiere lugar, pero, sobre todo a efectuar las diligencias necesarias para real protección de los beneficiarios mediante ingreso efectivo al sistema, que es un derecho protectorio, ya que no puede reducirse el ingreso al sistema general de pensiones a un simple reajuste de pensiones como lo plantea la entidad contra quien se dirige la tutela. Es apenas obvio que no puede pensarse en reajuste de pensiones si no hay dinero con qué pagarlas. Las garantías para el jubilado no se limitan a la consecuencia (reajuste), sino también a la causa (la pensión). El sistema engloba todo. Cómo se puede hablar de reajuste pensional si previamente no hay seguridad para la pensión?

**PENSIONADO-Vejez tranquila y subsistencia digna/PENSION-Gravedad por
falta de seguridad suficiente para garantizarla**

No es infundado que un pensionado crea que pueda perder su prestación cuando no hay la seguridad suficiente para garantizarla. El sólo pensarlo, razonadamente, rompe el derecho a una vejez tranquila y, por ende, a una subsistencia digna. Y si hay elementos de juicio serios que respaldan ese temor, se da el elemento gravedad porque surge la amenaza material y moral de la afectación a un derecho fundamental. Pues bien, ese posible perjuicio irremediable se predicaría para el caso de estudio, frente a la posible afectación de derechos fundamentales.

**DERECHO PRESTACIONAL EN PENSION-Prevención para protección de
jubilados/ACCION DE TUTELA-Prevención**

La protección al derecho prestacional, tratándose de los jubilados, no se limita al reclamo cuando no hay pago de la correspondiente mesada indispensable para el

mínimo vital, sino que se extiende a aquellas situaciones en las cuales la falta de una organización y un procedimiento adecuados para la continuación en la prestación del servicio pudieran venir a afectar el goce del derecho, en este caso la protección es más de prevención, cuestión que también está admitida en la tutela. Dentro de un Estado Social de Derecho, el Estado y el patrono tienen que efectuar lo necesario para que el derecho prestacional no sea afectado y para cualquier solución el proceso no puede ser antidemocrático.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Régimen para los jubilados

CONMUTACION PENSIONAL-Una forma de protección

FONDO DE PENSIONES-Naturaleza jurídica/FONDO DE PENSIONES-
No se supe por fiducia

La naturaleza jurídica de los fondos administradores de pensiones, que son los encargados de reconocer el derecho constitucional a la pensión, fue diseñado para garantizar la administración de recursos con destinación prioritaria y autónoma de los dineros recaudados por el sector trabajador. La Constitución excluye de la órbita de la autonomía de la voluntad privada la prestación de la seguridad social, pues se considera un derecho en donde por esencia, el Estado debe controlar, dirigir y coordinar. Tanto en la Constitución como en su desarrollo legal, se establece la institucionalización de los fondos administradores de pensiones, los cuales se autorizan por el Estado con base en criterios de eficiencia y seguridad en el desempeño de sus labores. Por ello, como una forma de garantizar la eficiencia del derecho a la seguridad social, la administración de recursos parafiscales que provienen de los trabajadores para financiar las pensiones de jubilación e invalidez, no puede dejarse en manos de entidades que no reúnan los requisitos de ley, luego un patrimonio autónomo no reemplaza a un fondo de pensiones, y, si ese patrimonio es administrado por una fiduciaria, esto constituye una garantía adicional al derecho a ingresar al sistema de seguridad social, pero no lo supe.

MINISTERIO DE TRABAJO-Estudios para solicitar conmutación pensional

FIDUCIA MERCANTIL-Garantía adicional en obligaciones pensionales

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Medidas para protección futura de pensionados
Flota Mercante Grancolombiana

Referencia: Expediente T-118955

Accionantes: Jubilados de la Flota Mercante Gran Colombiana.

TEMAS:

- * Derechos prestacionales
- * Sistema de seguridad social integral
- * El derecho a la seguridad social para las personas de la tercera edad es fundamental
- * Garantía para pago de pensiones

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)

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,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del expediente T-118955, en el cual varios centenares de personas a quienes se les paga su pensión en Colombia instauran acción de tutela contra la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., para que, de acuerdo con la ley 100 de 1993, se los afilie al sistema general de pensiones a efectos de garantizar el pago de la jubilación hacia el futuro. Unos pocos de los solicitantes están en el extranjero y otorgaron debidamente poder. Y los 93 hombres y 3 mujeres que reciben su pensión en el Ecuador, en sucres, NO hacen parte de esta tutela.

A través de apoderados y aduciendo la amenaza de vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la vida, la igualdad y de petición, presentaron acción de tutela contra la citada entidad naviera, las siguientes personas:

Lubín Barahona Copete, Evangelina García de García, Rafael García Quintero, Ernesto Guevara Pérez, José Tito Hurtado Hurtado, Nicolas Tolentino Lozada Becerra, Graciela Palma de Parra, Luis Paz Olmedo, María Agueda Rivas de

Gómez, Eduardo Rodríguez Cuero, Jaime Taylor Archibold, Gilberto Vinasco Franco, Fabio de Jesús Zapata Castaño, Ramón Elías Abadaías Riascos, Leonilda Angulo Montaña, Federico Asprilla, Alejandro Asprilla Bustamante, Germán Barnol Ibarra, Alejandro Bedoya V., Gerzaiin Blanco, Clemente Bonilla, Juan Celestino Castrillón, Alvaro Chunga Posso, Urbano Hernández Rentería, Primitivo Iturri Guevara, Proclidas Junco Avila, María Paula Lozano de Portocarrero, Bárbara Lozano de Sánchez, Braulio Gutiérrez Mosquera, Tomás Estupiñan Mosquera, Euclides Lozano Palacios, Herbert Castillo Tello, Critódulo Micolta Quiñones. Alfonso Miranda Valencia, Segundo Ignacio Montaña, Turiano Moreno Mosquera, Luis Felipe Murillo, Lucio Murillo M., Lilia Obando Castilllo, Alejandro Paredes Estupiñan, Alejandro Alberto Paredes Quiñones, Hernando Riovalles Moreno, Leopoldo Rojas, Ana de Jesús Rojas de Murillo, María Juana Rosero de Riascos, David Salazar Murillo, Raúl Torres del Castillo, Higinio Valencia Benitez, Tirso Valentierra Sánchez, Sergio Segundo Abadía Pretel, José William Cruz Peña, Alberto Morales Bedoya, Nelson Monroy Valderrama, Hortencio Alzamora Guerrero, María Elva Márquez de Baín, Omar Gómez Mena, Tobías Micolta Valentierra, Justo Tomás Martínez Rincón, Mario Ibarra Huila, Beneranda Caicedo Murillo, Carlos Arturo Peña, Martha Oliva García, Daniza Velasco, Custodio Gonzáles Valencia, Jesús María Gutiérrez Hurtado, Mariana Ibarra de Vanegas, Eunice Caicedo de Potes, Rubén Dario Ibarra Estupiñán, Secundino Mosquera, Andrés Marino Fuentes, María García Palacios, Andrés Monotta Salas, Antonio Caicedo Ruíz, Carlos Julio Camargo, Aníbal Bravo Mosquera, Luis Bernabé Mosquera Gómez, Gernaro Rendón Candelo, Amalia López Vda, de Aldarete, Roberto Ortíz Landazuri, Joaquin Eugenio Vélez Longa, Jorge Orobio, Manuel T. Rengifo P., Abel Sinisterra García, Presentación Ordoñez Arboleda, María Clementina Benitez, Luis Carlos Quintero Moreno, Gabriel Chavez Rojas, Bartolo Espinoza Martínez, Eladio Herrera Torres, Luis Alejandro Baena Vilcar, Mariana Rayo de López, Francisco Caicedo Perea, Ana de Jesús Carabalí Ceballos, Gabriel Oribio, Julian Andrade González, Alicia Saac Segura, Delfina Bastidas Vargas, María Miranda, Luis María Martínez Perdomo, Hernando Conversa, Rafael Sotelo Preciado, Buenaventura Sarmiento Q., Guillermo Castro Ruíz, Luis Angel Espinel, Alberto Quevedo Silva, José Manuel Pulido Galindo, Primitivo Duarte García, Juan de Avila M., Ernesto Gozález Vargas, Jaime Brand Campos, Guillermo Rivera D., Hoover M. Pomares H., Carlos W, Taylor Posso, Encarnación Cabrales C., Rogelio R. Florín Zúñiga, Napoleón Hernández Terán, Alfonso Bejarano Hinestroza, Cielo Beatriz Jiménez Ospina, Gabriel Herrera Banda, Guillermo Acosta Bernal, Guillermo Guzmán Archibold, Miriam Ariza Davis, Leonides Púa Coronel, Alfonso Anaya Zúñiga, Ligia Fernández de Valderrama, Gonzalo Lozano Vergara, Jacobo Sosa Valega, Jaime Juan Fang Pérez, Angel M. Esguerra Muñoz, Porfirio Patiño, Blanca Mejía de Mena, Carmen Díaz Vda. de Zárate, Julio Delgado Polo, Luis V. Obando Arroyo, Ana de Dios Murillo Rueda, Olga Nigro de Rocha, Dorman Valencia Corrales, Narcilo Valencia Corrales, Manuel S. Sánchez Castaño, Nicolás Barros Acuña, Rafael Arturo Yepes, Ramón Abello Galicia, Ricardo Peña Martínez, Idelfonso Durán Martínez, Carlos H. Vargas Ramírez, Bolivar Gutiérrez Moya, Alejandro Mier Benítez, Arturo Manuel Torres, Carolina E. de Alba de Arch,

Oscar O. Ojeda Navas, Carlos Lozano Llerena, Francisco Lobos Serna, Trinidad Cobilla, Víctor Ortíz Reyna, Jaime Miranda Morales, Ezequiel Riascos Moreno, Cayetano González Álvarez, Ulises González Martínez, Luis Humberto Amaya Valest, Andrés R. Pérez Díaz, Julio César Herrera Burgos, Oscar Luis Maldonado L., Jairo de Jesús González Ruíz, Francisco Camilo Torres Sierra, Demetrio González Manyoma, Fernando Bertel Benitez, Donald Villa Arieta, Amaury Martínez Caffyn, Benjamín Vergara Vergara, Orlando Villalobos, Emma Hernández, Emilio Escorcía, Manuel de Jesús Padilla, Alfredo Hernández Prada, Daniel Villareal Quesedo, Víctor Manuel Iriarte González, Víctor Ibarra Torres, Víctor Durán, Raul Caraballo, Félix Kleebauer Vélez, Ernesto Archibold Briton, Víctor Lozano Pedroza, José David Archibold, Jaime Pichott Esquivia, José Arellano Ortíz, Nery R. de Castellón, María del Rosario Rentería de Angulo, Pedro Cuartas Mosquera, Luis Olimpo Jaraba Salas, Esteban Archibold Watson, Carrington Pomares H., William López Betancourt, Narcilo Arboleda Caicedo, Alfonso Olarte, Elida Múnera Viuda de Casas y José V. Alonso Alvis.

Luego mediante abogado, presentaron “intervención litisconsorcial de coadyuvancia”, los ciudadanos que a continuación se mencionan:

Rigoberto Sepúlveda Rubio, Julio César Mercado Romero, José Antonio Palacio Bula, Rafael Leonardo Amaya Garzón, Jorge Guarín Gómez, Oscar Fabio Casasbuenas Ayala, Rafael Zambrano Salazar, Carlos Enrique Herrera Moreno, Laureano Enrique Molano Pineda, Luis Oscar Pineda Giraldo, José Eleuterio Rodríguez Onafre, Abel Rodríguez Villanueva, Jairo E. Castilla Vanegas, Germán Rodríguez González, Gustavo Cárdenas, José Miguel Reynoso Martínez, Marino Becerra, Rafael Limas Farfán, José Benjamín Contreras Bravo, Francisco José Llanes Cáceres, Gustavo Higuera Bernal, Manuel Antonio Arellano Villareal, Marco Tulio Pulido Rojas, Armando Gordillo Gutiérrez y Jaime Enrique Parra Solano (fls. 601 y ss.).

Del mismo modo, representados por apoderado, coadyuvaron la demanda inicial y agregaron al listado de los derechos violados los del libre desarrollo de la personalidad y “debida protección a personas de la tercera edad”, las siguientes personas:

Francisco Luis Velásquez Saldarriaga, Rafael Gómez R., Ruben Esteves Florez, Fabio Castañeda Arias, José M. Maguregui Barrutia, Gabriel Gorospe Zabala, Benito Romero Baena, José María de León Medina, Lázaro María Pérez Ibarra, Víctor Guerrero Martínez, Helio Simón Maldonado Rodríguez, Olga Pérez de Mesa, Arnulfo Ramírez, Ricardo Mosquera Valencia, Jesús Emilio Sanjuan Pérez, Alvaro Herrán Mesa, Luis Eduardo Villamil Rendón, Jorge Eliécer Rada Carvajal, Henry Gutiérrez Blanco, María Emperatriz Calvo Trejos, Elcías Alomía Rodríguez, Armando Antonio Alomia, Efraín Bara, Alvaro Chaparro Pérez, Ananías Estupiñán Sandoval, Joel González Arce, Luis Enrique Mantilla, Eduardo Moncada Torres, Abraham Valencia, José Julio Valenzuela Espinosa, José Manuel Varela Córdoba,

Jairo León Grisales, Roberto Victoria Franco, Pompilio Victoria Franco, Rafael Royet García, Manuel Santacruz Benavidez, Gabriel Alvarez Arenas, Antonio Ayala Paredes, Lucy Cecilia Bedoya de Romero, Andrés Forero Corredor, Jaime García Núñez, Yaneth Giacometto de Lora, Rafael Mantilla Arenas, Bernardo Piedrahita Giraldo, Hernando Ramírez Ordoñez, Leyter Rafael Calderón M., José Correa Mena, Julio Berrío Pianetta, Armando García Comas, Francisco de P. Vargas Roa, Ernesto Roza Rueda, Joaquín E. Chávez R., Manuel Farelo Rodríguez, Arcadio León Almonacid, Alfonso García Encinales, María B. Lara de Ríos, José Hilario Ortega Cárdenas, Jorge Ospina L., Esther Julia Sánchez Castaño, Celia María Suárez de Rodríguez, Jairo Herberto Rodríguez González, María Isabel Buenaventura de Zapata, José Eduvino Hernández T., Bernardo Moreno, Rufino A. Suárez, José Manuel Dousdebes Rodríguez, José Ignacio Castellanos, Beatriz Helena Salazar de Kayf, José Dustano Beltrán, Ramiro Clavijo Guerrero, Francisco Javier Gómez Grisales, Ana Beatriz Osorio de Crespo, Lucy Pacheco Quesada, Miguel Vivas Mariño, María Fanny Segura de Pérez, Luis Alvarado Cruz Guzmán, Carlos Ramiro Bahamón Tarazona, Luis Alberto Valenzuela Cadena, Hernando Valero Bueno, Luis A. Santamaría, Gilberto Sangino Sarmiento, José Sigifredo Ramírez Carmona, Jorge Portela, Libardo Salazar Salas, Cleóbulo Enrique Plazas Camargo, Jaime Ernesto Pineda Palomino, Miguel Bernardo Payeras Olivera, Benito Miguel Parra, Alfredo Otero Cifuentes, Pedro A. Orostegui Marín, Jaime Muñoz R., Marcela A. Guerra González, Justino Virviescas L., Gerardo Alférez Vargas, Gabriel Ortíz McCormick, Jaime Rueda Williamson, Carlos Arango Velasco, Nicolás A. Calderón G., Gabriel Bravo Londoño, Eduardo Bohorquez Bernal, Joaquín Pablo Calle Madrigal, Manuel V. Castañeda Monroy, Jesús Alfonso Cifuentes, Daniel Corredor, Gabriel Díaz Rodríguez, Gustavo García Ordoñez, Ruth Liloy de Castrillón, Eduardo Márquez González, José Vicente Monzón S., Salvador Moreno Varón, Marco Tulio Pulido Rojas, José Ignacio Upegui, Samuel Delgado Soler, José Zambrano Castro, Hernando Villa Barrero, Pedro Valencia Castillo, Carlos A. Vásquez Ibarra, Rafael Rueda Escobar, Heriberto Rodríguez Villanueva, Agustín Rengifo Guerrero, Efraín Rebolledo Tello, Guillermo Rebolledo Tello, Roberto Ramírez Cabrera, Laureano Pedroza Y., Luis Carlos Parra Riascos, Héctor Orobio Estupiñán, Julio César Obregón Santiesteban, Manuel Corredor Morales, Luis Eduardo Montaña Cárdenas, Bernardo Javier Marín Hernández, Gerardo Meneses Guzmán, Guillermo Jaramillo Laharenas, Norman Albán Hurtado, Ricardo Benítez, Julio César Bravo Mosquera, Pablo Néstor Delgado Quiñones, Limberg Enrique Cuero Mesa, Jaime Erazo, Domingo Escricería P., Emilio Estupiñán Vásquez, Carlos Arturo Girón Revelo, Policarpo Guzmán Morales, Rafael Hernández, Gilberto Vásquez Montaña, Ana Ruth Valencia de Tovar, Consuelo Zuñiga Vda de García, Evaristo Zuñiga Palacios, Adolfo Zapata Cuéllar, Consuelo Vélez de González, Marcelino Guerrero Obregón, Alberto Torres Oliveros, José Markipopo Vásquez, Roberto Andrade Cano, José Eduardo Alzate Telles, Eudoxio Angulo P., José Betancourt Príncipe, Edgar Eugenio Borja Hincapié, Hernán Cabrera Bolívar, José Ramón Caicedo Velasco, Manuel Campaz Obregón, Julio Ulises Castillo, Edmundo de la Calle Erazo, Bienvenido Escobar Segura, Edison Estupiñán Mosquera, Jorge Estupiñán Mosquera, Telémaco Ernesto Estrella Alvarez, Juan

Herrera Santelices, Nelson Andrés hernández, Juan Francisco Herrera Torres, Horacio Hurtado Núñez, Guillermo Jaramillo Laharenas, Rafael Jairo Lasso, Lubinel Lasso, Carmen Ledezma de Lopera, Julio César Ledesma Pacheco, Carlos León Arteaga, Jaime E. Llorente, Sérgio Tulio Mejía Cañas, Myrian Mendoza de Piedrahita, Pedro Pablo Meneses Guzmán, Héctor Julio Meneses Guzmán, Gerardo Meneses Guzmán, José Rodolfo Molineros Angulo, Gustavo Moreno Loaiza, Arturo Payán Valentierra, Julio Césa Navarrete Barrios, Roberto Núñez ibarguen, Marino Otero, Hugo Ochoa Sanclemente, Teófila Paz de Espinosa, Luis Hernán Peña Estupiñán, Sigifredo Posada M., Idelfonso Pretel, Luis Eladio Ramírez Jaramillo, Victor Hugo Rivas Mosquera, Emérita Riascos de Montaña, Guido Rodas Romero, Roberto Hernán Sánchez Bojorge, Mariano Alfredo Suárez Bonilla, Rosa María Torres de Ochoa, Jaime Antonio Trejos Tabares, Clodomiro Valenzuela Solarte, Jorge Vallejo Valencia, Jesús María Vargas Tovar, Neftalí Sánchez Estupiñán, Ricardo Arturo Rodríguez Aguedelo, Eduardo José Chima, Erasmo Puertas Quiñones, julio César Ledesma Pacheco, Orbie Wilson, Helio Simón Maldonado Rodríguez, Jenuano Antonio Acuesta Rojas, Asdrúbal Barbosa Ortíz, Roberto Serna Romero, Omar Mesa Holguin, Luis A. Román Iturralde, Juan Micolta Valentierra, Santos Deogracias Henríquez Gómez, Nicolás Rodríguez, Benjamín Pino Arango, Herber B. Castillo C., Humberto Pachón Matheus, Marco Aurelio Rivera Peña, Marco Emilio Rodríguez, Mario Villafrade Hurtado, Julio César Forero, Juan Evangelista Montaña Murillo, Aura María Gamboa de Caicedo, Sócrates Esteban Gómez, Antonio Sinaí Ladino, José María Caycedo Flórez, Cayetano Zapateiro Magallanes, Santiago Macayza Pallares y Ubaldo Noguera.

En los poderes, individualmente otorgados, los solicitantes resaltan **su calidad de pensionados**, no se trata, pues, de actuales trabajadores, y señalan como objeto de la tutela que la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

“me afilie a un fondo de pensiones, para efectos de garantizar el pago de la pensión de jubilación hacia el futuro, a la que tengo derecho de acuerdo con la Constitución”.

Estando el expediente en la Corte Constitucional, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran S.A.I (antes Flota Mercante Gran Colombiana S.A.) formuló esta pregunta al Instituto de los Seguros Sociales:

“Sometemos a su consideración la siguiente situación: Flota Mercante hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., tiene 740 pensionados directos cuyas mesadas pensionales cancela la empresa. De conformidad con el artículo 3° del Decreto Reglamentario N° 692 de 1994, ¿deben afiliarse nuestros pensionados a uno de los sistemas de pensiones?. Así mismo, de acuerdo con el artículo 49 del mismo decreto citado, refuerza el argumento de afiliar a los pensionados ¿qué se entiende por incorporar a los pensionados al sistema general de pensiones?”. (23 de abril de 1997)

El I.S.S. respondió el 21 de mayo del presente año:

“En atención a solicitud formulada mediante el oficio de la referencia, comedidamente le manifestamos que según el artículo 3° del Decreto 692 de 1994 pueden seleccionar cualquiera de los regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones quienes son afiliados a él, esto es quienes según lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 son afiliados al Sistema, dentro de los cuales no se encuentran los pensionados.

Como excepción a esta regla general, se encuentra la establecida por los reglamentos del ISS que permiten la afiliación para el seguro de I.V.M. de las personas con pensión a cargo de un empleador para ser compartida con la de vejez que llegue a reconocer el I.S.S.

En cuanto a la incorporación de los pensionados al Sistema General de Pensiones como lo dispone el artículo 40 del mencionado Decreto 692, por ello se entiende que estos quedan incluidos dentro de las situaciones previstas por la Ley 100 de 1993 para los pensionados, como es la prima adicional, los reajustes a la pensión y en fin, cualquier otra prerrogativa que el nuevo Sistema haya establecido, sin que ello implique la afiliación al mismo.”

La redacción confusa del anterior concepto del I.S.S. motivó que nuevamente la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. pidiera al I.S.S. :

“Acuso recibo de su comunicación VP-GNAP-974416 del 21 de mayo del año en curso, con el ruego de precisarnos si los pensionados cuyas mesadas las asume exclusivamente la empresa, pueden ser afiliados al Sistema General de Pensiones.”

Antes de dicha consulta, la posición de la FLOTA era: “Es imposible pretender que los actuales pensionados de flota puedan escoger uno de los dos sistemas pensionales, situación prevista únicamente para el personal activo” (carta del Presidente Luis Fernando Alarcón, de 9 de octubre de 1996, dirigido a los abogados que instauraron la tutela).

ANTECEDENTES

1. Los solicitantes han invocado y demostrado que son jubilados de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. y que la mesada pensional constituye el mínimo vital para ellos. Lo han probado con declaraciones extrajuicio, no contradichas por la Empresa.

2. Han pedido por intermedio de apoderado en la solicitud inicial y luego en la coadyuvancia:

“Que se tutelen los derechos de mis poderdantes a la seguridad social, a la vida,

a la igualdad, al trabajo, a obtener pronta resolución a las peticiones respetuosas que presenten y, en consecuencia, orden a la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., que para efectos de la presente demanda se denominará LA FLOTA, aplicar, en forma inmediata, la Ley 100 de 1993, en cuanto ésta establece en sus artículos 11° y 15° que todas las personas pensionadas a la fecha de la vigencia de dicha ley o aquellas vinculadas mediante contrato de trabajo, deberán ser afiliadas al Sistema General de Pensiones, en forma obligatoria.

SEGUNDA.- Que ordene a la FLOTA, en relación con los trabajadores que aún no se han pensionado, cumplir con los requisitos que establece el artículo 17° del mismo estatuto legal, como son el pagar a la entidad a que se afilien las cotizaciones obligatorias por parte de los trabajadores y empleadores."

3. Según la solicitud, la entidad contra quien se dirige la acción ha violado, fuera de los derechos constitucionales enunciados en el punto anterior, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los artículos 2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y los artículos 40 y 95 de la Convención IV de Ginebra.

4. Se afirma en la solicitud que la Flota no afilió ni a sus trabajadores ni a los pensionados al sistema general de pensiones y se teme que se menoscabe el pago de las pensiones por la incapacidad económica de la empresa. También se protesta por la creación de una fiducia para el pago de las pensiones, entre otras razones porque las sumas entregadas para la fiducia son insuficientes:

"La Flota no podía establecer un método diferente para el pago de su pasivo pensional, como lo es la constitución de un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, sino que debió afiliar a sus trabajadores y pensionados al Instituto de Seguros Sociales como entidad administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida o un fondo de pensiones, administrado por una sociedad administradora de fondos de pensiones para el régimen de ahorro individual con solidaridad, según el régimen por ellos escogido".

4.1. La Flota Mercante reconoce que por escritura 2687 del 1995 de la Notaria 44 de Bogotá, se celebró un contrato de fiducia mercantil irrevocable entre la Flota Mercante Gran Colombiana y la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A., el 29 de diciembre de 1995, indicándose en la correspondiente escritura pública que el cálculo actuarial para estimar el pasivo pensional es de \$147.826'900.000,00, entregándosele en ese instante a la fiduciaria bienes por valor del 49.4866% del pasivo, para el pago de pensiones de jubilación "en favor de algunos de sus extrabajadores y/o de sus sustitutos beneficiarios de pensiones de jubilación y eventualmente, en el futuro, podría verse obligado a reconocer como pensionados a terceros que cumplieren los requisitos para tales efectos y en consecuencia, a pagarles las correspondientes mesadas pensionales".

5. Como puede observarse, los hechos en que se fundamenta esta acción, se contraen al temor por el incumplimiento por parte de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., del pago de pensiones porque no ha aplicado las previsiones de la Ley 100 de 1993.

Precisamente, la oficina jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en memorando de 3 de junio de 1996, expresa que: “1. El hecho de que la entidad empleadora haya suscrito un contrato de fiducia no la libera de las obligaciones que por ley le corresponden. 2. La ley 100 de 1993, impide que el empleador continúe reconociendo pensiones de jubilación. 3. El pago de las mesadas a que está obligado el empleador continúan a su cargo, salvo que mediante la figura de la conmutación pensional el ISS las asuma. 4. La ley 100 previó la situación de los pensionados y de los trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones, razón por la cual, en concepto de esta oficina, la Flota Mercante Grancolombiana no debió acudir a la figura de la fiducia y está en mora de adaptarse a las nuevas disposiciones que exigen la afiliación al nuevo sistema”.

6. La Flota Mercante Grancolombiana S.A. responde que las empresas nacionales más antiguas, entre ellas la Flota, tienen a su cargo exclusivo el pago de las pensiones de sus extrabajadores. Cita el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994:

“Artículo 2° El artículo 5° del Decreto 813 de 1994 quedará así: Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

“a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

“Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, este continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con la prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

“El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1° de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto de Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará

al reglamento respectivo. En el evento de que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo.

“b. Cuando a 1° de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 años o más de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador, y

“c. Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1° de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

“Parágrafo. Lo previsto en este artículo sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador”.

Aduce la Flota que las pensiones de jubilación actuales y las consolidadas en espera de reconocimiento se encuentran calculadas y respaldadas en su totalidad dentro del pasivo de la compañía y que precisamente la fiducia le da mayor seguridad al pago de las mesadas. Ha sido permanente esta posición y la respaldan con certificados de la revisoría fiscal miembro de KPMG (el último es de 31 de mayo de 1997) que dice que se está al día en el pago de pensiones y que los estados financieros del patrimonio autónomo jubilados FMG “presentan razonablemente la situación financiera” (23 de abril de 1997) y aún se agrega que existe una mejora de los indicadores financieros.

7. Según los representantes de los jubilados, en el balance y estados financieros presentados por Flota Mercante Grancolombiana a sus accionistas en la memoria anual correspondiente al ejercicio de 1993 se establece una pérdida de \$16.449'000,000,00 y una disminución en sus activos al pasar estos de \$306.383'991.000,00 en 1992 a \$206.790.646.000,00 en 1993.

El propio Presidente de la junta directiva de la Sociedad, Hernán Uribe, en marzo de 1997 informa que para 1996 hubo una reducción de activos del 17% y que actualmente el activo es de 180.118 millones.

7.1. Los jubilados en los últimos tiempos han expresado su temor sobre la solidez del respaldo para garantizar las pensiones. Por ejemplo, este es el criterio de una organización de jubilados:

“En su respuesta usted nos manifestó que el monto de la provisión para pensiones de jubilación, que ascendía a \$68.753.151.000,00 se encontraba respaldado por los activos de la Compañía, los que en ese momento superaban en más de

\$110.000.000.000,00 el valor de dichas pensiones. Sin embargo, al analizar así sea superficialmente el balance, se destaca que los activos, como mencionábamos arriba, disminuyeron en un solo año el 33% aproximadamente. Esto nos hace pensar que en otros dos años, de seguir la Empresa el rumbo actual, sus finanzas y por ende la provisión para pensiones van a quedar en cero”.

Agregan los jubilados que son concientes de que el negocio marítimo no pasa por su mejor momento, sin embargo, más que las pérdidas en sí, los preocupa que continúen deteriorándose aún más los activos.

Los apoderados de los solicitantes de la tutela agregan: “En virtud del proceso de apertura económica, se abolió la ley de reserva de carga que permitía a los buques de bandera colombiana el transporte del 50% de las cargas de importación y explotación, hecho que condujo a la empresa a su actual situación económica.”

8. Concretamente en relación con el pago de las mesadas a los jubilados se repite que consta el pago oportuno de las mesadas, circunstancia que aceptan los accionantes en el numeral 9 del aparte “Hechos” del memorial de solicitud de la acción. Y en lo que tiene que ver con la ley 100 de 1993, la empresa afirma que los pensionados no son afiliados al sistema y que siguen “con la entidad responsable de la obligación pensional”, es decir, la FLOTA.

8.1. La Defensoría del Pueblo dice que los jubilados se entienden incorporados al sistema general de pensiones porque así lo establece el artículo 40 del decreto 692 de 1994 y por eso le pide a la empresa que se ajuste a la ley.

La Flota cree que esta incorporación es solamente para efectos del reajuste de mesadas.

9. El punto de vista de la empresa es que los derechos de los pensionados, como obligaciones laborales son calificados por ley como créditos preferenciales, lo cual da seguridad sobre su reconocimiento y pago y así se contraresta cualquier temor. Proclama la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. hoy compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., que viene respondiendo cabal y oportunamente por las pensiones de jubilación a su cargo. El 13 de mayo de 1994, a los pocos días de empezar a operar el sistema de la ley 100 de 1993, el Presidente de la Flota Mercante Grancolombiana dijo que había respaldo para el pago de las pensiones y que “con relación a la propuesta de transferir a una fiduciaria o financiera del grupo cafetero, me permito informarle que hemos analizado la situación con la Junta Directiva y se ha concluido que no es viable...”; pero meses más tarde la Flota (sin intervención de los jubilados) celebró el contrato de fiducia con Bermúdez y Valenzuela (SIN LA PREVIA autorización de la Superintendencia Bancaria).

Para la entidad patronal, su solvencia garantiza ampliamente los pasivos que tiene contraídos, porque los activos superan ampliamente el pasivo pensional. Sin embargo, según los estados financieros aprobados por la Revisoria Fiscal, se presenta la siguiente situación que permite sacar conclusiones: **El monto actual del activo es 180.118 millones y del pasivo 84.477 millones.**

En 1994 "TOTAL DEL ACTIVO \$239.655.933.000 TOTAL DEL PASIVO \$121.726.731.000.

Dice la empresa:

"Es preciso advertir que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. calcula su pasivo actuarial acorde con las reglamentaciones cuya vigilancia corresponde a la Superintendencia de Sociedades. Así mismo, aprovisiona el estado de pérdidas y ganancias según lo estipulado por la ley y en la medida en que esta sociedad no está en situación de desmonte de sus operaciones ni en estado de liquidación o cierre definitivo, la caución prevista en la resolución N° 2449 de 1970 no resulta aplicable. Con base en lo anterior, consideramos injustificada la preocupación de APENFLOTA sobre el manejo del pasivo pensional por parte de la Flota Mercante Grancolombiana S.A."

10. Las organizaciones de pensionados, antes de instaurarse la tutela, formularon numerosas reclamaciones al Ministerio del Trabajo, quien dijo no tener competencia para determinar la legalidad del referido contrato, pero al mismo tiempo opinó que la Flota no debió acudir a la fiducia como ya se dijo y por eso la Subdirección de Inspección y Vigilancia intervino para que la entidad empleadora cumpliera con los preceptos legales. También acudieron directamente a la empresa, formulando peticiones; y, especialmente se dirigieron a la Superintendencia de Sociedades, Jefatura de División de Análisis empresarial, para que analizara la situación financiera de la Flota Mercante Gran Colombiana, a fin de saber si habría garantía para el pago de las pensiones, peticiones que fueron contestadas.

11. Los jubilados, por intermedio de apoderados judiciales, instauraron la tutela el 1° de octubre de 1996, por considerarla el mecanismo adecuado para que "se prevenga la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como es la posibilidad de que los pensionados de la Flota, pierdan su pensión de jubilación dada la situación económica de la Empresa, lo que está a punto de ocasionar que entre en cesación de pagos, llegando a la imposibilidad absoluta de responder por el pasivo pensional."

12. El 15 de octubre de 1996, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá denegó las pretensiones, básicamente porque consideró que los pensionados no están en grado de subordinación, ni de indefensión respecto a la Flota Mercante Gran Colombiana S.A.

13. El 2 de diciembre de 1996, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a-quo declarando improcedente la acción porque los interesados disponen de otros medios judiciales y porque el derecho alegado es incierto y discutible.

Previamente consideró que si es procesalmente viable la solicitud porque:

“dado que la Flota Mercante Grancolombiana S.A., entidad de derecho privado, como empleadora había asumido el pago de las pensiones de sus trabajadores, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, prestación que forma parte del sistema de seguridad social, y ésta, por claro mandato del artículo 48 superior, “es un servicio público”, puede inferirse que está encargada de un servicio de tal especie, lo que la coloca, indiscutiblemente, dentro de las previsiones constitucionales y legales ya referidas, resultado válido sentar como primera proposición su legitimación para afrontar la presente queja.”

El argumento de fondo es:

“Es claro, en primer término, que ellos disponen de otros medios judiciales de defensa, como que pueden proponer ante el juez competente, en forma conjunta o separada, las correspondientes pretensiones tendientes a que se dilucide si la entidad accionada está o no obligada a la afiliación que pretenden, pues brota que el derecho reclamado es incierto y discutible, desconocido y negado por la presunta obligada, de manera que requiere el debate propio de un proceso de conocimiento para que el juez del caso tome la decisión que se avenga con los artículos 11, 13, 15 y 279 de la Ley 100 de 1993, el último adicionado con el art. 1º de la Ley 238 de 1995, a efectos de que se imprima certeza al punto.”

Agrega el fallo de segunda instancia que la integridad de la fiducia corresponde decidirla a los jueces ordinarios y que el juez de tutela no se puede inmiscuir en el análisis o revisión de contratos. Llama también la atención sobre una especie de equivalencia que había entre la fiducia y los fondos de pensiones y sobre lo exorbitante que es, según la Corte Suprema, que se pida también protección para los trabajadores actuales, este es el criterio:

“Por otra parte, los supuestos del caso planteado permiten inferir que no se requieren medidas de urgencia para el otorgamiento del amparo, ni siquiera como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en primer lugar, porque, como viene de verse y se ha aceptado por los actores, a ellos no se les ha dejado de pagar sus mesadas y, en segundo lugar, contrario a lo que afirman, con la celebración del contrato de fiducia mercantil se ha conformado un patrimonio autónomo (art. 1233 C.Co.), destinado al pago de sus prestaciones de retiro, instrumento financiero que conforme a las reglas que lo disciplinan, tienen cierta equivalencia con los fondos de pensiones que también deben constituirse como

patrimonio autónomo, bien se trate de los fondos autorizados por la Ley 100 de 1993 (art. 97), ora se trate de los regulados por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estos últimos, por lo demás, susceptibles de ser administrados por las sociedades fiduciarias (art. 168, num. 1 y 5).

En adición, téngase presente que las pensiones son derechos inalienables, irrenunciables y prevalentes, de suerte que la accionada sigue vinculada al pago de ellas en caso de insuficiencia del patrimonio autónomo, dada su responsabilidad al haber asumido el riesgo pensional en forma independiente antes de la Ley 100 de 1993, lo que por cierto se dejó en claro en varias estipulaciones del ya citado contrato de fiducia.

De manera que si a los accionantes lo que les preocupa es la insuficiencia futura de la accionada, como lo han puesto de presente desde hace varios años, según las comunicaciones que han dirigido a ella y a otras entidades, y tampoco les satisface el negocio fiduciario para la cobertura también futura de sus pensiones, el cual, en principio, estarían legitimados para impugnar, deben proceder a promover las acciones legales pertinentes, antes que su situación pueda llegar a constituir un verdadero perjuicio irremediable, con las características que para su configuración ha determinado la doctrina constitucional, caso en que sería de su propia responsabilidad el riesgo que tanto anuncian, toda vez que habrían dilapidado la oportunidad de acudir ante las únicas autoridades facultadas para dirimir los conflictos: los respectivos jueces competentes."

14. Con posterioridad a la sentencia del ad-quem se han demostrado dentro de la etapa de la revisión, especialmente por las inspecciones judiciales practicadas, algunos hechos que son importantes para la decisión a tomar:

14.1. Por escritura pública 2260, de la Notaría 5 de Bogotá del 8 de junio de 1946 se constituyó la sociedad anónima Flota Mercante Grancolombiana ; pero, el 5 de febrero de 1997, por escritura pública # 513 de la Notaría 18 de esta ciudad la sociedad cambió su nombre por el de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., habiéndose registrado debidamente en la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá.

Previamente, el 3 de diciembre de 1996, la Flota Mercante Grancolombiana S.A., conformó con unas sociedades mejicanas la Transportación Marítima Grancolombiana S.A., con un capital social de cien millones de pesos, lo cual, según los apoderados de los solicitantes de tutela: "restan aún más claridad al manejo de sus obligaciones laborales y ponen en mayor peligro los derechos de los pensionados".

14.2 Con posterioridad al aparecimiento de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., ésta, el 6 junio de 1997, pidió al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social permiso para el despido colectivo del personal de mar. En la solicitud confiesa que el patrimonio autónomo para el pago de pensiones "no tiene aún la liquidez que se permita asumir la nómina pensional en un corto plazo".

14.3 Ante el Ministerio del Trabajo ya habían presentado querrela las asociaciones que representan a los jubilados, exigiendo que la Flota Mercante Grancolombiana cumpla con lo determinado por la ley 100 de 1993.

Por resolución 000809 del 11 de abril de 1997, el Jefe de la División de Inspección y Vigilancia de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Santafé de Bogotá y Cundinamarca multó a la empresa con cuarenta salarios mínimos legales mensuales porque,

“la ley 100 de 1993 impide que el empleador continúe reconociendo pensiones de jubilación, igual que esta ley previó la situación de los pensionados y de los trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones... por lo cual la Flota Mercante Grancolombiana se encuentra en mora de adaptarse a las nuevas disposiciones que exigen en la afiliación al nuevo sistema.

“Que por los hechos expuestos anteriormente este Despacho encuentra que la empresa Flota Mercante Grancolombiana ha vulnerado el decreto reglamentario 692/94 art. 3 y 40 haciéndose acreedora de la correspondiente sanción legal establecida en el art. 271 ley 100/93”.

14.4. Dentro de la inspección judicial practicada por la Corte Constitucional, el Subdirector Técnico de Inspección y Vigilancia opinó que las labores del Ministerio del Trabajo no pueden ir más allá de sancionar, requerir o exonerar (art. 41 decreto 2351 de 1995), es decir, limita sus funciones a las de policía administrativa.

14.5. Sin embargo, hay que poner de presente que hace meses el Ministerio definió (resoluciones 2922 de 12 de septiembre, 3486 de 30 de octubre de 1995 y 0008 de 1996) que según las pruebas aportadas por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., ésta cumple con lo establecido en el artículo 10 del decreto 426 de 1968, reglamentario de la ley 171 de 1961, artículo 13, o sea, que existe provisión para cubrir los derechos prestacionales.

Del mismo parecer fue la oficina jurídica del Ministerio, agregando que si las reservas son admitidas por la División de Impuestos Nacionales, el Ministerio del Trabajo debe considerar cumplida la obligación del artículo 13 de la ley 171 de 1961 y en consecuencia no se exigirá la constitución de las cauciones o las garantías de que trata la mencionada ley. También se indicó que se estaba dentro los parámetros de los artículos 5 y 7 de la Resolución 2449 de 1970 reglamentaria del artículo 13 de la ley 171 de 1961 y que tampoco se había desconocido el decreto 2649 de 1993, artículo 77.

Ha habido, pues, posiciones disímiles del Ministerio del Trabajo, puesto que por un lado considera que está garantizado el pago de las obligaciones

prestacionales, y, con posterioridad castiga por estar la FLOTA en mora de adaptarse al sistema de la ley 100 de 1993.

14.6. En cuanto a este mismo tema de la situación económica de la empresa, la Superintendencia de Sociedades la sometió a CONTROL mediante Resolución 310-253 del 21 de febrero de 1997 “ y hasta tanto sea superada la situación que originó dicho sometimiento” y, una de las tantas órdenes que se dieron expresamente obliga al representante legal de la empresa para que certifique “*dentro del plazo aludido (20 días) si fueron entregados al patrimonio autónomo, la totalidad de los certificados de tradición y libertad de los bienes fideicometidos, soportes legales de la transferencia de su propiedad al fideicomiso*” (se refiere al patrimonio autónomo para el pago de pensiones de jubilación).

Para la Superintendencia de Sociedades, hay crisis al interior de la compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana (antes Flota Mercante Grancolombiana); así lo declaró expresamente Elke Schacfer y se colige del hecho de someterse a control y antes haber estado sometido a vigilancia por parte de la misma Superintendencia. Pero, no sobra precisar dos elementos de juicio que se contraponen:

a) Por un lado, un funcionario de dicha Superintendencia (Rubén Dario Fajardo) resalta que ha crecido el patrimonio autónomo para cubrir las pensiones por cuanto el cubrimiento del pasivo pensional amortizado era de casi el 50% en 1995 y, actualmente, ya llega al 72.8% y respalda su afirmación en el informe de los auditores de la firma KPMG; además, el 28 de diciembre de 1995, la Superintendente de Sociedades Beatriz Cuéllar, “acoge con beneplácito” la figura de la fiducia mercantil irrevocable aludida anteriormente.

b) Por otro lado, el 3 de junio del presente año, la Superintendencia de Sociedades mediante Resolución 310-1043, confirmó en todas sus partes el sometimiento a CONTROL de la hoy llamada Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A.

14.7. Con el propósito de clarificar situaciones relevantes para la tutela, en la Inspección judicial practicada en el edificio que aún se distinguen con el nombre de Flota Mercante Grancolombiana, se constató:

a) En abril de 1994 se liquidaban las pensiones en el Departamento de Personal, se pagaban en Tesorería o en Concasa, con autorización del pensionado, y cada jubilado tenía su propio código. Actualmente se mantiene el mismo código para los jubilados, pero hay otros pensionados diferentes a los de 1994. El Departamento continúa tramitando las resoluciones que son decretadas por el Presidente y el Secretario General de la Sociedad Anónima, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante procesándose las nóminas mensualmente en el mismo Departamento de Personal, de ahí que aparezca todavía el logotipo de la

Flota Mercante Grancolombiana (Se informa que el logotipo fue aportado a la nueva compañía Transportación Marítima Grancolombiana S.A.). Los jubilados reclaman su mesada en Concasa o directamente en las oficinas de la Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela.

b) En cuanto al patrimonio autónomo; el declarante Jorge Carrizosa hace estas precisiones: Mediante escritura pública N° 2687 de 29 de diciembre de 1995 de la Notaría 44 de Bogotá, se aportaron varios bienes raíces a un patrimonio autónomo que administra la fiducia y que se denomina **Patrimonio Autónomo Jubilados FMG**; posteriormente por escritura pública N° 6838 de fecha 30 de diciembre de 1996 de la Notaría 18 de Bogotá, se aportó a dicho patrimonio autónomo por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, S.A., antes Flota Mercante Grancolombiana S. A. otro bien raíz, situado en la Isla de Manga de la ciudad de Cartagena y contiguo a un lote propiedad del Patrimonio Autónomo. Igualmente a lo largo del desarrollo del negocio fiduciario la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. ha venido entregando al Patrimonio Autónomo, a título de fiducia mercantil y de conformidad con lo provisto en el contrato fiduciario sumas de dinero líquidas para la atención del pasivo pensional. En los certificados de libertad actualizados de los inmuebles recibidos para el aludido patrimonio autónomo aparece registrada la fiducia. Sobre este punto no sobra adelantar que algunos inmuebles de los ubicados en la ciudad de Buenaventura, cuyo valor según los avalúos vigentes a 31 de diciembre de 1996, asciende a aproximadamente el 2.5% del valor estimado para todos los inmuebles del patrimonio autónomo a finales de 1996, tienen un problema en su titulación en donde se anota una falsa tradición sobre el cual se han venido tomando las medidas conducentes a su saneamiento. Sobre el negocio fiduciario en general resalta el declarante los siguientes puntos: La constitución del Patrimonio Autónomo Jubilados FMG no pretende ser una sustitución de obligaciones a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y a favor de sus jubilados que existan de conformidad con las leyes laborales. Se pretendió con la constitución de dicho Patrimonio Autónomo separar unos bienes de propiedad de la hoy denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante del resto de su patrimonio para destinarlos hasta donde ello sea posible al pago de las obligaciones a favor de sus jubilados exclusivamente, tal como ellos se definen en el mismo negocio fiduciario. Sin embargo, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, S.A. sigue además respondiendo con sus obligaciones para con sus mencionados jubilados con el resto de su patrimonio. A juicio del testigo lo que se hizo fue dar una **garantía adicional** a los jubilados con los bienes del patrimonio autónomo para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, S.A. y a favor de sus jubilados.

El Presidente de la Compañía de inversiones de la Flota Mercante S.A. expresó en la diligencia de inspección judicial:

“Efectivamente la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. refleja en sus estados financieros la proporción correspondiente de la provisión pensional

y el pago de las mesadas aún no cubierto por la fiducia y mantiene en cuentas de orden el resultado correspondiente al Patrimonio Autónomo. La Empresa es consciente de que mantiene la responsabilidad última en el pago de las pensiones aún en el fortuito evento de que el Patrimonio Autónomo Jubilados FMG no pueda cumplir sus obligaciones al respecto."

14.8. En cuanto a las informaciones de Bermúdez y Valenzuela sobre el patrimonio autónomo hay lo siguiente:

a) El nuevo bien raíz (en la isla de Manga en Cartagena) no aparece con valor concreto en la escritura. Hay que decir que el lote tiene 5-954.60 metros cuadrados y para efectos notariales se fijó para la cuantía del contrato la misma de la comisión fiduciaria o sea tres millones de pesos.

b) La Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. ha aportado en sumas de dinero líquidas: En 1996: \$4.195,9 millones. Durante 1997 van: 3.238,4 millones (aunque se dice que son más de 4.539 millones para mesadas, reintegro de drogas y auxilio educativo).

Estas sumas de dinero, al rededor de ocho mil millones de pesos, superan ligeramente el 5% del monto en que se calculó el pasivo pensional (147.826 millones).

Ese 5% y el valor de los 5.954 metros cuadrados son en realidad el aumento el 49.48% aportado inicialmente. La opinión de que ya se llegó al 72.8% no tiene respaldo en el expediente, salvo la hipótesis de que los bienes inicialmente aportados se hubieren valorizado, cuestión discutible como aumento del aporte.

c) El principal inmueble que respalda el patrimonio autónomo está en Cartagena, en el sitio "Ceballos", tiene un área de 596.024 metros cuadrados (59.6 hectáreas) y está cerca aunque no unido (porque de por medio está el área de "Contecar") a otro lote del patrimonio autónomo que tiene 98.695 metros cuadrados. Estos dos inmuebles no han sido aún trasferidos.

d) De los inmuebles aportados al patrimonio activo, ya se han vendido o comprometido en venta varios de ellos. Esto no significa disminución del patrimonio porque los bienes raíces son reemplazados por bienes muebles (dinero); pero, de todas formas, son varias las operaciones efectuadas como lo demuestra este cuadro:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

COMPETENCIA

15. Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento

en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 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.

TEMAS JURIDICOS

1. PROCEDENCIA DE LA ACCION

1.1. En numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha decidido tutelas de jubilados que consideran afectados sus derechos fundamentales. Que el pensionado sea colombiano o extranjero no afecta el derecho a instaurar la acción siempre y cuando la real o presunta violación o amenaza se desarrolle en Colombia.

Por otro aspecto: El pensionado está en situación de subordinación respecto a quien de una u otra manera tiene que ver con la prestación, y si ésta significa el mínimo vital para el jubilado, con mayor razón la tutela cabe porque aquél estaría en situación de indefensión frente a quien viole o amenace violar el mínimo vital del peticionario.

“Tiene bien definido la jurisprudencia constitucional que el estado de subordinación alude a una relación de índole jurídica, por cuya virtud una persona depende de otra, en tanto que el estado de indefensión comporta, de igual manera, una dependencia pero derivada de circunstancias fácticas que colocan a quien lo padece en imposibilidad de defenderse de una agresión”. (auto de 13 de marzo de 1997, M.P. FABIO MORON DIAZ).

Además, si la persona contra quien se dirige la acción está encargada de aspectos relativos al sistema de seguridad social integral (pensiones de jubilación), se trata de un servicio público y esta es una razón adicional para la viabilidad de la tutela.

1.2. La presente acción al ser instaurada se dirigió contra la entidad a quien habría que dársele la orden en el caso de que prosperara. Si esa persona jurídica contra quien inicialmente se orientó la tutela en el curso de la misma cambia de nombre, esto en nada afecta la tramitación porque, en primer lugar, la verdadera relación en la tutela es entre el solicitante que se considera afectado por un hecho u omisión que le vulnera o amenace vulnerar sus derechos fundamentales y la Constitución que consagra el derecho fundamental; y, en segundo lugar, porque, en el caso concreto, la nueva sociedad se ha hecho presente dentro de la tramitación, ha otorgado poder para que se la represente en el expediente, su apoderado ha intervenido activamente y el representante legal ha fijado su posición, luego no podría venir luego a invocarse una inexistente nulidad.

Aclarado el aspecto adjetivo, se analizará el tema bajo la óptica sustantiva, teniendo como referencia principal a la sentencia T-299 de 1997 de esta Corporación:

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD¹

“En reiterada jurisprudencia, la Corte ha establecido que, si bien el derecho a la seguridad social (C.P., artículo 48) no tiene, en principio, el carácter de derecho fundamental, puede llegar a tenerlo cuando su vulneración o amenaza pongan en peligro o afecten algún derecho fundamental per se. Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, en el caso de las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, **adquiere el carácter de derecho fundamental**, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones.” (Subrayas fuera de texto).

En otra providencia se dijo:

“En síntesis, la Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular, como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.

“Sostener lo contrario implicaría desconocer evidentes razones de justicia material que llevaron al constituyente a vincular al Estado con la garantía de la dignidad de quienes, al término de su vida laboral, luego de contribuir con su trabajo a la construcción de la riqueza nacional, merecen de la sociedad, no sólo un justo reconocimiento sino una pensión equivalente a un porcentaje de su salario, para asegurar una vejez tranquila. Frente a este derecho, el Estado debe actuar con toda energía y prontitud, de manera tal que quienes han adquirido, en virtud de su edad y años de trabajo, una pensión de jubilación o vejez, no se vean, ni siquiera transitoriamente, desprotegidos frente a actos arbitrarios o negligentes del propio Estado o de los particulares que por ley

¹ Base teórica de la sentencia T-299/97. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*estén obligados a asumir la prestación social*²”.

Y en la T-299/97 también se dijo:

“De igual forma, la Corte ha considerado que el mínimo vital de las personas de la tercera edad no sólo resulta vulnerado por la falta de pago de las mesadas pensionales sino, también, por el retraso injustificado en la cancelación de las mismas. Así, por ejemplo, si en materia de salarios³, en ciertos casos - básicamente aquellos en los cuales resulta comprometido el mínimo vital del trabajador - la Corte ha entendido que el retraso en su pago vulnera su derecho a una subsistencia digna, con mayor razón esta vulneración se produce si lo que no se cancela oportunamente son las mesadas pensionales de las que depende por entero la subsistencia de las personas de la tercera edad.”

En conclusión: la seguridad social es un derecho fundamental cuando se trata de personas de la tercera edad, que ven afectado su mínimo vital.

3. ASUMIR LA OBLIGACION PENSIONAL NO SIGNIFICA QUE SE CUMPLA EN SU TOTALIDAD CON EL DERECHO PRESTACIONAL

Si la empresa a la cual el pensionado prestó sus servicios durante su vida laboral, dice que no se libera del pago de las mesadas, esta confesión de cumplir con la ley no es garantía suficiente de compromiso con los mandatos contenidos en los artículos 13 y 46 de la Constitución porque lo importante es la JUSTICIA MATERIAL y no las promesas formales. Por esta razón, aquellas empresas privadas que no le aseguran a sus pensionados todas las facetas de la seguridad social integral, una de las cuales es la de las dos opciones permitidas por la ley 100 de 1993, afectan con su comportamiento el principio de UNIVERSALIDAD del sistema. La Corte ha sostenido:

“En estos eventos, ya sea que la empresa tenga la obligación legal de sufragar la pensión, que a ella esté obligada por haber omitido la realización de los aportes obrero-patronales al sistema integral de seguridad social, el derecho a la seguridad social merece una efectiva y oportuna protección. En efecto, la naturaleza pública o privada del empleador en nada cambia la gravedad de la lesión que recae sobre

² ST-323/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ ST-063/95 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; ST-606/95 MP. Dr. Fabio Morón Díaz; ST-613/95 MP. Dr. Fabio Morón Díaz; ST-051/96 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; ST-146/96 MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz; ST-202/96 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; ST-210/96 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; ST-437/96 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; ST-479/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-565/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-641/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-642/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-019/97 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-081/97 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

los derechos fundamentales a raíz de la vulneración del derecho a la seguridad social que concurre necesariamente a la satisfacción del mínimo vital de las personas de la tercera edad.

En los casos en los cuales el patrono desconoce la obligación de sufragar los gastos por concepto del pago de la pensión de jubilación y los derechos complementarios, no sólo lesiona el derecho a la seguridad social sino la función social que le compete en un Estado social de Derecho (C.P. art. 333) y el principio de solidaridad (C.P. art. 1), que tienden a matizar la desigualdad existente, imprimiendo a la empresa determinadas cargas públicas para garantizar una equitativa distribución de los bienes sociales.

De igual manera, la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador. El principio de la buena fe (C.P. art. 83), resulta de este modo claramente quebrantado⁴”.

Si bien es cierto que el artículo 2º del decreto 1160 de 1994, en su literal b) establece que: “Cuando a 1º de abril de 1994, el trabajador tuviere 20 años o más de servicios contínuos o discontinúos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquiridos el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador”; sería absurdo que precisamente los jubilados no quedaron amparados por el sistema, y, en consecuencia, hay que conjugar la protección del sistema con el deber patronal de asumir la obligación, ambas cosas se complementan y no se excluyen.

Significa lo anterior que el patrono no queda liberado de la obligación prestacional en toda su amplitud: reconocimiento de las pensiones, pago de las mismas, si a ellos hubiere lugar, pero, sobre todo a efectuar las diligencias necesarias para REAL protección de los BENEFICIARIOS mediante ingreso efectivo al sistema, que es un derecho protectorio, ya que no puede reducirse el ingreso al sistema general de pensiones a un simple reajuste de pensiones como lo plantea la entidad contra quien se dirige la tutela.

Es apenas obvio que no puede pensarse en reajuste de pensiones si no hay dinero con qué pagarlas. Las garantías para el jubilado no se limitan a la consecuencia (reajuste), sino también a la causa (la pensión). El sistema engloba todo. Cómo se puede hablar de reajuste pensional si previamente no hay seguridad para la pensión?

Estos aspectos pueden ser dilucidados en la tutela siempre y cuando se de en ello él presupuesto del perjuicio irremediable.

⁴ ST-323/96 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4. PERJUICIO IRREMEDIABLE

Establecido que SI es procesalmente viable tramitar la tutela de los jubilados contra la Flota Mercante Gran Colombiana, hoy Compañía de Inversiones d la Flota Mercante S.A. y que la protección es general, hay que agregar que el amparo es dable cuando existe el perjuicio irremediable.

Son numerosas las decisiones que sobre el tema ha proferido la Corte Constitucional. Ultimamente, esta Corporación, simplificó los requisitos del perjuicio irremediable así :

“El perjuicio ha de ser inminente, o sea, que amenaza o está por suceder prontamente.

Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes.

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 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 su integridad ⁵”

4.1. La vejez tranquila y la subsistencia digna contribuyen a calificar el elemento gravedad

Los jubilados, salvo contadas excepciones, están excluidos del mercado laboral. La pensión suple el mínimo vital básico. El paso del tiempo hace más acuciante el temor de no recibir la mesada. La realidad ha demostrado que en la sociedad colombiana se pisotean los derechos de las personas de la tercera edad, tan es así que el mayor número de tutelas en el país son instauradas por jubilados o extrabajadores a quienes se les demora el reconocimiento de su pensión.

No es infundado que un pensionado crea que pueda perder su prestación cuando no hay la seguridad suficiente para garantizarla. El sólo pensarlo, razonadamente, rompe el derecho a una vejez tranquila y, por ende, a una subsistencia digna. Y si hay elementos de juicio serios que respaldan ese temor, se da el elemento gravedad porque surge la amenaza material y moral de la afectación a un derecho fundamental.

⁵ Sentencia T-435/94, Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Pues bien, ese posible perjuicio irremediable se predicaría para el caso de estudio, frente a la posible afectación de derechos fundamentales.

5. DERECHOS PRESTACIONALES

Ha sido particularmente importante en este aspecto la sentencia SU-111/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sobre los derechos prestacionales ha indicado y es jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional que se:

“debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones.”

El derecho prestacional no se limita a lo presupuestal, sino también a la seguridad de la CONTINUIDAD del servicio público esencial de la seguridad social, y esto implica organización y procedimiento dentro de un contexto democrático.

Es sabido que los derechos prestacionales se subdividen en :
Derecho a protección,

Derecho prestacional propiamente dicho, (como sería p. ej. la asistencia social en cuanto tiene relación con el mínimo vital),

Derecho a organización y procedimiento.

Significa lo anterior que la protección al derecho prestacional, tratándose de los jubilados, no se limita al reclamo cuando no hay pago de la correspondiente mesada indispensable para el mínimo vital, sino que se extiende a aquellas situaciones en las cuales la falta de una organización y un procedimiento adecuados para la continuación en la prestación del servicio pudieran venir a afectar el goce del derecho, en este caso la protección es más de prevención, cuestión que también está admitida en la tutela. Dentro de un Estado Social de Derecho, el Estado y el patrono tienen que efectuar lo necesario para que el derecho prestacional no sea afectado y para cualquier solución el proceso no puede ser antidemocrático.

6. DERECHO PRESTACIONAL Y DERECHO A LA VIDA Y LA IGUALDAD

“La protección de la vida tiene el carácter de valor superior en la Constitución Política. La razón de ser de la comunidad política que forman los colombianos estriba en la necesidad de asegurar colectivamente el disfrute máximo de la vida y la libertad. La garantía constitucional no puede ciertamente

satisfacerse con la mera interdicción que recae sobre su eliminación o supresión. El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general. El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.⁶

La anterior transcripción liga el derecho a la vida con los derechos prestacionales y en cuanto a éstos con el derecho de la igualdad, se puede decir: específicamente, en los numerosos casos que motivan la presente tutela, se ha invocado el principio de igualdad por cuanto el peligro de no pago de pensiones significaría un trato discriminatorio y una desprotección para personas respecto de las cuales se merece una especial protección del Estado. (art. 13 C.P.).

Hecho el enfoque sobre los derechos fundamentales, se pasa a este otro tema:

7. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Consagrada la seguridad social en la Constitución, los artículos 46 y 48 de la Constitución Política son pertinentes para el caso de estudio.

“ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

⁶ SU-111/97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

La ley 100 de 1993 desarrolla el mandato constitucional con el objetivo central de GARANTIZAR (es el verbo permanentemente empleado en las normas) la seguridad social, que adquiere una dimensión de servicio público esencial respecto de quien lo presta y de derecho irrenunciable respecto de quien lo recibe.

En lo que tiene que ver con el sistema general de pensiones, su campo de aplicación cubre a todos los habitantes del territorio nacional. **Expresamente incluye** a los ya pensionados (art. 11 ley 100 de 1993). Que no reciban el calificativo de afiliados no es obstáculo para que sean **beneficiarios plenos** de un sistema que es obligatorio para todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones que la misma ley 100 prevee. Implica una afiliación para los trabajadores y con una selección libre y voluntaria respecto de los dos regímenes que establece la ley; uno de ellos, el del régimen de ahorro individual con solidaridad, está en relación con “fondos de pensiones como patrimonios autónomos”, que son “propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora” y el otro es el régimen solidario de prima media con prestación definida, que tiene como administrador al Instituto de los Seguros Sociales y, excepcionalmente, las cajas, fondos o entidades existentes (obviamente a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993 art. 151 para el sistema general de pensiones). La pregunta que surge en la presente tutela es: Frente a los BENEFICIARIOS del sistema, como son los ya jubilados, cuáles son las prerrogativas?

8. REGIMEN PARA LOS YA JUBILADOS

Antes de la Constitución de 1991, la ley 171 de 1961, art. 13, estableció:

“SEGUROS. Toda empresa privada, cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000) está obligada a contratar con una compañía de seguros, a satisfacción del Ministerio del Trabajo, el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afecten en materia de pensiones, o a otorgar caución real o bancaria por el monto que se le señale para responder de tales obligaciones.

El Ministerio de Trabajo, por medio de resolución especial, señalará el procedimiento para el otorgamiento de las cauciones a que se refiere este artículo."

Adicionalmente y como otro mecanismo de protección los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973 regularon la conmutación pensional consistente en que el ISS sustituye a una empresa en el pago de las pensiones cuando se dan unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal (este tema se desarrollará posteriormente en la presente sentencia).

La ley 100 de 1993 (post-constitucional), con su sistema de seguridad social recogió el principio de favorabilidad del art. 53 C.P. y la operatividad armónica de normas y procedimientos, luego las garantías antes señaladas no solo mantienen su vigencia sino que conforman también el sistema (arts. 11, 288 y 8 de la Ley 100 de 1993). Les dió además el artículo 11 la categoría de derechos adquiridos a todas las garantías, prerrogativas y beneficios establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores.

En esa transición de lo anterior a la ley 100 a la normatividad de ésta, se le da a los ya jubilados la caracterización de BENEFICIARIOS del sistema y a partir del 1° de abril de 1994 quedaron INCORPORADOS al sistema general de pensiones, luego, al menos formalmente no están por fuera de la protección que la misma Constitución de 1991 estableció. Pero, lo básico es la protección REAL.

9. UNA FORMA DE PROTECCION: LA CONMUTACION PENSIONAL

Cuando los derechos a la igualdad y a la vida, pudieran afectarse por el temor a no recibir unas mesadas que para los pensionados son situaciones jurídicas concretas, caben los mecanismos preventivos para que el derecho no se torne nugatorio.

En sentencia T-299/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se dijo:

"El ordenamiento jurídico colombiano contempla un mecanismo dirigido a salvaguardar el derecho fundamental a la seguridad social de los pensionados de aquellas empresas que han asumido el pago de la carga prestacional y que se encuentran en una situación económica tal que puede poner en peligro la efectividad del anotado derecho fundamental."

En efecto, el artículo 1° del Decreto 2677 de 1971 establece que la conmutación es un mecanismo excepcional en virtud del cual el I.S.S. sustituye a una empresa en el pago de las pensiones legales y convencionales. Por su parte, el artículo 2° del mismo decreto, en relación con la procedencia del mencionado mecanismo, dispone los MOTIVOS para la conmutación:

“Habrá lugar a conmutación cuando una empresa nacional o extranjera con pensiones de jubilación pendientes, entre en proceso de cierre o liquidación, o en notable estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores”.

Los pasos para la conmutación son:

a) Solicitud, ante el Director del I.S.S., por los trabajadores, por éstos y la empresa en forma conjunta o, **de oficio**, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Decreto 2677 de 1971, artículo 4°; Decreto 1572 de 1973, artículo 1°)

b) Una vez que el Director del I.S.S. reciba la solicitud de conmutación pensional, dará traslado de ella al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para que éste, con el concurso de las entidades encargadas de la vigilancia del patrono o de la empresa de que se trate califiquen la situación de liquidación, descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento (Decreto 2677 de 1971, artículo 2°) mediante los estudios e investigaciones que sean necesarios.

c) Pero, el Ministro de Trabajo podrá ordenar *de oficio* los estudios antes mencionados y, en caso de considerarlo pertinente, solicitará él mismo la conmutación al I.S.S.

d) Si el concepto del Ministerio del Trabajo es favorable a la conmutación, el I.S.S. aceptará la solicitud, previo el trámite establecido en el artículo 4° del Decreto 1572 de 1973 y 5° del Decreto 2677 de 1971 (Decreto 1572 de 1973, artículo 3°). El cálculo de la suma que la empresa que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 2° del Decreto 2677 de 1971 deberá cancelar al I.S.S. para que éste asuma el pago de las obligaciones pensionales, así como la cancelación de la misma se rigen por las reglas fijadas en los artículos 4° a 11 del Decreto 1572 de 1973.

Y agrega la sentencia T- 299/95:

“La jurisprudencia de esta Corporación⁷ ha señalado, en repetidas oportunidades, que el derecho a la seguridad social es fundamental en tratándose de las personas de la tercera edad, éste puede resultar comprometido de dos maneras: (1) por vía de una lesión directa; y, (2) por vía de una amenaza que ponga en peligro su efectividad. Esto último, junto con lo afirmado en el párrafo precedente, impone concluir que el derecho fundamental a la seguridad social de los pensionados de cualquier empresa sometida a un proceso concursal enfrenta un riesgo mayor que amenaza su efectividad, frente al cual la acción de tutela sería el mecanismo prima facie adecuado para conjurar dicha amenaza, cuando ella se torna manifiesta. (subrayas fuera de texto).

⁷ ST-019/97 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10. EL MECANISMO DE PROTECCION: FONDO DE PENSIONES

Lo señalado en el anterior punto no excluye el estudio en esta sentencia de los fondos de pensiones, establecidos por la ley 100 de 1993 y sus correspondientes decretos. Surge la inquietud de si pueden ser remplazados plenamente por un contrato de fiducia para el sostenimiento económico de los compromisos prestacionales de la entidad patronal. La Corte Constitucional tiene que hacer este estudio porque uno de los fallos motivo de revisión (el de la Corte Suprema) asimila la fiducia al fondo de pensiones.

Esta Sala de Revisión debe realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, la jurisprudencia de esta Corporación, en varias ocasiones, ha manifestado que los aportes que administran los fondos de pensiones, ya sean públicos o privados, **son recursos parafiscales**⁸, por ende son recursos públicos con autonomía presupuestal, pues no ingresan al presupuesto general de la Nación, son ingresos con destinación específica, en tanto y cuanto no pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en la ley que los autoriza y, se designan en provecho directo o indirecto del grupo que aporta. Por consiguiente, la ley que diseñó el sistema de seguridad social en Colombia, que busca desarrollar los valores y principios que consagra la Constitución de 1991, determinó una estructura que intenta garantizar no sólo el derecho a la seguridad social formal sino su efectividad material, toda vez que a partir del principio de universalidad de la seguridad social estableció un sistema de garantías que permitan el pago eficiente y oportuno de las pensiones de los trabajadores. En otros términos, la naturaleza jurídica de los fondos administradores de pensiones, que son los encargados de reconocer el derecho constitucional a la pensión, fue diseñado para garantizar la administración de recursos con destinación prioritaria y autónoma de los dineros recaudados por el sector trabajador.

En segundo lugar, debe tenerse de presente que el artículo 48 de la Constitución prescribe la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, que podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. Por consiguiente, la Constitución determina como garantía a la efectividad del servicio público en mención, la prestación institucional del derecho. Dicho de otro modo, la Constitución excluye de la órbita de la autonomía de la voluntad privada la prestación de la seguridad social, pues se considera un derecho en donde por esencia, el Estado debe controlar, dirigir y coordinar.

Finalmente, en desarrollo de lo expuesto en precedencia, el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, dispone que “las cuentas de ahorro pensional, serán administradas por las entidades que se autoricen para tal efecto, sujetas a la vigilancia y control del Estado” y el inciso primero del artículo 168 del Decreto reglamentario 663 de 1993 que se refiere a los fondos voluntarios de pensiones de jubilación e invalidez, dice:

⁸ Entre otras pueden consultarse las sentencias C-105 de 1997 y C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

“Sociedades con capacidad de administrar fondos de pensiones. Los fondos de pensiones de jubilación e invalidez sólo podrán ser administrados por sociedades fiduciarias y compañías de seguros, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la naturaleza de los planes de pensiones lo exija y siempre que no se pongan en peligro los intereses de los partícipes de los diversos planes y fondos” (Subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, tanto en la Constitución como en su desarrollo legal, se establece la institucionalización de los fondos administradores de pensiones, los cuales se autorizan por el Estado con base en **criterios de eficiencia y seguridad** (art. 48 C.P.) en el desempeño de sus labores. Por ello, como una forma de garantizar la eficiencia del derecho a la seguridad social, la administración de recursos parafiscales que provienen de los trabajadores para financiar las pensiones de jubilación e invalidez, no puede dejarse en manos de entidades que no reúnan los requisitos de ley, luego un patrimonio autónomo no reemplaza a un fondo de pensiones, y, si ese patrimonio es administrado por una fiduciaria, esto constituye una **garantía adicional** al derecho a ingresar al sistema de seguridad social, pero no lo suple.

CASO CONCRETO

Antes que todo hay que aclarar que quienes instauran la presente tutela se presentan como jubilados y no como trabajadores, es decir, como beneficiarios del sistema y no como afiliados del mismo. La afiliación es para los trabajadores, éstos no instauraron tutela, luego los jubilados no pueden procesalmente suplirlos. Entonces, la segunda petición de la tutela no es procedente definirla en la presente acción. La Corte limitará su decisión a la protección de quienes instauraron la tutela alegando que en ese instante **ya eran jubilados**.

Pues bien, los jubilados de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. que instauraron la tutela, cuando aquella sociedad no había cambiado de denominación, podían legalmente ejercitar la acción en favor de ellos mismos y estaban en condición de subordinación respecto a la Flota que asumía la prestación del servicio público de la seguridad social. El cambio de nombre de la entidad no afecta los derechos de los jubilados a exigir protección, ni impide al juez dar las órdenes a la nueva sociedad anónima.

Como lo que se alega por los solicitantes es el **temor** de violación a un derecho fundamental, esa situación fáctica, adicionalmente significa una indefensión ya que los instrumentos legales a los cuales han acudido las organizaciones de jubilados (petición al Presidente de la República y a la propia sociedad anónima, solicitudes al Ministerio del Trabajo y a la Superintendencia de Sociedades), han servido solamente para que se resuelvan los derechos de petición (y como las peticiones fueron contestadas, la tutela no prospera en este aspecto); para que el Ministerio del Trabajo sancionara a la sociedad contra quien se dirige la tutela y para que la Superintendencia de Sociedades ejercite

control sobre aquella; pero, en lo que tiene que ver concretamente con el temor de que no haya respaldo para el pago de las pensiones, en el futuro, los jubilados se consideran indefensos y este es el punto central de la presente tutela. Y, la orden de protección se dará a la Entidad oficial que normativamente pueda dar la mayor seguridad posible, así la tutela no se hubiere dirigido contra ella. Lo básico es evitar la amenaza contra derechos fundamentales.

En efecto, lo que se plantea dentro del expediente es que haya organización y procedimientos adecuados para que en la eventualidad de que desaparezca la entidad o se agoten los bienes que respaldarían pago de las mesadas, los jubilados queden protegidos por algún mecanismo de la seguridad social. Y esa organización y procedimiento corresponden al STATUS ACTIVO DEL ESTADO que así contribuye a la eficiencia y efectividad del sistema de seguridad social.

Respecto al caso concreto: se dice que existe una situación de crisis en la antigua Flota Mercante Grancolombiana. No pasa por alto la Corte que dentro del acervo probatorio existen elementos de juicio que impiden una crítica a la compañía fiduciaria Bermúdez y Valenzuela pero contra ellos no se dirige la tutela. En lo que tiene que ver con la solicitud, está suficientemente demostrado que la Flota Mercante Grancolombiana, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. no puede eludir la obligación de pago de las pensiones respecto de las cuales aún es responsable no sólo por manifestación expresa de su representante sino porque legalmente tiene que responder porque sus pensionados no han sido ubicados dentro de las dos opciones establecidas por la ley 100 de 1993. Pero, además, aunque la tutela no puede en este caso cuestionar de fondo la fiducia, lo que se plantea en la solicitud de los jubilados es el temor a que en el futuro sea NUGATORIO el derecho y esto también tiene asidero porque la verdad es que los activos patrimoniales de la Flota han disminuido, ha solicitado autorización para despedir personal, la Superintendencia de Sociedades la tiene bajo control, el Ministerio del Trabajo la ha multado, y la compañía de Inversiones Flota Mercante Grancolombiana le dijo al Ministerio del Trabajo que el patrimonio autónomo “no tiene liquidez que se permita asumir la nómina pensional en un corto plazo”, luego se presenta una de las situaciones previstas por la ley para la conmutación pensional: **la disminución de actividades y de activos**. No se puede negar que lo que está ocurriendo hace razonable que el Ministerio del Trabajo haga los estudios para solicitar él mismo la conmutación pensional al I.S.S. Se aclara, al igual que se hizo en la T-299/96, que la Corte sí puede darle esta orden al Ministerio del Trabajo porque “cuando se encuentra de por medio el derecho fundamental a la seguridad social de personas de la tercera edad, equivale a una violación de este derecho y a un incumplimiento de las obligaciones estatales de especial protección referidas a los grupos más débiles de la población (C.P. artículo 13 y 46)”⁹.

⁹ Sentencia T-299/97.

Por otro aspecto, la creación de una fiducia mercantil para responder por algunas obligaciones pensionales, fue una determinación que motu proprio tomó la Flota Mercante Grancolombiana S. A., sin la previa autorización de la Superintendencia Bancaria, luego dicha fiducia es una GARANTIA ADICIONAL pero no es la propia garantía que la ley señala para que las personas queden cobijadas por el sistema de seguridad social. Fue una decisión patronal que no permitió la participación de los BENEFICIARIOS en la organización, control, gestión y fiscalización (art. 2 ley 100 de 1993). Si bien es cierto, los fondos de pensiones son expresión del sistema de seguridad social y las sociedades fiduciarias pueden conformar uno de esos fondos, también es cierto que para que puedan legalmente considerarse como la garantía adecuada al sistema deben previamente tener una autorización del Estado, puesto que van a manejar contribuciones parafiscales y esto exige una serie de controles del Estado y de los beneficiarios.

En el caso concreto de la presente tutela la sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela no pidió previamente la autorización a la Superintendencia Bancaria para convertirse en un fondo de pensiones. Y podría alegar que no maneja contribuciones parafiscales, luego esto atenta contra el sistema de seguridad social; sin embargo, la Corte no puede mediante tutela quitarle efectos a un contrato mercantil que establece una **garantía adicional** a los jubilados, máxime cuando la prueba obrante en el expediente demuestra seriedad de la compañía fiduciaria. Pero, esa seriedad no suple la garantía principal: el fondo de pensiones, ni valida el desconocimiento de la democracia participativa. El argumento de que una de las organizaciones de pensionados propuso una fiducia pero con compañía diferente a Bermúdez y Valenzuela, no indica que se le ha dado el visto bueno al contrato de fiducia.

Hoy todos los habitantes de Colombia deben estar adscritos al sistema de seguridad social y sería absurdo afirmar que los jubilados quedan por fuera de él. La Flota, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, no puede agotar su obligación con la promesa de asumir la prestación, ni puede válidamente decir que como ya firmó un contrato de fiducia su obligación está asegurada. La entidad está sometida a todo el conjunto de normas que protegen a los jubilados y éstos pueden reclamar organización y procedimientos de protección.

Dentro de esta situación, cobra importancia probatoria lo que está ocurriendo actualmente en la entidad patronal en el sentido de que surge un perjuicio irremediable porque los jubilados realmente pueden sufrir el albur de que la descapitalización y disminución de actividades de la entidad contra quien se dirige la acción pueda significar la pérdida de un derecho adquirido que adicionalmente significa el mínimo vital de los pensionados.

El argumento de que no hay menoscabo de activos porque hay un patrimonio autónomo no es válido porque: 1) el patrimonio autónomo no recibió la totalidad de lo fijado en la fiducia; 2) esa fiducia no reúne los requisitos de un fondo de

pensiones; 3) en el mismo contrato de fiducia se dice que es para el pago de pensiones en favor “de algunos de sus ex-trabajadores” y cita un permiso de la Superintendencia Bancaria de 1982 (anterior al decreto 663/93); luego se trata de una simple garantía adicional. Y lo PRINCIPAL: la tutela se dirigió contra la Flota Mercante Grancolombiana S.A., se pide que esa entidad no impida la afiliación de los jubilados al sistema general de pensiones. Si bien es cierto la palabra exacta no es AFILIAR, no por ello queda exonerada la Corte Constitucional para examinar si hay una amenaza de violación a un derecho fundamental. En el presente caso, existe esa amenaza, luego hay razón para que mediante tutela se reconozca que se requieren organización y procedimientos adecuados para evitar que la empresa haga nugatorio el derecho a recibir en el futuro las mesadas pensionales de los accionantes. Habrá que dar la orden para impedir que la amenaza se cristalice.

En este caso, como en el que ya falló la Corte Constitucional mediante T-299 del presente año, la medida no podrá ser la de ordenar inmediatamente el ingreso al ISS sino el de dejar en manos del Ministerio del Trabajo el análisis de si se ordena o no el trámite de ingreso al ISS.

Por los motivos expuestos se concluye que les asiste razón a los solicitantes cuando solicitan medidas para la protección del sistema real de seguridad social integral.

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

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** las sentencias materia de la presente revisión y en su lugar **TUTELAR** los derechos a la vida, a la igualdad y al derecho a la seguridad social de los solicitantes por estar amenazado el mínimo vital de éstos.

Segundo.- **ORDENAR** al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que asuma la competencia que le otorgan el artículo 4° del decreto 2677 de 1971 y el artículo 1° del decreto 1572 de 1973 y disposiciones pertinentes con el fin de que ordene los estudios que se mencionan en las normas antes anotadas y determine si se dan o no los supuestos entre la empresa Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y el I.S.S.

En caso de encontrar que tales supuestos se verifican, solicitará al director del ISS que la mencionada conmutación pensional se lleve a cabo, previos los trámites legales necesarios para que pueda procederse a la conmutación.

Tercero. **LIBRESE** comunicación al Tribunal de Santafé de Bogotá, Sala Civil, para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

T-339/97

Notifíquese y cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-340
Julio 18 de 1997

ACCION DE TUTELA-No dirime derechos litigiosos emanados de interpretación de ley/**ACCION DE TUTELA**-No resuelve conflictos judiciales cuyas competencias están establecidas

No fue erigida por el Constituyente de 1991 para dirimir derechos litigiosos emanados de la interpretación de la ley, ni resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentran plenamente establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues ello equivaldría a llegar a la inaceptable conclusión de que el juez de tutela puede sustituir al juez ordinario en la definición de dichos diferendos salvo, desde luego, cuando se configura la violación de los derechos constitucionales fundamentales y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo evento es procedente tutelar los derechos conculcados o amenazados, mientras la jurisdicción competente decide de fondo la correspondiente controversia.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional

Es evidente que la acción de tutela constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional

Es evidente que la acción de tutela constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Discrepancias por ejecución y desarrollo de contrato

En el evento de que la formulación de la acción de tutela surja con ocasión de las discrepancias en que incurran las partes a partir de la ejecución y desarrollo de un contrato vigente entre estas, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que su definición es del resorte exclusivo de la jurisdicción legalmente establecida como competente para dirimir las; así pues, las diferencias suscitadas con motivo o por causa del cumplimiento del objeto, obligaciones, términos y alcances de un vínculo contractual cualquiera que sea su naturaleza, bien sea de orden contencioso administrativo, laboral, civil o comercial, etc. deben ser tramitadas y decididas por la jurisdicción respectiva, según el caso y con sujeción a la normatividad vigente, toda vez que el conflicto es de rango legal y no constitucional y emana de la interpretación de la norma. La incompetencia para conocer de un litigio por parte del juez de tutela y que da lugar a denegar el amparo solicitado frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, permite al demandante llevar al conocimiento del juez competente, dentro de los términos legales, la solución de la controversia ; es a éste a quien le corresponde resolver el diferendo y ordenar si es del caso el restablecimiento de los derechos invocados, en la medida en que el juez constitucional de tutela no resulta competente para desplazar a la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento de su función pública de administrar justicia.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Ampliación lote de terreno para exploración de metales preciosos/TUTELA CONTRA ACTOS DE TRAMITE O PREPARATORIOS-Improcedencia de la tutela en principio

Como quiera que lo pretendido por el actor ante los jueces de tutela es obtener la protección del derecho a la ampliación de un lote de terreno para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados que alega tener derecho por adjudicación de la accionada dada la omisión de ésta a suscribir el contrato, la Sala observa que dichos derechos litigiosos son de la competencia del juez ordinario a quien corresponde el análisis, discusión y decisión de la respectiva controversia mediante la utilización de las acciones pertinentes. El acto en cuestión no refleja una simple actuación administrativa de la sociedad, sino más bien manifiesta en forma clara y expresa la voluntad de la administración de no acceder a la solicitud del actor para evitar la devolución de los dineros cancelados y negarle la ampliación del área contratada, lo cual constituye una decisión de fondo que pone fin a la actuación administrativa en relación con la pretensión del demandante, susceptible de ser atacada por la vía judicial para los efectos de obtener el restablecimiento de sus derechos. La Sala, tampoco encuentra acreditado que exista un perjuicio irremediable que justifique el análisis por esta Corporación. La Corte Constitucional ha señalado que en contra de los actos de trámite o preparatorios, en principio, no procede la acción de tutela, pero dado que excepcionalmente éstos pueden llegar a conculcar o amenazar los derechos constitucionales fundamentales de una persona, la acción se hace viable para su amparo, en la medida en que sirva de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, quedando a consideración del juez de tutela revisar cada situación individual, según los siguientes criterios.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reconocimiento de derechos contractuales

Las divergencias surgidas entre las partes por el incumplimiento de un contrato o de las futuras partes y las situaciones descritas en el presente caso tienen otros mecanismos de defensa judiciales para resolverlas, que escapan a la competencia del juez de tutela y que son del conocimiento de la jurisdicción competente que señala el ordenamiento vigente; toda vez que la acción de tutela es de naturaleza totalmente subsidiaria y residual, encargada de la protección de derechos constitucionales y no legales. De manera que, en tratándose del reconocimiento de derechos contractuales eventualmente exigibles, cuya competencia está adscrita a una jurisdicción diferente, no es posible hacer un pronunciamiento acerca de la controversia suscitada entre las partes y de la viabilidad de las pretensiones del actor.

Referencia: Expediente T-125.154

Peticionario: Raúl Ernesto Morales López.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor **Raúl Ernesto Morales López** formuló acción de tutela en contra de la empresa Minerales de Colombia S.A., "Mineralco S.A.", con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo, los cuales estimó vulnerados con la expedición, por dicha sociedad, de un acto administrativo que le ordenó reintegrar una suma de dinero dentro del trámite de ampliación de terreno contratado para la operación de exploración y explotación de metales preciosos y asociados, celebrado entre el actor y la demandada.

1. LOS HECHOS.

Los hechos relacionados con la acción de tutela instaurada y que constan en el expediente, son los siguientes:

1. El Ministerio de Minas y Energía, mediante acto administrativo, otorgó a la Sociedad Minerales de Colombia S.A. "Mineralco S.A." el aporte No. 1017 para metales preciosos de minería en veta, ubicado en el Municipio de Marmato, departamento de Caldas. Dicha sociedad para llevar a cabo la operación de exploración y explotación de ese aporte, el 18 de octubre de 1995 celebró un contrato minero con el señor Raúl Ernesto Morales López, perfeccionado y registrado en el Registro Minero, el cual le otorgaba el derecho temporal y exclusivo de realizar por su cuenta y riesgo los trabajos técnicos de exploración, explotación y beneficio, tendientes a obtener metales preciosos y asociados en un área de terreno contractualmente delimitada (ver Contrato a folio 173).

2. Posteriormente, el Señor Morales, mediante petición escrita, solicitó a "Mineralco S.A." la ampliación del área contemplada en el contrato mencionado, en 65.7967 hectáreas, solicitud que fue sometida a estudio del Comité de Contratación y Crédito de la sociedad, el cual, según consta en el Acta No. 001 del 9 de febrero de 1996 (a folio 194), evaluó la solicitud aclarando que la zona formaba parte del área solicitada en ampliación por Mineros Nacionales desde el año de 1993, también contratista de "Mineralco S.A.", trámite que aún estaba por definir, pero que con base en las recomendaciones del Jefe del Departamento de Ingeniería (E) la adjudicación del área debía hacerse en el terreno solicitado al señor Morales y en el restante a Mineros Nacionales, por presentar aquél condiciones técnicas y económicas más favorables para la empresa y siempre y cuando se produjera la ratificación previa de la Gerencia General al respecto.

En la mencionada Acta del Comité (fol.194) aparece, sobre un visto bueno, la firma del Gerente General encargado de "Mineralco S.A.", señor Javier Ortíz Muñoz.

3. Seguidamente, el Subgerente Técnico de la sociedad, señor Félix Antonio Rueda Ocazones, suscribiendo como Gerente General de "Mineralco S.A. el Oficio No. 0379 del 27 de febrero de 1996 (a fol. 206), comunicó al actor la decisión del Comité de Contratación y Crédito de aprobar su solicitud de ampliación del área contratada, en el Municipio de Marmato, y requiriéndolo para que se hiciera presente dentro del término de quince días hábiles, con el fin de firmar el respectivo otrosí al contrato, una vez canceladas las contraprestaciones correspondientes. Dicha obligación fue cumplida oportunamente por el señor Morales López ante la Tesorería de la sociedad.

4. Con fecha del 14 de mayo de 1996, la Gerente General encargada de "Mineralco S.A.", Iliá Marina Obando de Torres, expidió la Resolución No. 0120 con la cual ordenó la devolución al señor Morales de los valores pagados por éste ante la Tesorería, a fin de evitar que la sociedad incurriera en enriquecimiento ilícito, en virtud de la incompetencia de quien firmó como Gerente General, el oficio de comunicación al actor de la decisión que lo favorecía en su solicitud, antes citado. La resolución fue notificada mediante Edicto y personalmente, con posibilidad de ser recurrida en reposición.

El señor Morales interpuso en tiempo recurso de reposición contra la Resolución No. 0120 del 14 de mayo de 1996 argumentando ser titular del beneficio a suscribir el otrosí modificatorio de su contrato y señalando que, con base en la doctrina administrativa, la comunicación de un acto administrativo concreto y particular puede ser efectuada tanto por el representante legal como por otro funcionario de la administración, hecho que, según indicó, ha ocurrido en otras oportunidades en esa misma sociedad ; por consiguiente, en su opinión la decisión allí adoptada fue *“ilegal, en cuanto se orienta a dejar sin efecto decisiones en firme creadoras de situaciones jurídicas individuales, concretas y subjetivas”*, máxime si se tiene en cuenta que no pueden revocarse sin el consentimiento expreso del beneficiado. El Gerente General de la empresa no accedió a reponer la resolución mencionada y por el contrario reafirmó que la comunicación carece de validez, dado que quien la suscribió adolecía de representación para hacerlo y por ende no podía producir efecto jurídico alguno.

Adicionalmente, constan en el expediente actuaciones posteriores a esa decisión, de la Jefe de la Oficina Jurídica de Mineralco S.A.”, tendientes a obtener de los Subgerentes respectivos el análisis de la solvencia económica y la situación técnica del señor Morales, determinantes para la modificación del contrato. Al ser requerido para suministrar esa información, el señor Morales respondió que su solicitud ya había sido aprobada y comunicada por la empresa con base en la información presentada oportunamente, por lo que no encontraba justificada la nueva solicitud.

5. Con fecha 5 de junio de 1996, la Jefe de la Oficina Jurídica mediante Memorando No. 1474 informó a la Secretaría del Comité de Contratación y Crédito de “Mineralco S.A.” que la solicitud del demandante no cumplía con los requisitos jurídicos, técnicos y económicos necesarios para la exploración de la zona adicionalmente solicitada, y que el citado Comité había otorgado su recomendación sin sujeción al Acuerdo 0184 del 31 de octubre de 1994 (Estatuto de Contratación de Mineralco S.A.), en los artículos 7o. y 8o., en el literal c) del numeral 2o., sobre selección del contratista para efectos de lograr un mejor aprovechamiento del yacimiento y contratación directa de pequeña y mediana minería. Además, rechazó las observaciones favorables que de tipo económico se habían reconocido al señor Morales recalcando la superioridad en conveniencia de las que ofrecía el contrato con Mineros Nacionales, por lo que aconsejó estudiar de nuevo las propuestas presentadas por ambos contratistas.

6. En reiteradas ocasiones el actor solicitó a la Gerencia de la empresa “Mineralco S.A.” proceder a la elaboración y firma del otrosí al contrato de operación para la exploración y explotación de minerales vigente con esa empresa, a fin de incorporar el área supuestamente adjudicada con fundamento en lo aprobado por el Comité de Contratación y Crédito de la misma y a él comunicado por la sociedad, a lo cual obtuvo una respuesta negativa del Gerente General quien insistió en la falta de una decisión definitiva sobre la solicitud de ampliación del

área contratada por encontrarse aún bajo análisis, ya que la decisión del mencionado Comité, del 9 de febrero de 1996, no constituía un acto administrativo que hubiese creado una situación particular y concreta, sino una mera expectativa que no obligaba a la Administración, amén de que la comunicación efectuada de la misma carecía de validez jurídica por incompetencia del funcionario que la realizó.

7. Considerando vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, el actor presentó acción de tutela fundamentándose en la inexistencia de otro medio judicial de defensa de esos derechos, por la negativa de "Mineralco S.A." a suscribir el otrosí a su contrato de operación para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados, que permitiera ampliar el área contratada según lo solicitado y aprobado por la sociedad, toda vez que consideró que las decisiones emitidas por esa empresa eran actos de trámite contra los cuales no existe acciones contenciosas administrativas para obtener su ejecución y que ante la inexistencia de las acciones de cumplimiento la Corte Constitucional permite al juez de tutela *"impartir órdenes a la administración para el cumplimiento de sus propios actos"*, o sea, en este caso, la suscripción del otrosí al contrato para la ampliación de la zona contratada cuya adjudicación él afirma le fue conferida.

Sostuvo, así mismo, que en la misma acta del Comité de Contratación y Crédito de "Mineralco S.A.", No. 001 del día 9 de febrero de 1996, se discutieron y aprobaron solicitudes de otros interesados, relativas a la contratación y devolución de áreas, exoneración de contraprestaciones económicas, prórrogas en la explotación y cancelación de las mismas, etc., las cuales, recalca, *"fueron notificadas a los interesados y a su vez sufrieron el trámite respectivo"*, en algunos casos por personas distintas al Gerente de la empresa, afirmando que *"Únicamente frente a mi solicitud es en donde la Gerencia de Mineralco S.A. ha presentado obstáculos y ha pretendido dejar sin efecto el oficio en el cual me dió comunicación del acta 001 de 1996."*

Concluyó así el demandante que, con la conducta de la sociedad "Mineralco S.A.", se produjo una violación a su derecho a la igualdad por sufrir de un trato discriminatorio y desigual frente a las demás personas respecto de las cuales sus solicitudes si fueron tramitadas sin problema; así mismo, al debido proceso administrativo, porque no se llevaron a término las acciones administrativas necesarias para la suscripción del otrosí al contrato, a pesar de que éstas *"deben ir hasta su finalización"* y, por último, al trabajo porque al abstenerse la empresa de suscribir el contrato legalmente adjudicado al accionante, se le impidió laborar en la zona solicitada en *"dónde es más factible obtener recursos que justifiquen la labor..."*.

Y, finalmente, planteó como pretensiones al juez de tutela para que impartiera, a la sociedad Minerales de Colombia S.A. "Mineralco S.A.", las siguientes órdenes provisionales: 1. abstenerse de adjudicar a otra persona en aporte el lote de terreno

solicitado por él en ampliación y 2. abstenerse de devolverle las sumas consignadas por concepto de contraprestaciones económicas derivadas de la adjudicación del área de terreno, con la consecuente revocatoria, por el Gerente de dicha sociedad, del acto administrativo que dispuso ese reintegro; y en forma definitiva, la orden de tramitar la suscripción del contrato adicional referente a la ampliación de la zona solicitada.

3. Intervenciones.

Dentro de los documentos que obran en el expediente, figuran los alegatos presentados por la apoderada de la parte demandada Minerales de Colombia "Mineralco S.A. al Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, solicitando se desestimen las pretensiones del actor, toda vez que la controversia basada en la suscripción de un contrato adicional al de exploración y explotación de recursos minerales, es de carácter legal y por lo tanto está regulada íntegramente por la Ley 80 de 1983.

En consecuencia, considera que la tutela es improcedente, en la medida en que el artículo 75 de la citada Ley consagra la cláusula general de competencia radicada en la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver los conflictos de carácter contractual que surjan entre las partes contratantes.

Por último, expresa que la decisión del Comité recomendando la suscripción del contrato adicional, es una sugerencia emitida por un cuerpo consultivo de la empresa Mineralco S.A. (...) *y por tanto ahora no se puede afirmar que se crearon derechos ciertos o adquiridos en favor del accionante pues la gerencia por no haberse cumplido el procedimiento se abstuvo de ordenar la celebración del contrato.*"

Por su parte, la empresa Mineros Nacionales S.A. por conducto de apoderado y en calidad de "coadyuvante" de la sociedad demandada, el día en que se profirió sentencia de primera instancia, envió comunicación al mismo Juzgado para que se denegara la protección impetrada por el actor, con respecto a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por "Mineralco S.A.", argumentando tener ciertos derechos sobre la zona reclamada por el accionante.

Fundamenta su posición en que la empresa contra la cual se dirige la acción de tutela ha dado cumplimiento no sólo a lo establecido en el Código Contencioso Administrativo que consagra el procedimiento relativo a las etapas precontractual y contractual para la adopción de un contrato, sino también el Acuerdo 0184 de la Junta Directiva de "Mineralco S.A." que regula el trámite previsto para que la entidad demandada formalice los acuerdos de voluntades.

En esa medida, señala que el Comité de Contratación se pronunció a favor de la propuesta del accionante, recomendación que posteriormente fue modificada ya que no reunía los requisitos técnicos exigidos, sin que ello configure una violación de derechos fundamentales al no crear una situación jurídica individual y concreta en cabeza del accionante.

Sin embargo concluye que, si el peticionario considera que la administración omitió pronunciarse favorablemente sobre su propuesta, tiene la posibilidad de instaurar las correspondientes acciones contenciosas ante la jurisdicción administrativa legalmente competente para dirimir esta clase de conflictos.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Mediante fallo del 13 de Diciembre de 1996, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá resolvió denegar la tutela formulada por el señor Raúl Ernesto Morales López, toda vez que el accionante tiene a su alcance otro medio judicial de defensa que le permite obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, presuntamente vulnerados.

Sostiene en sus consideraciones que el asunto versa sobre una discrepancia respecto de la existencia de acuerdo entre las partes contratantes para la suscripción y registro del otrosí a un contrato minero, con el fin de ampliar la zona de exploración solicitada por el contratista.

Precisa, además, que "Mineralco S.A." desarrolla una actividad industrial y minera, lo que somete sus actos, denominados de gestión, al derecho común (D.3130 de 1968, art. 31) en forma semejante a los de los particulares ; de manera que, para verificar sobre la lesión de los derechos fundamentales denunciados como vulnerados, la regulación que rige es la del artículo 42 del D.2591 de 1991, la cual exige para un eventual amparo la vigencia de una relación de subordinación o de indefensión, circunstancias que no advierte en el presente caso por tratarse de un vínculo contractual, en el cual se presume una igualdad en el ejercicio de la libertad de contratar y que cuenta con otros medios de defensa judiciales como las acciones contenciosas administrativas para proteger los derechos fundamentales que se consideren lesionados durante el desarrollo del contrato, derechos de rango legal más no constitucional, ya que en este caso se refieren a la viabilidad de la suscripción de un contrato.

Por lo tanto, la determinación de la legalidad de la actuación de la demandante y la procedencia de emitir la orden de suscribir o no el respectivo contrato, no puede ser objeto de un proceso breve y sumario como el de la tutela, por lo cual manifestó que resultaba improcedente.

2. Impugnación.

Oportunamente, el señor Morales López impugnó el fallo de instancia, en donde reiteró lo dicho en la demanda, adicionando algunos puntos que se sintetizan así :

1. La acción de tutela es procedente por cuanto lo pretendido es que la demandada suscriba el contrato adicional que sus órganos competentes recomendaron y aprobaron, lo que permitiría la exploración y explotación del área solicitada, concretándose en la protección de su derecho al trabajo.

2. Que la sociedad demandada desconoció el derecho fundamental al debido proceso con la orden de devolución de una suma de dinero por concepto de derechos mineros de exploración, mediante un acto calificado como de trámite, y al revocar sin sustento legal una decisión en firme que impidió suscribir el contrato correspondiente, ya que la legislación establece que una vez aprobada la solicitud de aporte se debe proceder a suscribir el contrato, no hacerlo violaría el derecho al debido procedimiento administrativo y el derecho a celebrarlo que forma parte esencial del mismo.

3. Que el asunto versa sobre una acción de tutela impetrada por la violación de derechos fundamentales en virtud de un acto de trámite contra el cual no procede acción por vía judicial, constituido por la orden de la sociedad demandada de devolver las sumas consignadas a título de contraprestaciones económicas.

4. Por último, al tratar los actos de gestión realizados por "Mineralco S.A." como si fueran los de un particular, se desconoce la realidad de los contratos estatales que presentan cláusulas de caducidad, reversión, etc., lo que hace que la alusión a la igualdad en la contratación y la subordinación del afectado en sus derechos frente al particular que lesiona sea irrelevante, de manera que propone examinar el asunto bajo la órbita de la agresión por parte de una autoridad pública.

4. Segunda instancia : Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil.

Conoció de la impugnación la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, la cual confirmó el fallo de primera instancia, mediante sentencia del 13 de Febrero de 1997, por la imposibilidad que asiste al juez de tutela para imponer a la entidad demandada la suscripción de un contrato y con el apremio a la accionada para que culmine el trámite que originó la tutela según lo previsto en el Título II del Acuerdo No. 0184 de 1994.

El *ad-quem* comienza por señalar que el propósito de la acción de tutela instaurada era el de obtener de la persona jurídica accionada un pronunciamiento mediante el cual se revocara el acto administrativo que dispuso la devolución de la suma pagada por concepto de la ampliación del área solicitada (Resolución No. 0120 del 4 de mayo de 1996) y se impartiera la orden a su Gerente para que culminara el proceso de contratación iniciado, pero que al ser confirmado el recurso de reposición interpuesto contra el mismo (Resolución 0180 del 13 de agosto de 1996), se produjo el agotamiento de la vía gubernativa, razón por la cual se abrió la posibilidad para el promotor del amparo de acudir ante la jurisdicción de los contencioso administrativo para buscar el decaimiento del acto administrativo cuestionado.

Al respecto observa que la situación que justificó la tutela ya se encuentra superada con el pronunciamiento adverso a las pretensiones del demandante, resultando ineficaz dado su carácter subsidiario frente a las vías o recursos ordinarios, máxime cuando el acto administrativo se encuentra revestido de una legalidad de la cual no se puede despojar mediante un trámite preferente y sumario.

Precisa, además, que la solicitud al juez de tutela para ordenar a la sociedad demandada culminar el proceso de contratación mediante la suscripción del contrato en cuestión, configura una indebida resolución del fondo de las pretensiones que, por estricta observancia del Código de Minas y el Acuerdo No. 0184 de 1994 que rige la contratación de la demandada, produciría un exceso en la competencia de los jueces de tutela.

De otro lado, manifiesta que por ser "Mineralco S.A." una Empresa Industrial y Comercial del Estado perteneciente a la administración descentralizada y vinculada al Ministerio de Minas y Energía, los contratos mineros que suscriba pertenecen a la órbita del derecho administrativo y se encuentran regidos por el Acuerdo 0184 de 1994 ; éste, en su artículo 8o., establece que el procedimiento para la contratación directa culmina con la aprobación impartida por el Gerente, a través de un acto administrativo, situación negocial que en su concepto no se había producido al momento de decidir la tutela.

En consecuencia, estima que no constituyó una vulneración a los derechos mencionados por el actor el hecho de que los funcionarios de la sociedad demandada durante el curso de ese procedimiento hayan encontrado, con posterioridad a las recomendaciones del Comité de Contratación de Crédito de la misma, que la solicitud de ampliación del área contratada no llenaba los requisitos legales y en consecuencia hubiesen requerido su cumplimiento, en la medida en que la entidad accionada debía someterse a los mandatos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 sobre selección objetiva de contratistas y sujeción a los principios de transparencia, economía, responsabilidad ante la ley, etc.

El Tribunal anota que la decisión de la accionada se produjo en ejercicio legítimo de una atribución legal que no desconoció derechos fundamentales como : el debido proceso que goza de consagración constitucional pero no permite desechar el procedimiento indicado, ni a la igualdad pues el accionante no se encuentra en las mismas condiciones de quienes presentaron las peticiones con el lleno de las exigencias, como tampoco al trabajo puesto que la entidad demandada no ha terminado el procedimiento de contratación previsto en el Acuerdo 0184 de Octubre 31 de 1994.

A manera de conclusión expresó :

"(...) en el caso en estudio, no se está frente a la real o presunta vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, pues es evidente que se esta alegando la ocurrencia de presuntas irregularidades en el trámite de una contratación, lo que nos ubica en el plano de la ley y los derechos que deriven

de la misma y no de la constitución, por tanto frente a eventos como el aquí propuesto la acción de tutela resulta ser manifiestamente inconducente, pues ella no fue instituida para amparar derechos de rango legal, para servir de instrumento adecuado que lleve por orden del juez de tutela a la conclusión dentro del término de las 48 horas de un procedimiento administrativo...En consecuencia, el juez de tutela no puede abordar conflictos sobre la titularidad de derechos presuntamente reconocidos en la ley y la aplicación de esta última, es un campo que le está vedado en ejercicio o desarrollo de la función constitucional.”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de instancia, en desarrollo de la facultad conferida en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política, y de acuerdo con los artículos 33 al 36 del decreto 2591 de 1991.

2. Improcedencia de la acción de tutela por existir otros mecanismos de defensa judiciales.

La acción de tutela constituye un mecanismo de orden constitucional encaminado a la protección en forma inmediata y directa de los derechos constitucionales de las personas, cuando estos resulten vulnerados o amenazados con la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en los casos legalmente señalados. Como es bien sabido dicho instrumento judicial tiene carácter subsidiario y excepcional, de manera que ella solamente podrá ser ejercida cuando quien la impetra no tenga a su disposición otro medio de defensa y, en el evento de que este exista, sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso respectivo.

De ahí que sea necesario advertir que la acción de tutela no fue erigida por el Constituyente de 1991 para dirimir derechos litigiosos emanados de la interpretación de la ley, ni resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentran plenamente establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues ello equivaldría a llegar a la inaceptable conclusión de que el juez de tutela puede sustituir al juez ordinario en la definición de dichos diferendos salvo, desde luego, cuando se configura la violación de los derechos constitucionales fundamentales y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo evento es procedente tutelar los derechos conculcados o amenazados, mientras la jurisdicción competente decide de fondo la correspondiente controversia.

Es evidente que la acción de tutela constituye un instrumento democrático con que cuentan los ciudadanos para reclamar ante los jueces dicha protección de sus derechos constitucionales, pero de la cual, en razón a su excepcionalidad, no

puede abusarse ni hacerse uso cuando existan otros medios judiciales idóneos para la definición del conflicto asignado a los jueces ordinarios con el propósito reiterado de obtener, entre otras consideraciones, un pronunciamiento más ágil y expedito.

Sobre este aspecto, resulta pertinente señalar algunos criterios que en forma amplia han sido expuestos por esta Corporación. En efecto, en la sentencia de unificación de jurisprudencia No. SU-111 de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se expresó:

“8. La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela. Cuando ello ocurre, la tutela se reserva para un momento ulterior. En efecto, si por acción u omisión el Juez incurre en una vía de hecho, la defensa de los derechos fundamentales, no queda expósita, pues, aquí la tutela recupera su virtud tuitiva. Finalmente, la mencionada acción, procede, como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.

(...)

Es fácil concluir que el remedio constitucional del amparo no se edifica sobre la anulación del esquema constitucional de las funciones y poderes del Estado. Existen fallas de las personas que la Corte no puede enmendar sin subvertir el orden constitucional y aminorar hasta un grado extremo la propia responsabilidad personal.”

Ahora bien, en el evento de que la formulación de la acción de tutela surja con ocasión de las discrepancias en que incurran las partes a partir de la ejecución y desarrollo de un contrato vigente entre estas, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que su definición es del resorte exclusivo de la jurisdicción legalmente establecida como competente para dirimirlas ; así pues, las diferencias suscitadas con motivo o por causa del cumplimiento del objeto, obligaciones, términos y alcances de un vínculo contractual cualquiera que sea su naturaleza, bien sea de orden contencioso administrativo, laboral, civil o comercial, etc. deben ser tramitadas y decididas por la jurisdicción respectiva, según el caso y con sujeción a la normatividad vigente, toda vez que el conflicto es de rango legal y no constitucional y emana de la interpretación de la norma.

Así lo señaló esta Corte en los apartes que se citan a continuación, pertenecientes a la Sentencia T-164 de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz :

“En efecto, ha definido la jurisprudencia constitucional que la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre las leyes y sobre los contratos, pues la libertad contractual también está gobernada por el marco axiológico del Estatuto Superior, motivo por el cual el ejercicio de esa libertad no puede conducir a la arbitrariedad.

Empero, no significa lo anterior que los derechos surgidos de un contrato adquieran el carácter de constitucionales fundamentales y que los conflictos contractuales sean de naturaleza constitucional. Así lo ha entendido la Corte al indicar que “el derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones o garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido”¹ (Subraya la Sala).

Obsérvese que la incompetencia para conocer de un litigio por parte del juez de tutela y que da lugar a denegar el amparo solicitado frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, permite al demandante llevar al conocimiento del juez competente, dentro de los términos legales, la solución de la controversia ; es a éste a quien le corresponde resolver el diferendo y ordenar si es del caso el restablecimiento de los derechos invocados, en la medida en que el juez constitucional de tutela no resulta competente para desplazar a la jurisdicción ordinaria en el cumplimiento de su función pública de administrar justicia.

3. El caso concreto.

El asunto *sub examine* hace referencia a la inconformidad formulada por el actor contra la entidad accionada a causa de una eventual vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, en razón a la actuación administrativa producida por ésta como consecuencia de la petición elevada por el contratista y al trámite otorgado a la misma, dentro de la ejecución del respectivo contrato celebrado entre las partes.

¹ Cf. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia No. T-242 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El demandante celebró un contrato para la exploración y explotación de metales preciosos en minería de veta con la Sociedad Minerales de Colombia S.A., "MineralcoS.A.", sociedad anónima del orden nacional con capital estatal sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas según lo dispuesto por la Ley 2 de 1990 y sus decretos reglamentarios 1376 y 1377 de 1990. Con base en el citado contrato vigente, el accionante solicitó una ampliación del área contratada para tales trabajos en una zona de terreno ubicada en el departamento de Caldas, la cual fue evaluada por el Comité de Contratación y Crédito de dicha empresa obteniendo su recomendación favorable para la adjudicación y con el visto bueno del Gerente General, según consta en el acta suscrita por los participantes en dicha reunión.

Dicha decisión le fue comunicada por un funcionario de la sociedad que firmó como Gerente General de la sociedad, actuación calificada como irregular por la misma sociedad demandada por carecer aquél de la representación legal para realizarla. En razón de ello y al estimar que la sociedad todavía no había adoptado una decisión definitiva que le permitiera admitir el recaudo requerido dentro de la tramitación, la sociedad en referencia, por conducto de la Gerente encargada, decidió ordenar la devolución de la suma que había pagado el actor por concepto de contraprestaciones económicas por la adjudicación, lo que dio lugar a la oposición de éste mediante la impugnación del acto que ordenaba el recaudo y alegando su derecho a la adjudicación de la ampliación del área solicitada, por haber tenido origen en una decisión concreta y particular ya comunicada y aceptada por él, que no podía ser revocada sin su consentimiento expreso.

Por consiguiente, la diferencia entre contratante y contratista proviene, de un lado, en la reticencia del primero a que éste pueda culminar con el proceso de suscripción del contrato adicional mencionado y, de otro lado, en la insistencia del segundo a obtenerla con fundamento en la existencia de un acto, a su juicio, creador de una situación jurídica individual y concreta. La controversia surgida alrededor de esto determinó para el demandante el ejercicio de la acción de tutela en contra de la sociedad Mineralco S.A." por violación a los derechos fundamentales a la igualdad ante una eventual diferencia de trato obtenida frente a las demás personas cuyas peticiones también fueron estudiadas en el mismo Comité y tramitadas sin objeción alguna, al debido proceso por no haberse concluido las acciones administrativas necesarias para la suscripción del otrosí a su contrato siendo esa su finalidad y al trabajo por impedírsele laborar en la zona solicitada para la exploración y explotación.

En la sustentación de la acción de tutela el accionante advirtió que las decisiones emitidas por la sociedad durante el desarrollo del proceso de adjudicación del terreno solicitado, que en su concepto son arbitrarias, son actos administrativos de trámite contra los cuales no proceden las acciones contenciosas administrativas para dirimir el conflicto; por lo tanto, en virtud de la ausencia de otros mecanismos de defensa judiciales que preserven sus derechos, estima

pertinente que se ordene a la sociedad demandada -Mineralco S.A.- abstenerse de adjudicar en aporte el área solicitada en ampliación, impedir que se le devuelvan las sumas pagadas como contraprestación económica derivada de esa adjudicación, ordenar revocar el acto que lo dispone, así como tramitar la suscripción del contrato referente a dicha ampliación.

Del análisis de los hechos y de las pruebas que obran en el expediente se desprende que el litigio que se plantea entre las partes se origina, entonces, en la actuación de la accionada al ordenar la devolución de los valores cancelados por el demandante dentro de la solicitud de ampliación del área contratada para los trabajos técnicos de exploración, explotación y beneficio tendientes a extraer metales preciosos y asociados y al supuesto derecho del actor para que le sea adjudicada la referida ampliación, con fundamento en una comunicación que según éste le otorgó un derecho que no puede ser revocado unilateralmente por la accionada.

Empero, cabe señalar que si la ampliación del área contratada se concreta a la suscripción de un contrato adicional por presentar un objeto distinto al inicial, con respecto a otra área de terreno, las diferencias que surjan entre las partes para los efectos de la celebración de un nuevo contrato, no son del conocimiento del juez de tutela sino del juez ordinario.

Como quiera que lo pretendido por el actor ante los jueces de tutela es obtener la protección del derecho a la ampliación de un lote de terreno para la exploración y explotación de metales preciosos y asociados que alega tener derecho por adjudicación de la accionada dada la omisión de ésta a suscribir el contrato, la Sala observa que dichos derechos litigiosos son de la competencia del juez ordinario a quien corresponde el análisis, discusión y decisión de la respectiva controversia mediante la utilización de las acciones pertinentes, conforme al criterio ya expuesto.

De esta manera, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del actor tienen su origen en : -la expedición de la Resolución No. 0120 de 1996 por parte de la Gerencia General de la sociedad "Mineralco S.A." que, como ya se ha visto, dispuso la devolución de la suma pagada por concepto de la supuesta ampliación del área de terreno adjudicada al actor ; -en la interposición del recurso de reposición por parte del interesado y ; -en la confirmación de dicha providencia. Tales actuaciones han generado una controversia que debe ser decidida por la jurisdicción competente, por tratarse de conflictos emanados de la interpretación de normas consagradas en la ley, cuyos derechos no adquieren el carácter de constitucionales fundamentales.

Ahora bien, en cuanto al argumento sostenido por el actor, según el cual, el acto administrativo que quebranta sus derechos fundamentales es de trámite y no definitivo y, por ende, carente de mecanismos ordinarios judiciales de defensa lo que en su opinión lo faculta a utilizar la acción de tutela como mecanismo principal de

defensa, es preciso señalar que el acto en cuestión no refleja una simple actuación administrativa de la sociedad "Mineralco S.A." para facilitar la toma de una decisión definitiva posterior, sino más bien manifiesta en forma clara y expresa la voluntad de la administración de no acceder a la solicitud del actor para evitar la devolución de los dineros cancelados y negarle la ampliación del área contratada, lo cual constituye una decisión de fondo que pone fin a la actuación administrativa en relación con la pretensión del demandante, susceptible de ser atacada por la vía judicial para los efectos de obtener el restablecimiento de sus derechos. La Sala, tampoco encuentra acreditado que exista un perjuicio irremediable que justifique el análisis por esta Corporación, de acuerdo a la jurisprudencia de la misma.

Cabe anotar que la Corte Constitucional ha señalado que en contra de los actos de trámite o preparatorios, en principio, no procede la acción de tutela, pero dado que excepcionalmente éstos pueden llegar a conculcar o amenazar los derechos constitucionales fundamentales de una persona, la acción se hace viable para su amparo, en la medida en que sirva de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, quedando a consideración del juez de tutela revisar cada situación individual, según los siguientes criterios:

"Corresponde al juez de tutela examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración. La tutela en este evento, además de lograr la protección de los derechos constitucionales conculcados o amenazados, tiene la misión de impedir que la administración concluya la actuación administrativa con desconocimiento de dichos derechos; se convierte de esta manera la tutela, en una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuentemente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad.²

Con fundamento en los anteriores razonamientos, para la Sala resulta claro que el acto denunciado por el demandante como vulnerador de sus derechos a la igualdad, debido proceso y trabajo, o sea la Resolución No. 0120 de 1.996, lejos de constituir un acto de trámite que define una situación especial y sustancial en la actuación administrativa, realmente configura un pronunciamiento de carácter

² Sentencia SU-201/94, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

definitivo por parte de la accionada, sin que pueda entenderse que la comunicación que se le hizo por quien no tenía la calidad de Gerente de la sociedad demandada, esa sí de trámite, represente un acto generador de la adjudicación de la ampliación del área de terreno solicitada para la exploración y explotación de metales preciosos, pues se encontraban pendientes aún de agotarse las etapas de estudio y evaluación de su solicitud, con la asesoría del órgano de consulta, o sea el Comité de Contratación y Crédito. Tan es así, que la decisión de revocar la orden que le fuera comunicada al actor de cancelar unas sumas de dinero y devolvérselas se sustentó, precisamente, en la inexistencia definitiva de una decisión por parte de la entidad en cabeza de su representante, el cual no podía ser reemplazado sin autorización alguna.

Por último, vale la pena destacar, que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública"

admite la vigencia de una legislación especial aplicable a los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como a los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales encargadas de estos asuntos.

Así las cosas, se expidió el Acuerdo No. 0184 del 31 de octubre de 1994 "*Por el cual se adopta el estatuto de contratación de Mineralco S.A.*" que en su artículo 40 define el Comité de Contratación como cuerpo consultivo de la Junta Directiva y de la Gerencia General en los asuntos propios de sus funciones, entre las cuales se encuentran la de presentar conceptos que se deriven del estudio de las solicitudes y hacer las recomendaciones que considere del caso para cada solicitud, así como recomendar la aprobación o desaprobación de las solicitudes de modificación, prórroga, cesión o subcontratación de los contratos presentados por los contratistas, con la precisa aclaración de que "*Los conceptos, análisis, propuestas y recomendaciones que formule el Comité no son de obligatorio cumplimiento para el Gerente General o la Junta Directiva.*".

Así mismo, es necesario precisar que en el Título II del Acuerdo mencionado que trata sobre los contratos mineros, en lo que toca a los procedimientos de selección de los contratistas (Capítulo I) a través de contratación directa para la pequeña y mediana minería, reitera el carácter consultivo y asesor del Comité citado ya que dicha normatividad señala que los interesados en desarrollar un proyecto de exploración o explotación deben presentar una solicitud de contratación que se someterá a un trámite de evaluación técnica, financiera y de estudio integral para obtener las conclusiones y recomendaciones pertinentes y de esta forma poder determinar las condiciones especiales de contratación que informarán al Gerente General para que éste finalmente tome una decisión sobre el particular.

En conclusión, las divergencias surgidas entre las partes por el incumplimiento de un contrato o de las futuras partes y las situaciones descritas en el presente caso tienen otros mecanismos de defensa judiciales para resolverlas, que escapan

a la competencia del juez de tutela y que son del conocimiento de la jurisdicción competente que señala el ordenamiento vigente; toda vez que la acción de tutela es de naturaleza totalmente subsidiaria y residual, encargada de la protección de derechos constitucionales y no legales. De manera que, en tratándose del reconocimiento de derechos contractuales eventualmente exigibles, cuya competencia está adscrita a una jurisdicción diferente, no es posible hacer un pronunciamiento acerca de la controversia suscitada entre las partes y de la viabilidad de las pretensiones del actor.

Por lo tanto, esta Sala confirmará los fallos de tutela por las razones manifestadas y en consecuencia denegará el amparo solicitado por el señor Raúl Ernesto Morales López contra la sociedad Minerales de Colombia S.A., "Mineralco S.A.".

IV. 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** las sentencias del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, proferidas el 13 de diciembre de 1996 y el 13 de febrero de 1997, respectivamente, en cuanto denegaron la tutela a los derechos a la igualdad, debido proceso y trabajo del actor Raúl Ernesto Morales López, por falta de competencia y con base en los motivos expresados en esta providencia.

Segundo.- **LIBRESE** por Secretaría la comunicación 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.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-341
Julio 18 de 1997

**ACCION DE TUTELA-Improcedencia por inexistencia violación de derechos
fundamentales**

Referencia: Expediente T-126.710

Peticionario: Segundo Alonso Pasión Villamil contra la Sociedad Salesiana y su Inspectoría San Pedro Claver de Santa Fé de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fé de Bogotá, D.C., julio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y siete (1997).

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá remitió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional del fallo proferido por ese despacho el veinticinco (25) de febrero de 1997, mediante el cual se confirmó la providencia del Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá proferida el diez (10) de diciembre de 1996.

I. ANTECEDENTES

El Sacerdote Segundo Alonso Pasión Villamil, promovió acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, salud, subsistencia y protección a una vida digna. Fundamenta la demanda, en los siguientes,

HECHOS

Manifiesta el accionante que ingresó a la Comunidad Salesiana en 1945 y que empezó a prestar sus servicios como Sacerdote desde 1959 en diferentes centros educativos, lo cual le representaba devengar un salario o cualquier otro ingreso en dinero o en especie. Dichos ingresos por norma de la comunidad, debían ser

entregados a la misma, quien a cambio le otorgaba beneficios como vivienda, alimentación, vestuario y atención en salud. Afirma que aún pertenece a esta comunidad religiosa pues se encuentra con permiso de "ausencia de la casa".

No obstante haber prestado sus servicios por cerca de 34 años, expresa que a partir de marzo de 1993 fue removido del cargo que venía desempeñando como Director de la Escuela Industrial de Cundinamarca, por parte del Inspector de la Sociedad Salesiana sin justificación o explicación alguna y sin que se siguiera en su contra proceso que hubiere conducido a tal resultado.

Por esta circunstancia, manifiesta que la Sociedad Salesiana debe responder por la situación en que se encuentra de desamparo total respecto a la seguridad social y a sus condiciones vitales de subsistencia, tanto física como económicamente, ya que al haber cumplido la edad de 65 años puede considerarse como de la tercera edad, y esto implica que no pueda desempeñar ninguna labor.

En virtud a lo anterior, el peticionario solicita por medio de la tutela, se ordene lo siguiente: 1) que le sea otorgada una pensión mensual para su "*diaria y congrua subsistencia*" y 2) su afiliación a una institución de atención en salud y seguridad social.

II. LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE SE REVISAN

Mediante providencia del diez (10) de diciembre de 1996, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Santa Fé de Bogotá, resolvió no conceder el amparo solicitado por el Sacerdote Segundo Alonso Pasión Villamil Ortiz, por las razones que se exponen a continuación.

Considera que frente al derecho de petición invocado, no existe vulneración por cuanto la comunidad accionada dio oportunamente respuesta a las inquietudes del Sacerdote indicándole expresamente los rubros y bienes de que podía disponer para satisfacer su sostenimiento, y le reiteró la invitación que le hiciera al concluir su período de licencia con el fin de que se vinculara a la comunidad Valsalice de Fusagasugá.

Por otra parte, consideró el Juzgado que tampoco existe violación de los derechos a la vida digna, a la salud, a la subsistencia y a la seguridad social, por cuanto de conformidad con los documentos que obran en el expediente, se encuentra probado no solo que al accionante se le han brindado y actualmente se le proporcionan los medios necesarios para su subsistencia, sino que además no es cierto que se le haya removido del cargo ya que se encuentra gozando de un año de licencia, por lo cual ha sido desprovisto de los requerimientos básicos para su sostenimiento. De la misma manera, señala que al accionante se le han venido suministrando los medicamentos necesarios para su estado de salud y se le han planteado soluciones frente a su situación dentro de la comunidad.

Finalmente, consideró el juez que la acción de tutela no es la vía para solucionar los conflictos ocasionados con la comunidad religiosa, pues ello corresponde a la congregación con base en sus propios reglamentos.

Impugnada la providencia de primera instancia, le correspondió conocer a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, la cual mediante sentencia del 25 de febrero de 1997, resolvió confirmar lo resuelto por dicho despacho judicial.

Considera el Tribunal, que la Comunidad Salesiana en modo alguno ha negado al Padre Segundo Alonso Pasión Villamil los derechos invocados, por cuanto por el contrario, le ha ofrecido prodigar todos los bienes bajo la condición de observar sus propios reglamentos, es decir, reingresando a la institución para que ella se ocupe de su bienestar.

Advierte que el problema radica en que el padre Villamil desea mantener la membresía pero discutiendo las condiciones de su regreso, lo cual a juicio del Tribunal, choca con los votos de obediencia que son esenciales a las reglas de la comunidad religiosa, por cuanto, cuando voluntariamente el individuo ingresa a una comunidad religiosa con pleno conocimiento del estado que asume, no puede abandonarla libremente ya que de lo contrario deberá soportar las consecuencias de dicha actuación.

De esta manera, considera que si el juez constitucional rompe los principios de obediencia y voto de pobreza que garantizan la existencia de la comunidad religiosa, estará atentando contra la protección constitucional otorgada a dichas comunidades. Así, si se le diera al servicio religioso el alcance de una relación laboral generadora de cesantías, beneficios pensionales y salario, se presentaría una intromisión indebida en los asuntos y principios de la entidad religiosa y un desquiciamiento institucional para ella.

Por esta razón, estima que a pesar de reconocer la potestad del juez constitucional para ordenar a la comunidad religiosa la observancia de sus propias reglas como instrumento de protección de su autonomía, el papel del juez constitucional no puede llegar hasta juzgar si al miembro remiso se le deben prodigar iguales beneficios que a los demás, pues considera que sentar esa regla rompería el principio interno de autoridad. No evidencia entonces el Tribunal que haya abuso en la interpretación que de sus propias reglas ha hecho la autoridad eclesiástica y por lo mismo, se coloca al margen de su juzgamiento.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

Según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Problema Jurídico.

El Sacerdote Segundo Alonso Pasión Villamil promovió la acción de tutela con el fin de lograr la protección a sus derechos fundamentales de petición, salud, seguridad social, subsistencia, vida digna y protección a la tercera edad, vulnerados a su juicio por la Sociedad Salesiana y su Inspectoría San Pedro Claver, al destituirlo del cargo que venía desempeñando como Director de la Escuela Industrial de Cundinamarca, lo cual lo ha llevado a una situación de desamparo total respecto a la seguridad social y a sus condiciones vitales de subsistencia tanto física como económicamente. Afirma que a su edad de 65 años, se considera como miembro de la tercera edad, y por ello reclama que la comunidad religiosa responda por su situación, otorgándole una pensión mensual para su "*diaria y congrua subsistencia*" y la afiliación a una institución de atención en salud y seguridad social.

Improcedencia de la acción de tutela por no existir violación de derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Constitución Política ha consagrado la acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por sus normas reglamentarias, siempre que quien la invoque, no disponga para el efecto de otros medios de defensa judiciales.

En el asunto sub-examine se observa, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, que no existe la pretendida violación de los derechos fundamentales invocados en la presente acción de tutela.

En efecto, el accionante considera violado su derecho de petición por cuanto el 2 de septiembre de 1996 elevó solicitud ante el sacerdote Luis Alfredo Cárdenas, Superior Provincial de la comunidad, en el sentido de que se le diera una solución justa al desamparo e inseguridad en la que se encontraba manifestando su inconformidad por la remoción injusta de la que fue objeto, sin que hasta el momento se le haya resuelto su situación.

Contrario a lo afirmado por el accionante, a folios 186 y 187 aparece el escrito de fecha 9 de septiembre de ese mismo año, recibido personalmente por él, mediante el cual el sacerdote Luis Alfredo Cárdenas respondió a sus planteamientos, recordándole que podía disponer de unos bienes para su sostenimiento y reiterándole la intención de que se vinculara nuevamente al término de su licencia a la comunidad de Valsalice de Fusagasugá.

En el presente asunto, considera la Corte de especial importancia señalar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Política, el derecho de petición sólo puede invocarse frente a autoridades públicas por

motivos de interés general o particular, y solo de manera excepcional, cuando el legislador lo haya así dispuesto, procede frente a determinadas organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Además, cabe agregar que no existe reglamentación alguna expedida por el Congreso que autorice el ejercicio del derecho de petición frente a las comunidades religiosas por parte de alguno de sus miembros, y por consiguiente, no obstante que este no rige en relación con particulares, de todos modos la accionada sí respondió su petición en los términos aludidos.

Por otra parte, tampoco existe la pretendida violación de los derechos a la subsistencia y a la vida digna invocados por el accionante, ya que este en ningún momento ha sido removido del cargo de director que desempeñaba, y, porque contrario a lo afirmado en la demanda, la Comunidad Salesiana le ha proporcionado al Sacerdote Villamil todos los medios necesarios para su subsistencia, tal como se desprende de los documentos que obran en el expediente y que acreditan tal situación.

Además, considera oportuno la Corte manifestar que la vinculación del sacerdote Villamil a la Comunidad Salesiana es producto del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, así como de la libertad de que goza toda persona de escoger profesión u oficio. En el presente asunto, el actor adquirió unos compromisos e ingresó voluntariamente a la comunidad, razón por la cual debe sujetarse a las disposiciones y reglamentaciones de la misma.

De otro lado, a Folio 185 obra escrito de fecha 18 de agosto de 1993 dirigido al accionante por parte del Sacerdote Luis Alfredo Cárdenas, Superior Provincial Salesiano, mediante el cual se le pone de manifiesto que ante la solicitud de licencia que había formulado por motivos personales por el término de un año, llamada bajo el derecho canónico "ausencia de la casa", la comunidad le proporcionaría para su cóngruo sostenimiento durante ese período, no solo la posibilidad de disponer de un aporte que la Inspectoría había invertido para la adquisición del vehículo asignado durante varios años para su uso en tareas apostólicas, sino también, la de que siguiera editando la Agenda Educativa 94 y la Revista Familia Hoy, con el solo deber de presentar reportes periódicos de esta gestión, cuya venta le representaría dividendos para sus gastos personales. De esta actividad existen facturas y comprobantes que acreditan a favor del Sacerdote Villamil unos ingresos por este concepto (Folios 190 a 199).

Finalmente, la pretendida vulneración a los derechos a la salud, seguridad social y protección a la tercera edad tampoco se configura. Consta en el expediente que cuando el sacerdote Segundo Villamil requirió ayuda económica para atender los gastos médicos que su estado de salud demandaba, la comunidad le prestó la colaboración debida. Igualmente, a Folio 218 del expediente, aparece un comprobante

de pago a su favor, en el cual se le giraba la suma que él mismo había solicitado el día anterior mediante comunicación escrita dirigida al Superior Provincial, por concepto de exámenes médicos y drogas que debía tomar para atender su salud.

En cuanto al derecho a la pensión reclamada, según oficio enviado a esta Corporación por la Jefe del Grupo de Nómina de la Caja Nacional de Previsión el 17 de junio del año en curso (Folio 260),

“Desde el mes de septiembre de 1993 y por medio de la Resolución 32377 del 30 de julio de ese mismo año, dicha entidad le reconoció y viene cancelando en forma ininterrumpida a su favor una pensión equivalente a \$532.200.59 pesos mensuales, gracias a la labor de docencia que desempeñó en diversos planteles educativos de la comunidad y que él mismo refiere en la demanda de tutela” (negrillas y subrayas fuera de texto).

Por consiguiente, no aparece demostrada la vulneración del derecho a la seguridad social del actor por el no pago de sus mesadas pensionales, ya que por el contrario, según lo anotado, a este se le viene pagando en forma ininterrumpida su pensión, razón por la cual por este aspecto, tampoco es procedente la tutela impetrada.

Además, como lo ha reconocido esta misma Corporación en innumerables oportunidades, no es de la competencia del juez de tutela definir conflictos de carácter laboral sometidos al conocimiento y decisión una jurisdicción diferente, pues ello equivaldría a sustituir a esta, con desconocimiento de la naturaleza subsidiaria y residual de la tutela.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó a su vez la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá que denegó la tutela formulada por Segundo Alonso Pasión Villamil.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero. **CONFIRMAR** por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual se confirmó a su vez la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá que denegó la tutela instaurada por el sacerdote Segundo Alonso Pasión Villamil.

Segundo. **LIBRENSE** por Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-342
Julio 18 de 1997

**ACCION DE TUTELA-Demostración amenaza o violación de derechos
fundamentales**

**ACCION DE TUTELA-Improcedencia por atención oportuna y debida en
salud de recluso**

Referencia: Expediente T-129.435 Petionario: Julio Jaime Moreno Sepúlveda
contra el Director de la Cárcel del Circuito de Aguadas, Caldas.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, julio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y siete (1997). En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Penal Municipal de Aguadas, Caldas, remitió a la Corte Constitucional el expediente de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional de la sentencia proferida por dicho despacho con fecha 12 de noviembre de 1996, mediante la cual negó la acción de tutela instaurada por el señor Julio Jaime Moreno Sepúlveda contra el Director de la Cárcel del Circuito de Aguadas.

I. ANTECEDENTES.

Manifiesta el actor, que actualmente se encuentra detenido en el municipio de Pacorá, Caldas, en el Centro de Rehabilitación Social de ese municipio, y que debido a una dolencia solicitó ser atendido por el médico del mencionado centro, y éste le aplicó una inyección con una jeringa infectada en la parte de la cadera la cual le ocasionó la inmovilización de su cuerpo, y aduce, que al hacerle el reclamo al galeno sobre la mala postura de la inyección, éste le respondió con palabras soeces.

Señala, que "actualmente me encuentro reducido en un camarote del Penal Pácora, sin un movimiento hasta el punto de no recurrir a mis necesidades fisiológicas debido al intenso dolor producido en la parte afectada, concretamente

la cadera, parte derecha, donde se me aplicó la mencionada inyección por el doctor Horacio”.

Es de anotar, que en el primer escrito presentado por el peticionario, éste no señaló contra a quien va dirigida la acción de tutela, puesto que solo se limitó a decir que era contra el doctor Horacio que es el médico que atiende a los reclusos del Centro Penitenciario, el cual se encuentra ubicado en el municipio de Aguadas.

Por lo anterior, el juez de tutela procedió a oficiar al peticionario a fin de que especificara contra quien la dirigía, si era contra el médico como persona natural, o contra la entidad en la cual labora, informando posteriormente, mediante escrito de fecha marzo 12 de 1997, que la acción va dirigida contra el señor Raul González en su calidad de Director de la Cárcel del Circuito de Aguadas y como Representante del Instituto Penitenciario y Carcelario, I.N.P.E.C.

Al respecto, manifiesta que el Director del mencionado Centro Penitenciario siempre tuvo conocimiento de la delicada situación de su salud, y que después de “lidiar” con él por más de 14 meses, lo remitió nuevamente al Centro Penitenciario de Pacorá, conociendo que allí no cuentan con los recursos necesarios, actuando por lo tanto con negligencia, desinterés y despreocupación frente a ésta situación.

En tal virtud, solicita que en defensa de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, la entidad accionada le proporcione un tratamiento especializado para que no pierda su pierna.

II. LA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE SE REvisa

Mediante sentencia del 21 de marzo de 1997, el Juzgado Penal Municipal de Aguadas negó la acción de tutela instaurada por el señor Julio Jaime Moreno Sepúlveda, con base en las siguientes consideraciones:

Comienza su intervención manifestando que en el caso en mención, el peticionario al rendir su declaración, manifestó que su problema de salud se derivó de una inyección que le fue aplicada de mala gana, con una aguja infectada y que le lesionó partes vitales de su miembro inferior derecho, y que a pesar de su situación, el director de la cárcel local no hizo nada para buscarle una solución pronta y eficaz a su problema

Señala que dentro del expediente hay constancias en donde demuestran que tanto el Director como el Médico del Centro Penitenciario siempre estuvieron atentos para prestarle la atención y colaboración que ameritaba su problema, lo que a su juicio denota que al peticionario siempre le fue suministrada la atención médica requerida y en forma oportuna, tanto así que fue trasladado al hospital

local para su atención médica, al igual que para las fisioterapias que le fueron prescritas, y que así mismo, no escatimaron esfuerzos para su atención y de esa manera menguar la dolencia que el peticionario dice padecer.

Sostiene el juez de tutela, que *“de la historia clínica del actor se desprende que su problema más que somático es un problema síquico, es decir, en él se ha presentado el fenómeno de la somatización y es por ello que magnifica su dolencia, si es que la tiene y que en caso de tenerla no es de la gravedad que el paciente quiere hacer creer”*

Expresa que no se puede instaurar una acción de tutela con el argumento de que le pusieron mal una inyección y en la historia clínica conste que su dolencia es de origen diferente al que él predica, pues cosa diferente es que haya dejado de buscar asistencia médica por más de seis meses y que los exámenes físicos que se le practicaron por médicos, fisioterapeutas y médicos legistas no hayan arrojado los resultados que permitan establecer si está enfermo orgánicamente. Agrega que quedó demostrado que el peticionario no presentó sintomatología alguna propia de este tipo de procedimientos y que las consecuencias por lo tanto, no han sido funestas como casi siempre se presentan en este tipo de situaciones.

Por lo anterior, considera que *“esta situación escapa de las manos de los ya citados funcionarios, dados los precarios medios con que se cuenta, por lo menos en lo relacionado con profesionales de la salud en todas las áreas, en cárceles ubicadas en sitios algo apartados, como lo es la de este municipio. Sin embargo, se observa que el señor director y el médico agotaron todos los recursos con que contaban para tratar de solucionarle el problema al interno aún a pesar de que se habían emitido varios conceptos por profesionales de la salud, en el sentido de que el quejoso es probablemente un simulador”*.

Así, concluye que no hay entonces amenaza o vulneración de un derecho constitucional fundamental, ya que el proceder de los funcionarios contra los cuales se dirigió la acción de tutela fue ajustado a las necesidades y a los medios con los que contaban. Tampoco se violó en su criterio, el decreto 398 de 1994, artículos 52 y 53 por parte del director del penal, ya que obró ciñéndose en todo a los deberes que su posición le imponen.

III. PRUEBAS QUE OBRAN DENTRO DEL EXPEDIENTE

Es conveniente a juicio de la Sala, hacer referencia a la declaración rendida por el accionante ante el juzgado de instancia, en la cual señala entre otros aspectos, los siguientes:

“PREGUNTADO: Si el que le aplicó la inyección a usted fue el doctor Horacio Sánchez, porqué dice que el irresponsable es el director de la cárcel ? CONTESTO: Porque al yo lamentarme que yo estaba enfermo por qué no hizo el esfuerzo de echarme para una cárcel con más capacidades y para donde me echó fue para la

cárcel de Pácora sabiendo que en Pácora hay menos recursos que en Aguadas, entonces me tocó actuar en esa forma en contra del señor Director. **PREGUNTADO:** Diga si durante el tiempo que estuvo recluido en la cárcel del circuito de Aguadas fue visto por algún médico para tratar el problema que dice tener? **CONTESTO:** Pues a mi me sacaron seis meses a fisioterapia y no me sirvió, después vino una brigada de Manizales, me vio una doctora y me dijo que yo aparentemente no parecía tener nada ni parecía nada, no sabiendo que la enfermedad mía es dentro del hueso, tanto que el dolor es diario: de noche no duermo sino cuatro o cinco horas y eso con calmantes y prácticamente he llegado a quedar inconsciente y mi pierna está perdiendo volumen con contacto a la otra pierna. **PREGUNTADO:** Diga durante el tiempo que lleva recluido en la cárcel de Pácora ha sido tratado por el médico de la institución y qué le ha dicho éste. **CONTESTO:** Pues él me dice a mi que conmigo que no me pone mano en nada que porque en realidad yo sí estoy jodido de mi pierna, él me llevó donde el legista y nada, no me han dicho nada pero él si dio la orden de remisión para mí para Manizales que yo necesitaba que me viera el mejor especialista y tanto que ni pastas me manda, las pastas los tales calmantes me los ha estado regalando el señor Director y el comandante de guardia el Cabo".

Por su parte, el señor Director del Centro de Rehabilitación Social "Las Mercedes", doctor Raul González Garcia, expresó en declaración ante el Juzgado Penal Municipal, lo siguiente :

"PREGUNTADO: Diga, si lo recuerda, la fecha en que fue trasladado dicho señor a la cárcel que usted dirige y en qué fecha fue trasladado a la cárcel de Pácora? **CONTESTO:** No, para poder contestar esa pregunta tendría que mirar los libros radicadores de la cárcel, a Pacora fue trasladado mediante solicitud del señor Director encargado en el mes de enero de este año, mes en el cual yo me encontraba en vacaciones y el director encargado en esa época era el Dragoniante JORGE IVAN HERRERA OSPINA comandante de vigilancia en la actualidad y fue trasladado por resolución emanada de la Dirección Regional del INPEC con sede en Pereira. Y por el conocimiento que tengo, fue por su propia seguridad, por la seguridad del interno porque a pesar de que se tenía como un excelente interno inclusive le colaboré mucho en cuestión de trabajo y más o menos de noviembre del año pasado hacia acá empezó a lamentarse de unos dolores en una pierna, lo ordenó el médico de la institución, Dr. Horacio Sánchez hacerle las evaluaciones respectivas y el dictámen que dió el médico fue de que era un simulador; a pesar de esto ordené se trasladara el Hospital para practicarle una fisioterapia, en el hospital fue evaluado por dos fisioterapeutas y además por la médico legista, estando de acuerdo estos tres profesionales de la medicina con el médico de la institución, doctor Horacio Sanchez en el sentido de que era un simulador; si el motivo por seguridad del traslado fue porque se dedicó a pelear contra unos internos que llegaron de Armenia y nos tocó tenerlo a él separado o sea, en el patio de deportes por ahí por un mes más o menos, para evitar

problemas con otros internos que se agarró a pelear con ellos. En relación con el traslado, según la ley 65 del 93 en uno de sus artículos habla sobre el traslado de los internos y puede ser trasladado por solicitud del interno o por solicitud del director del mismo establecimiento carcelario, en el caso nuestro nosotros solicitamos a la regional el traslado y de acuerdo a la documentación que adjunta la regional, la oficina jurídica de la regional decida para donde lo manda". Y agregó finalmente, que "yo le pido muy respetuosamente al señor Juez que si esta acción de tutela que me entabla este señor falla a mi favor, se le aplique el rigor de la justicia porque no es justo que durante su estadía en nuestro establecimiento carcelario me esmeré por la salud de él hasta el caso que la fisioterapia que se le hizo yo mismo la ordené inclusive contra la voluntad del médico, pero sí asistió a varias sesiones de fisioterapia, y todo por cuenta de la cárcel" (negrillas y subrayas fuera de texto).

Igualmente, rindió declaración el doctor Horacio Sanchez Estrada, en su calidad de médico de profesión. Señala que actualmente labora medio tiempo en el Centro de Rehabilitación Social "Las Mercedes" de la localidad. En relación con los hechos de la demanda, sostiene que :

"A pesar de que el paciente no seguía al pie de la letra las indicaciones médicas en el sentido de practicar deportes de alto riesgo como el microfútbol que se juega en el penal con gran agresividad como es función del médico, velar por la salud de sus enfermos, consideré la posibilidad de que el paciente fuera evaluado por otros profesionales de la salud para aportar soluciones y tratamientos a su problema, como tal hay constancia en la historia clínica y en los libros de consulta donde se ordenaba el traslado del interno al hospital local, tanto para evaluación médica y paramédica como tratamiento fisioterapéutico de una posible patología osteoarticular que el paciente tenía un grado de simulación muy alto que impedía con buena ética profesional determinar la gravedad de la lesión o de la enfermedad (...) Cuando el paciente subió por primera vez por dolor en la cadera derecha, él hacía referencia a un tirón en esa zona, a partir del cual fue donde empezó el paciente a manifestar que tenía sintomatología en esa cadera. Entonces no veo porque una inyección mal aplicada posteriormente al suceso inicial haya sido el desencadenante de su patología. Y como le digo, no hay constancia ni en la historia clínica ni en las evaluaciones por otros profesionales de la salud que la inyección mal puesta en esa zona son de tipo inflamatorio infeccioso y necrosante o sea, pudriente. PREGUNTADO: Diga si el interno Moreno Sepúlveda fue evaluado por otros profesionales de la Medicina y qué concepto emitieron respecto de la dolencia que él dice padecer? CONTESTO: Si, en efecto, fue evaluado por tres fisioterapeutas del hospital de la localidad a petición mía solo con el ánimo de colaborar en la recuperación del paciente, el diagnóstico probable fue de un espasmo muscular que cedió con sesiones de fisioterapia. Además fue evaluado por el médico de turno,

doctora Mónica Uribe y la médico legista, doctora Mónica Franco quienes por escrito argumentaron que el paciente tenía un alto grado de simulación y que debía ser evaluado por psiquiatría debido a que no correspondía el cuadro clínico con el estado conversivo (crear síntomas de origen psicológico sin haber daño orgánico) que presentaba el paciente. La doctora no encontró mérito para hospitalizarlo, devolviéndolo nuevamente a su sitio de reclusión. Así mismo, el año pasado hubo una brigada pastoral penitenciaria, donde asistieron diferentes profesionales de la salud, entre ellos una médica pero no recuerdo el nombre y yo le manifesté que me examinara varios pacientes, entre ellos a Julio Jaime Moreno para evaluar la gravedad de su enfermedad y posible tratamiento, ella me comentó que el interno había sido formulado pero que no creía tuviera grave enfermedad.(...). PREGUNTADO: Cuál es su diagnóstico como profesional de la medicina respecto de la dolencia que padece el señor Julio Jaime Moreno? CONTESTO: En mi concepto la impresión diagnóstica es de un desgarramiento muscular con espasmo en la región de la cadera derecha (...) Efectivamente el paciente fue tratado en el penal y en el hospital de la localidad donde el paciente mostró recuperación, se le ordenaron radiografías siendo evaluadas dentro de límites normales, pero el gran componente simulador hizo difícil que esa recuperación fuera completa (...). Según la historia clínica y las constancias de los otros profesionales de la salud que igualmente lo evaluaron y conceptuaron desde el punto de vista orgánico que no se trataba de enfermedad grave orgánica, pero son claros al emitir concepto de que el interno es un gran simulador” (negrillas y subrayas fuera de texto).

Finalmente, el juzgado de instancia practicó una inspección judicial a la hoja de vida del señor Julio Jaime Moreno Sepúlveda, con el fin de verificar el tratamiento médico que le fue prestado durante su permanencia en el centro carcelario. De dicha prueba, se puede observar lo siguiente:

“Se traslada al hospital local, las dos fisioterapeutas opinan que no hay coxa saltante (es decir que el hueso fémur no se ha salido de la cadera, es decir, que está en su sitio). Consta igualmente que el paciente es difícil de evaluar pues hay en él un componente simulador, sin embargo opinan que si hay lesión no es grave y que puede hacer manejo del dolor con fisioterapia (...). Con fecha 9 de abril del 96 aparece que Julio Jaime Moreno fue evaluado por fisioterapia por solicitud del doctor Horacio Sánchez, encontrándose amplitud de movimiento de cadera derecha completa en todos sus arcos -fuerza muscular normal en cadera derecha para todos sus grupos musculares-. No hay “click” en articulación de cadera, ni signos de inestabilidad. No tiene postura típica de la luxación anterior o posterior. Se recomienda continuar con fisioterapia para el manejo de dolor en región glútea. No consideramos que el paciente tenga una luxación de cadera. Durante el examen físico se encontró que es un paciente “SIMULADOR DE SINTOMAS”. El anterior informe aparece firmado por Adriana Maria Serna - Fisioterapia y Lina Maria Calle -FT. (...) El

paciente debe seguir yendo a fisioterapia para el manejo del dolor. El 29 de abril del 96 el paciente manifestó seguir igual a pesar de las terapias en el hospital. El 3 de mayo las fisioterapistas evaluaron las placas de RX y están de acuerdo en el sentido de que están normales. Con fecha 15 de mayo aparece constancia de que el paciente ha mejorado notablemente del dolor en miembro inferior derecho. Con fecha 10 de abril de 1996 aparece la solicitud que el señor Médico del penal le hace al señor Director para los permisos que necesita el interno para su traslado al hospital local a las sesiones de fisioterapia. Constancia. Se deja claro que el interno que instauró la acción de tutela fue atendido y sometido a fisioterapia por la dolencia en su cadera derecha durante los días 25 de noviembre del 96, 3 de diciembre del mismo año y 4 del mismo mes y año habiendo manifestado que había mejorado notablemente, pero hay constancia de que el paciente es un gran manipulador, solicitó que se le diera trabajo y como al examen físico no se vieron alteraciones músculo esqueléticas y marcha normal se le concedió el permiso para trabajar. El 27 de enero del presente año se atendió de urgencia por el médico del penal, a las 11:50 a.m. ya que el paciente manifestó fuerte dolor en cadera derecha y estaba postrado en cama. Al examen físico se encontró al paciente en aparente regular estado general y se remitió al hospital local para ser evaluado por el médico de turno, siendo atendido por la doctora Mónica Uribe quien dictaminó que el paciente era poco colaborador, a veces agresivo y que en su opinión no requería de hospitalización y que podía ser manejado ambulatoriamente y que cuando se pudiera debía ser evaluado por ortopedia y por un siquiátra y consideró que la enfermedad que padecía en ese momento no comprometía su estado de salud de una manera tal que necesitara ser hospitalizado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Penal Municipal de Aguadas, según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política.

Breve justificación para confirmar el fallo que se revisa.

Según lo expresado por el actor en la demanda, solicita que la entidad accionada le proporcione un tratamiento especializado para que no pierda su pierna, la cual tiene muy afectada, en razón a la indebida aplicación de una inyección con una aguja infectada y que a raíz de ello, se desprendió un problema en su cadera derecha que le impide caminar correctamente. Por ello, agrega, el director del penal es un irresponsable porque no lo ha trasladado a otro centro de reclusión que cuente con recursos médicos donde puedan atender su dolencia.

Al respecto, señaló el director del centro de reclusión, que el accionante fue trasladado a otra cárcel, mediante Resolución emanada del Director del INPEC con sede en Pereira, “para efectos de proteger su propia seguridad”. Decisión esta que fue adoptada con fundamento en los artículos 52 y 53 del Decreto 398 de 1994, que le permiten a los directores de los centros carcelarios, en ciertas circunstancias, trasladar por razones de seguridad, a reclusos cuyas vidas puedan verse en peligro si permanecen en la misma cárcel.

La acción materia de revisión tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida del peticionario, presuntamente vulnerados por el hecho de no haber sido trasladado a otro centro de reclusión, y por no suministrarle lo necesario para la recuperación de su pierna.

Corresponde entonces a la Corte, con fundamento en la solicitud del demandante y en las pruebas que obran dentro del expediente (resumidas en el numeral III de esta providencia), determinar si en el presente asunto existe vulneración o amenaza alguna a los derechos fundamentales del actor, que se dicen desconocidos por la actitud omisiva y negligente del Director de la Cárcel del Circuito de Aguadas.

De la lectura del artículo 86 de la Carta Política, y con base en la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de carácter constitucional fundamental, se observa que ella procede cuando quiera que estos resulten **vulnerados o amenazados** por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o eventualmente de un particular en los eventos prescritos en el último inciso de este precepto. La protección, según la Carta, consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Pues bien, como lo indica el artículo 60. del Decreto 2591 de 1991, la tutela es improcedente cuando no se logra acreditar ni demostrar la violación o amenaza a algún derecho de rango constitucional fundamental, tal como sucede en el asunto sub-examine, por las siguientes razones:

a) Existe abundante material probatorio aportado al proceso, y al que ya se ha hecho alusión, que demuestra que tanto el Director del Centro de Rehabilitación como el médico de ese centro, doctor Horacio Sánchez, estuvieron y han estado atentos para prestarle la atención y colaboración que amerita su problema de salud. En efecto, siempre que lo solicitó le fue suministrada la atención médica requerida para atender sus dolencias, tanto así que fue trasladado en numerosas ocasiones al Hospital local para recibir atención médica, al igual que para las fisioterapias prescritas, “y no escatimaron esfuerzos para su atención y así lograr menguar las dolencias”.

Queda demostrado que, con fundamento en las declaraciones rendidas ante el a-quo, el director de la cárcel y el médico agotaron todos los recursos con que contaban para tratar de solucionarle el problema al interno, aún a pesar de que se habían emitido varios conceptos por profesionales de la salud, en el sentido que el actor es un simulador. Como lo expresara el director del centro de reclusión en su declaración ante el juez de instancia, personalmente se esmeró por la salud del recluso, hasta el punto que la fisioterapia que se le hizo, él la ordenó inclusive contra la voluntad del médico.

b) De la historia clínica se desprende que el problema del accionante más que somático es síquico, es decir, en él se ha presentado el fenómeno, como lo indican tanto el doctor Horacio Sánchez como las dos fisioterapistas y el médico legista, de la “**somatización**”, y es por ello que magnifica la dolencia, “si es que la tiene”, y que en caso de tenerla, no es tan grave como el paciente quiere hacerlo creer. Además se observa de la lectura de la inspección ocular a la historia clínica del accionante, lo siguiente:

“Consta igualmente que el paciente es difícil de evaluar pues hay en él un componente simulador; sin embargo, opinan que si hay lesión pero no es grave, y que puede hacer manejo del dolor con fisioterapia. Se recomienda continuar con fisioterapia para el manejo de dolor en la región glútea. No consideramos que el paciente tenga una luxación de cadera. Durante el examen físico se encontró que es un paciente simulador de síntomas” (negrillas y subrayas fuera de texto).

c) Al paciente, hoy accionante de tutela, tanto las directivas de la cárcel como el mismo médico para cerciorarse sobre las condiciones de salud de este, consideraron que debía ser evaluado por otros profesionales de la salud (la doctora Mónica Uribe y la médico legista Mónica Franco) para aportar diferentes soluciones y tratamientos a su problema, llegando a la conclusión de que el paciente tenía un alto grado de simulación y que debía ser evaluado por psiquiatría debido a que no correspondía el cuadro clínico con el estado conversivo que presentaba el paciente, es decir, cuando se crean síntomas de origen psicológico sin haber daño orgánico; hay constancia en la historia clínica y en los libros de consulta donde se ordenaba el traslado del interno al hospital local, tanto para la evaluación médica como para el tratamiento de fisioterapia de una posible patología osteoarticular, que el paciente tenía un grado muy alto de simulación que impedía con buena ética profesional, determinar la gravedad de la lesión o de la enfermedad. En otros términos, aducía padecer distintas dolencias físicas que en la práctica no sufría.

En razón a lo anterior, estima la Sala de Revisión que no existiendo vulneración o amenaza alguna a los derechos fundamentales del accionante, la tutela es improcedente. Contrario a lo afirmado por el peticionario, a juicio de la Corte, el señor Julio Jaime Moreno ha sido objeto de protección a sus derechos a la salud y a la vida por parte de las directivas de la Cárcel del Circuito de Aguadas, en la medida en que frente a sus diversas dolencias, siempre ha recibido en forma

oportunamente la atención requerida para curarlo o mejorarlo de sus dolencias, como ampliamente ha quedado demostrado por los medios probatorios pertinentes, razón por la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política no es procedente la tutela, como en efecto fue reconocido por el juzgado de instancia. En este sentido, y como lo indicara el a-quo en la providencia materia de revisión, no se pueden instaurar acciones de tutela con el argumento de que le pusieron mal una inyección, cuando en la historia clínica consta que su dolencia es de origen diferente al que él predica, pues cosa diferente es que haya dejado de buscar asistencia médica por más de seis meses y que los exámenes físicos que se le practicaron por médicos, fisioterapeutas y médicos legistas no hayan arrojado los resultados que permitan establecer si está enfermo orgánicamente. Además, cómo decir que el accionado le vulnera derechos fundamentales al recluso, cuando de un lado, viene suministrándole las drogas, tratamientos y fisioterapias que requiere para aliviar su enfermedad y de esa forma proteger su salud, y del otro, cuando el traslado del recluso a otra cárcel lo determina es el director del centro de reclusión, previas las evaluaciones de rigor.

Por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia materia de revisión, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RE SUELVE :

Primero. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Penal Municipal del Aguadas de fecha 12 de noviembre de 1996, en relación con la acción de tutela promovida por Julio Jaime Moreno Sepúlveda.

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

Cópiese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DEMONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-343
Julio 21 de 1997

**PERSONERO MUNICIPAL-Legitimidad para instaurar tutela/DERECHO DE
PETICION-Pronta resolución**

Los personeros municipales obran legítimamente cuando instauran acciones de tutela, con miras a la protección de los derechos fundamentales de una persona indefensa. Lo que se acredita en el expediente -la absoluta indiferencia e impasibilidad de Cajanal en cuanto a la respuesta a la solicitud formulada- deja ver el estado de indefensión de la peticionaria, quien no cuenta con un mecanismo distinto de la acción de tutela para que se le responda, y las dificultades inherentes a su avanzada edad justifican plenamente que alguien, en su nombre, opere los mecanismos judiciales orientados a la salvaguarda de sus derechos. Si ello no puede hacerlo un agente oficioso particular, precisamente por la soledad de la anciana, resulta propio de la función del Personero obrar judicialmente en su favor. Se ha establecido sin duda el desconocimiento flagrante del derecho de petición.

Referencia: Expediente T-130793

Acción de tutela incoada por Celina Maria Peñaranda Viuda de Torrado contra la Caja Nacional de Previsión.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Actuó en este caso el Personero Municipal de Abrego, en representación de Celina María Peñaranda viuda de Torrado para solicitar al juez de tutela que ordenara

a la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, Seccional Norte de Santander, resolver la petición de sustitución de pensión de Argemiro Torrado Alvarez, elevada por aquélla

Se expuso en la demanda que Cajanal reconoció pensión de jubilación a Torrado Alvarez, quien no la pudo disfrutar pues falleció el 5 de junio de 1995, y que la entidad demandada, una vez conoció del deceso del pensionado, decidió ocultar el acto que reconocía la prestación, a tal punto que la cónyuge sobreviviente no ha podido tener acceso a él.

Manifestó el Personero que la solicitud de sustitución de pensión fue elevada desde el 4 de octubre de 1995, es decir, hace cerca de dos años, sin que hasta la fecha se haya resuelto o contestado a la interesada.

Puso de presente que la viuda se halla en penosa situación económica provocada no sólo por la desaparición de su marido, quien la sostenía, sino por la conducta omisiva de los funcionarios de la Caja.

II. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

Mediante sentencia del 4 de abril de 1997, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta rechazó la tutela impetrada por falta de legitimación del accionante.

Señaló la providencia que en este caso el Personero Municipal no acreditó la calidad de agente oficioso y que la condición por él invocada -la del cargo que desempeña- no lo eximía de cumplir con los mandatos constitucionales o legales que regulan el ejercicio de la acción.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo seleccionado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

2. La legitimación del Personero

En Sentencia T-331 del 15 de julio de este año, la Sala reiteró que los personeros municipales obran legítimamente cuando instauran acciones de tutela, con miras a la protección de los derechos fundamentales de una persona indefensa.

Sobre el punto, la Corte señaló:

“Ahora bien, para que el Defensor del Pueblo o el Personero Municipal actúen no necesitan estar personalmente interesados en el caso, ni tampoco exhibir un

poder conferido por la persona afectada. Su función no es la de representar intereses particulares en virtud de mandato judicial -como el que se confiere a un abogado litigante- sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia. Si la acción de tutela es una de las vías para ello, su actividad, ordenada a provocar la iniciación del proceso, la cumplen a cabalidad tales servidores públicos cuando, habiéndose percatado de que están o han sido violados los derechos fundamentales de una persona, o de que se encuentran amenazados, presentan la demanda respectiva, activando así el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución, obviamente sobre la base, señalada por el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, de que cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo e indefensión”.

Dispone el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991:

“El Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

Del escrito presentado se deduce la debilidad manifiesta de la señora Peñaranda viuda de Torrado, no sólo por manifestarlo el Personero en el encabezamiento del mismo, sino por su edad avanzada y por la soledad que enfrenta luego de la muerte de su esposo, además de la precaria situación económica varias veces subrayada en la demanda.

De otro lado, lo que se acredita en el expediente -la absoluta indiferencia e impasibilidad de Cajanl en cuanto a la respuesta a la solicitud formulada- deja ver el estado de indefensión de la peticionaria, quien no cuenta con un mecanismo distinto de la acción de tutela para que se le responda, y las dificultades inherentes a su avanzada edad justifican plenamente que alguien, en su nombre, opere los mecanismos judiciales orientados a la salvaguarda de sus derechos. Si ello no puede hacerlo un agente oficioso particular, precisamente por la soledad de la anciana, resulta propio de la función del Personero obrar judicialmente en su favor.

Además, la Corte recuerda lo expresado en reciente fallo sobre la situación del particular ante la autoridad pública:

- 1 *“No acoge la Corte el criterio plasmado en la sentencia que se revisa, consistente en que la tutela era improcedente por no haberse comprobado que el actor se encontrara, respecto de la Caja Nacional de Previsión, en estado de subordinación.*

No puede olvidarse que se trataba de una entidad pública.

La Constitución contempla las situaciones de subordinación e indefensión, al lado de otras, como factores que determinan si en un cierto caso procede, excepcionalmente, la acción de tutela contra particulares. No así para los eventos

en los que el derecho o los derechos invocados pueden estar en peligro o ser vulnerados por autoridades o servidores públicos, ya que en tales ocasiones la indefensión del ciudadano ante el poder del aparato estatal se presume.

Como esta Sala lo ha puesto de presente varias veces, la acción de tutela ha sido consagrada precisamente como medio jurídico enderezado a realizar, en circunstancias específicas y merced a la intervención de los jueces, un mínimo equilibrio entre el gobernado, de por sí débil ante la autoridad pública, y ésta, cuya fortaleza está dada tanto por los instrumentos de coerción de los que dispone como por el hecho de que, en razón de su investidura, puede exigir del particular respeto y obediencia.

Es justamente esa posición dominante de la autoridad pública la que, en la práctica, resulta propicia a los abusos y a las actuaciones u omisiones lesivas de los derechos básicos de la persona común que ante ella acude o que, por cualquier motivo, cae dentro de su área efectiva de influencia o decisión.

Es ello lo que justifica la existencia de acciones y procedimientos orientados a la defensa del administrado, entre ellos la acción de tutela, cuya procedencia no depende de que quien la usa demuestre en cada caso que se encuentra indefenso o que está subordinado respecto del demandado". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-335 del 15 de julio de 1997).

La Corte considera, entonces, que el motivo expuesto por el Tribunal de Cúcuta para rechazar la tutela carece de fundamento en este caso.

Se revocará la providencia revisada y en su lugar, puesto que se ha establecido sin duda el desconocimiento flagrante del derecho de petición (obsérvese, como demostración palmaria de ello que, según oficio de Cajanal Ocaña del 4 de octubre de 1995, desde esa fecha se envió a Prestaciones Económicas de la Caja, en Cúcuta, la documentación de la señora Peñaranda para sustitución pensional, sin que se le haya resuelto), se ordenará a Cajanal, Seccional Norte de Santander, resolver de fondo sobre la solicitud presentada en un término que no podrá superar las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo.

Además, como lo ha venido haciendo la Corporación, se compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta disciplinaria de los servidores públicos que han dado lugar al quebranto del derecho fundamental enunciado.

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.- **REVOCAR** el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, que negó la protección invocada.

Segundo.- **CONCEDESE** la tutela del derecho de petición de Celina María Peñaranda viuda de Torradoy, en consecuencia, **ORDENASE** a la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, Seccional Norte de Santander, que, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, resuelva de fondo sobre la solicitud por aquella formulada.

Tercero.- **ENVIESE** copia del expediente y de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-344
Julio 21 de 1997

CONVENCION COLECTIVA-Improcedencia cumplimiento por tutela

La acción de tutela no tiene por objeto la sustitución ni el desplazamiento de los procedimientos judiciales ordinarios o especiales, sino de manera específica la protección de los derechos fundamentales sometidos a violación o amenaza siempre que no exista otro medio judicial apto para el mismo fin. Los accionantes buscaron el cumplimiento de las cláusulas de una Convención Colectiva en lo relativo a aumentos salariales, lo cual no puede resolverse en sede de tutela sino ante los jueces laborales. Es verdad que en providencias anteriores la Corte ha dado paso a la tutela ante discriminaciones entre los trabajadores que celebran convención colectiva y los que firman pacto colectivo u otras formas de acuerdo con los patronos y que también ha admitido su procedencia cuando los aumentos salariales se hacen depender de haber optado por uno u otro régimen legal. En tales casos, sin embargo, era ostensible la violación de derechos fundamentales como la igualdad y la libre asociación sindical, sin existir otro medio judicial de defensa, factores que en este caso no se presentan, pues no hay trato divergente entre los trabajadores y en cambio existen vías ordinarias para solucionar el conflicto. Se trata simplemente de la insatisfacción, muy justa, de los trabajadores sindicalizados por el hecho de que la Empresa no les cumpla lo pactado.

Referencia: Expediente T-123767

Acción de tutela instaurada por Heberth Ruiz Rios Y William A. Escobar H., en representación de las asociaciones "Sintraime-Yumbo" y "Sintrasidelpa", contra la Empresa Siderúrgica Del Pacifico "Sidelpa".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisan los fallos dictados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y por la Sección Segunda de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la acción de tutela en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

El 5 de octubre de 1995 los sindicatos "Sintrasidelpa" y "Sintraime", seccional Yumbo, firmaron con la Empresa Siderurgica del Pacífico S.A., "Sidelpa", una Convención Colectiva de Trabajo con vigencia a partir del 1 de octubre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1997.

Señalaron los demandantes que en los capítulos III y VII de la referida Convención se había establecido que tenían derecho a aumentos salariales para el segundo año iguales al I.P.C. mas un 1% y que, debido a que el I.P.C. para el año 1996 fue de 21.55%, el aumento salarial debía ser del 22.55%. En igual proporción -expresaron- aumentaban los fondos rotatorios y los auxilios especiales, todo lo cual -señalaron- ha sido incumplido por la Empresa.

En los meses de octubre y noviembre de 1996 se llevaron a cabo varias reuniones entre miembros de los sindicatos y de la empresa, en las cuales las directivas de ésta señalaron que no pagarían los ajustes salariales pactados en la Convención Colectiva, por razón de una supuesta crisis económica de la compañía.

Expusieron en la demanda que, solicitada la intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante la violación por parte de la compañía de la Convención Colectiva, mediante Resolución 1219 del 14 de noviembre de 1996, dicho organismo procedió a sancionar a la sociedad con una multa de treinta salarios mínimos legales.

Debido a que el 1 de octubre de 1996 se iba a presentar el aumento salarial pactado en la Convención Colectiva, los trabajadores contrajeron obligaciones con bancos, corporaciones financieras y contratistas independientes, razón por la cual alegaron que, como consecuencia del incumplimiento de la empresa, al no aumentar los salarios, se encuentran en la actualidad en una situación económica difícil, viéndose apremiados por los acreedores y con la obligación de pagar intereses de mora, sin contar con la posibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

II. DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE REVISION

Mediante fallo del 9 de diciembre de 1996, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali negó la tutela, por cuanto estimó que los sindicatos accionantes tenían a su favor otros medios de defensa judicial y no afrontaban un perjuicio irremediable.

Impugnado el fallo por los sindicatos demandantes, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por Sentencia del 31 de enero de 1997, lo confirmó.

Indicó la Corte Suprema de Justicia que, tratándose de una situación entre particulares donde no se acreditó subordinación de los trabajadores respecto del empleador, la tutela era improcedente. Pero advirtió, además, acerca de la existencia de otros medios de defensa judicial que se pueden desarrollar ante la jurisdicción laboral.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela en mención, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y según el Decreto 2591 de 1991.

2. El cumplimiento de convenciones colectivas de trabajo no puede lograrse por tutela

La acción de tutela -reitera la Corte- no tiene por objeto la sustitución ni el desplazamiento de los procedimientos judiciales ordinarios o especiales, sino de manera específica la protección de los derechos fundamentales sometidos a violación o amenaza siempre que no exista otro medio judicial apto para el mismo fin (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992).

Las controversias surgidas entre particulares a propósito de la celebración y ejecución de contratos o convenios encuentran en principio solución ante los estrados judiciales con base en acciones y procedimientos claramente definidos en la legislación y son esos medios los que deben usarse por los contratantes para dilucidarlas, a menos que se trate de situaciones extraordinarias que, por involucrar necesariamente derechos fundamentales cuya urgente atención no admite espera, más allá de la simple discusión sobre el alcance y contenido de las estipulaciones, quepa la acción de tutela en ese específico campo (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-307 del 20 de junio de 1997).

Dentro del género de los convenios se encuentran los de carácter laboral, individuales o colectivos (pactos y convenciones colectivas de trabajo), que obligan a patronos y trabajadores en los términos y con los efectos señalados por la legislación correspondiente. Lo relativo a su desarrollo y observancia está regulado en los artículos 475 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo, que dicen:

“Artículo 475. Acciones de los sindicatos. Los sindicatos que sean parte de una convención colectiva tienen acción para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios.

Artículo 476. Acciones de los trabajadores. Los trabajadores obligados por una convención colectiva tienen acción para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual. Los trabajadores pueden delegar el ejercicio de esta acción en su sindicato”.

En el caso materia de examen, la lectura de la demanda permite concluir que los accionantes buscaron el cumplimiento de las cláusulas de una Convención Colectiva en lo relativo a aumentos salariales, lo cual no puede resolverse en sede de tutela, según lo dicho, sino ante los jueces laborales.

Se confirmarán las decisiones de instancia.

Es verdad que en providencias anteriores la Corte ha dado paso a la tutela ante discriminaciones entre los trabajadores que celebran convención colectiva y los que firman pacto colectivo u otras formas de acuerdo con los patronos (Cfr. sentencias SU-342 del 2 de agosto de 1995 y T-330 del 15 de julio de 1997); y que también ha admitido su procedencia cuando los aumentos salariales se hacen depender de haber optado por uno u otro régimen legal (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-276 del 3 de junio de 1997).

En tales casos, sin embargo, era ostensible la violación de derechos fundamentales como la igualdad y la libre asociación sindical, sin existir otro medio judicial de defensa, factores que en este caso no se presentan, pues no hay trato divergente entre los trabajadores y en cambio existen vías ordinarias para solucionar el conflicto. Se trata simplemente de la insatisfacción, muy justa, de los trabajadores sindicalizados por el hecho de que la Empresa no les cumpla lo pactado.

La Corte no descarta que pueda asistirles la razón, si bien no puede acceder a sus pretensiones dada la abierta improcedencia del mecanismo judicial utilizado.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- Por las razones expuestas, **CONFIRMARSE** las sentencias proferidas en el proceso de la referencia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo.- **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

HERNANDO HERRERA VERGARA , Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO , Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-345
Julio 21 de 1997

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de prestaciones económicas sin
afectación de derechos fundamentales**

Salvo en casos extraordinarios, como aquéllos en los que esté de por medio el mínimo vital o en que se comprometa la subsistencia de personas de la tercera edad, el pago de prestaciones de contenido económico puede lograrse a través de los procedimientos ordinarios y no mediante la acción de tutela. No se configura ninguna circunstancia extraordinaria que haga del medio judicial ordinario un mecanismo inepto para la protección de los derechos de la interesada, y puesto que no se ha establecido la inminencia de un perjuicio irremediable, menos todavía si la pensión sustitutiva ha sido reconocida y el obstáculo de representación legal para su reclamo ha desaparecido, no sólo por existir una curadora provisional, sino por el hecho de que, al proferirse esta sentencia, ya es mayor de edad.

Referencia: Expediente T-127.455

Acción de tutela instaurada por Luz Alexandra Barragan Parra contra Instituto de Seguros Sociales -Seccional Valle del Cauca-.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Procede la Sala a revisar los fallos proferidos por la Sala Laboral de Casación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la acción de tutela en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Por conducto de apoderado, Luz Alexandra Barragán Parra promovió acción de tutela contra la Seccional Valle del Cauca del Instituto de Seguros Sociales.

Manifestó que el 17 de noviembre de 1983, la Seccional Nariño del Instituto de Seguros Sociales reconoció a la menor Martha Lucia Mesias Parra el derecho a la pensión de sobreviviente de Julio Alberto Mesias Torres, su padre.

Dicha pensión, según la demanda, se comenzó a pagar a la referida menor a través de su madre, Flor Alba Parra Bacca, y por conducto del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle del Cauca.

La madre de la niña murió el 13 de diciembre de 1992 y entonces el ISS interrumpió el pago de la pensión a la menor alegando que ella, precisamente por ser menor, no podía reclamarlo.

En el momento de ejercer la acción de tutela la menor tenía diecisiete años (cumplió dieciocho el día 8 de julio de 1997, cuando ya el asunto era materia de revisión en esta Corte) y tenía como curadora provisional a la accionante, Luz Alexandra Barragán Parra, media hermana suya.

De acuerdo con el libelo, Martha Lucía requiere urgentemente el pago de las mesadas pensionales que se le adeudan desde que murió su madre, el 13 de diciembre de 1992, ya que no cuenta con medios propios de subsistencia.

II. DECISIONES JUDICIALES

Tanto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sentencia del 22 de enero de 1997- como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 6 de marzo de 1997- negaron el amparo, por estimar que, para la protección de los derechos de Martha Lucia Mesias Parra, existen otros medios judiciales de defensa, ya que se trata del pago de una prestación económica en ejercicio de un derecho de rango legal.

La Corte Suprema de Justicia puso de presente que la pensión de sobreviviente está reconocida por el Instituto de Seguros Sociales y que, satisfecho como se demuestra en la misma demanda el requisito de la representación de la menor a través de su curadora provisional, quedó superado el obstáculo que condujo a la suspensión del pago de las mesadas.

Por ello -concluyó-, “en el evento de que la solicitud de pago no sea atendida por el accionado, puede hacerse exigible ante los jueces laborales, para que le sean canceladas las mesadas pensionales, sin que sea la tutela la vía indicada para ello”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos en referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y según las reglas del Decreto 2591 de 1991.

2. Improcedencia de la acción de tutela para obtener el pago de prestaciones puramente económicas sin que esté afectado el mínimo vital ni aparezcan violados derechos fundamentales.

Pretendió la solicitante que por la vía de la tutela se ordenara al Instituto de Seguros Sociales reanudar los pagos de la pensión sustitutiva reconocida a favor de su pupila provisional, en ese momento menor de edad, Marta Lucia Mesias Parra.

La Corte ha sido constante en su jurisprudencia al afirmar que, salvo en casos extraordinarios, como aquéllos en los que esté de por medio el mínimo vital o en que se comprometa la subsistencia de personas de la tercera edad, el pago de prestaciones de contenido económico puede lograrse a través de los procedimientos ordinarios y no mediante la acción de tutela.

Esta Sala señaló al respecto:

“En el campo laboral, aunque está de por medio el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y existen motivos para que en casos excepcionales pueda la acción de tutela ser un instrumento con mayor aptitud para salvaguardar aquél y otros derechos fundamentales, tiene lugar la regla general expuesta, ya que las controversias originadas en una relación de trabajo, bien por vinculación mediante contrato o por nexo legal y reglamentario con entidades públicas, tienen suficientes mecanismos de control, defensa y resolución en los procesos ordinarios, ampliamente desarrollados de tiempo atrás en nuestro sistema jurídico.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en sostener que la liquidación y pago de obligaciones laborales escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y si bien es cierto ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales y primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, en los términos que se dejan expuestos, relativos siempre de manera específica y directa a las circunstancias en las que se encuentra el actor, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para los indicados fines, masiva e indiscriminadamente.

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 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 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).

En todos los casos mencionados la jurisprudencia ha entendido que se desvirtuaría la Carta Política, en cuanto se quebrantaría la prevalencia del derecho sustancial, el acceso efectivo a la justicia y el principio de economía procesal, en detrimento de los derechos fundamentales en juego, si se forzara el uso del medio judicial ordinario, a sabiendas de su ineptitud en el caso concreto, cerrando de manera absoluta la vía contemplada en el artículo 86 de la Constitución.

Pero, se repite, estamos ante situaciones extraordinarias que no pueden convertirse en la regla general, ya que, de acontecer así, resultaría desnaturalizado el objeto de la tutela y reemplazado, por fuera del expreso mandato constitucional, el sistema judicial ordinario". (Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-01 del 21 de enero de 1997).

La Sala Plena, por su parte, fue enfática al manifestar:

(...)

" La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela.

(...)

" En términos generales, la jurisdicción constitucional y el conjunto de los instrumentos que componen su arsenal defensivo, asume y promueve el normal funcionamiento de los órganos del Estado y limita su intervención al control de los límites externos de su actuación con miras a preservar la legitimidad

constitucional que ha de caracterizar invariablemente el ejercicio de los poderes constituidos. La misión de la jurisdicción constitucional no es exactamente la de sustituir a los órganos del Estado, sino la de frenar sus desviaciones respecto del plano constitucional.”(Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997).

Se confirmarán las decisiones de instancia, teniendo en cuenta que, según lo que obre en el expediente, no se configura ninguna circunstancia extraordinaria que haga del medio judicial ordinario un mecanismo inepto para la protección de los derechos de la interesada, y puesto que no se ha establecido la inminencia de un perjuicio irremediable, menos todavía si, como lo expresó el fallo de segunda instancia, la pensión sustitutiva ha sido reconocida y el obstáculo de representación legal para su reclamo ha desaparecido, no sólo por existir una curadora provisional, sino por el hecho de que, al proferirse esta sentencia, ya la señorita Mesias Parra es mayor de edad.

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.- CONFIRMAR los fallos de instancia.

Segundo.- DESE cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

JAIME BETANCUR CUARTAS, Conjuez

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA NoT-348

Julio 24 de 1997

TUTELA DE UN DERECHO PRESTACIONAL-Requisitos concurrentes

Como lo ha manifestado esta Corporación, para que proceda la tutela de un derecho prestacional de aquellos que, en sí mismos, no tienen carácter fundamental, como la salud, resulta necesario demostrar los siguientes requisitos concurrentes: (1) que la persona involucrada posee un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa, (2) que tal derecho, en el caso concreto, encuentra una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales y (3) que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulta idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Régimen de beneficiarios de servicios de salud

El sistema legal de seguridad social en salud de los educadores estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no consagra el régimen de beneficiarios de los servicios de salud, el que queda librado a la discrecionalidad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a lo que se establezca en los contratos de prestación de servicios que, a nivel departamental, suscriba la fiduciaria La Previsora Ltda con la entidad regional prestadora de servicios de salud que resulte seleccionada luego del proceso contractual.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cumplimiento contrato de prestación servicios de salud

La jurisdicción civil es la competente para conocer acerca de cualquier controversia que se suscite con ocasión del cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Cooperadores I.P.S. S.A. En consecuencia, si el actor estima que el contratista está incumpliendo los términos del mencionado acuerdo puede acudir a

la administración de justicia para que, a través de un proceso civil ordinario, se resuelva su solicitud. Si lo que el actor quiere impugnar es el contenido mismo del citado acuerdo, por considerar que vulnera normas de rango constitucional, podría solicitar la declaratoria de una nulidad absoluta por objeto ilícito a través de un proceso civil ordinario.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Definición

Esta Corporación tiene establecido que el perjuicio irremediable es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico -como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho- que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

COMISION LEGISLATIVA-Régimen beneficiarios en salud del magisterio/ SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen mínimo de beneficiarios en fondo de prestaciones del magisterio/FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Protección a disminuidos físicos/DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESTACIONALES- Desarrollo legislativo

No puede la Sala dejar de advertir la omisión del legislador en punto a la definición del régimen mínimo de beneficiarios del sistema de seguridad social de salud de las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No desconoce esta Sala que tal omisión se debe, entre otros factores, al petitum expreso de los representantes del sector docente, para que fueran excluidos del régimen general de salud y así mantener algunos beneficios, como por ejemplo, el monto de la cotización. No obstante, el sistema vigente desampara a sectores poblacionales que, como los disminuidos físicos, merecen un trato especial. Para la Sala resulta en extremo preocupante que el derecho a la seguridad social en materia de salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentre sometido a las incertidumbres jurídicas descritas. El hecho de que no existan normas legales en las cuales se consagren los servicios mínimos de salud y el régimen de beneficiarios, lo cual determina que la fijación de ese mínimo se defina por vía de la discrecionalidad de un órgano de la Administración o de una negociación contractual, perpetúa una situación de desamparo a sectores poblacionales que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y genera una situación de inseguridad jurídica que no se aviene con la certeza que debe rodear a los derechos constitucionales y a la garantía de la efectividad de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, como fin esencial del Estado. El desarrollo legislativo de los derechos

constitucionales prestacionales es una tarea a la cual el Estado no puede renunciar dejándola a cargo de la discrecionalidad de órganos estatales de carácter ejecutivo y a la autonomía de la voluntad de entidades descentralizadas y de grupos de particulares. Esta autonomía, aunque coonestada ampliamente por la propia Carta Política, encuentra límites claros en las competencias que el Estatuto Superior ha radicado en cabeza del Legislador, más aún si lo que se trata tiene relación directa con la efectividad de un derecho prestacional.

Referencia: Expediente T-123144

Actor: José Jesús Sarmiento Idarraga

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

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-123144 adelantado por José Jesús Sarmiento Idarraga contra la empresa Cooperadores I.P.S. S.A.

ANTECEDENTES

1. El 6 de noviembre de 1996, el señor José Jesús Sarmiento Idarraga, interpuso acción de tutela, en representación de su hija Paula Andrea Sarmiento Moncada, ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra Cooperadores I.P.S. S.A., por considerar que esta entidad vulneró los derechos fundamentales a la igualdad (C.P., artículo 13) y a la seguridad social (C.P., artículo 49) de su representada.

El actor manifestó que, desde el mes de agosto de 1982, se desempeña como docente nacionalizado al servicio del Departamento del Valle del Cauca y, por tanto, pertenece a la nómina del Fondo Educativo Regional de ese departamento. En razón de esta situación

laboral, se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que suscribió un contrato de prestación de servicios con la empresa Cooperadores I.P.S. S.A., para que ésta suministrara los servicios de salud a sus afiliados.

Relata que, en septiembre de 1996, solicitó a Cooperadores I.P.S. S.A. la inclusión de su hija Paula Andrea Sarmiento Moncada, de 21 años de edad y quien sufre de retardo mental, como beneficiaria de los servicios médicos prestados por esa empresa con el fin de poder realizarle un examen de resonancia magnética y un tratamiento de sicoterapia. El demandante señaló que la empresa mencionada respondió negativamente a sus peticiones, con el argumento de que el plan de salud para los miembros del Magisterio no cubría a los hijos mayores de edad de los afiliados. Manifestó que su hija, en razón de su retardo mental, es discapacitada y, por ende, es acreedora de los derechos especiales de que trata el artículo 13 de la Carta, en concordancia con el artículo 49 de la misma.

De otro lado, el peticionario indicó que su hija requiere, además de los tratamientos médicos antes anotados, la práctica de una cirugía de ligadura de trompas, cuya realización también fue negada por la empresa demandada, pese a la urgencia del mencionado procedimiento quirúrgico, con el cual se busca “proteger preventivamente a una persona del sexo femenino de un posible embarazo, que le traería mayores dificultades y conflictos, no sólo a la familia, sino también a la sociedad y al Estado”.

Así mismo, el actor afirmó que tanto él como su esposa son docentes al servicio del Magisterio, razón por la cual realizan las cotizaciones necesarias para que les sean prestados los servicios de salud respectivos. Señala que, pese a lo anterior, el servicio que les dispensa Cooperadores I.P.S. S.A. no cubre sus necesidades, “dada la deficiente atención tanto a nosotros como usuarios como a nuestros hijos como beneficiarios, pues en nuestro caso particular no se atiende a nuestros hijos”. Agregó que, en vista de esta situación, se vió obligado a contratar con la empresa Medisanitas, lo cual “da al traste con nuestros precarios sueldos de docentes”.

Con base en lo anterior, el demandante solicita: (1) que se conceda la acción de tutela contra la entidad demandada; (2) que se ordene a Cooperadores I.P.S. S.A. incluir a su hija Paula Andrea Sarmiento Moncada como beneficiaria del plan de salud del Magisterio del Valle y que se ordene a esa empresa la realización de la cirugía y los otros tratamientos médicos que requiere la incapaz.

2. El representante legal de Cooperadores I.P.S. S.A. informó al Tribunal de tutela que esa empresa presta los servicios médico-asistenciales tanto al personal docente activo y pensionado del Magisterio del Valle como a los beneficiarios y familiares de éste, en virtud del contrato de prestación de servicios N° 0083-087/93 suscrito entre la fiduciaria La Previsora Ltda y Cooperadores I.P.S. S.A., el cual se rige por las disposiciones de la Ley 91 de 1989 y por las normas civiles, comerciales y administrativas pertinentes.

Por otra parte, el gerente de la entidad demandada indicó que la cláusula primera del mencionado contrato establece que la prestación de los servicios médico-asistenciales sólo cubre a los beneficiarios y/o familiares del personal docente al servicio del Magisterio del Valle, en los términos contemplados en el Anexo N° 2 del contrato. Este especifica que la integridad de los servicios sólo serán prestados a los hijos de los afiliados de hasta un año de edad. De igual modo, dispone que a los hijos cuya edad esté comprendida entre uno y doce años se prestarán los servicios de consulta externa, atención de urgencias, hospitalización y cirugía. Por último, establece que a los hijos con edades entre los doce y los dieciocho años se prestarán los servicios de urgencia, hospitalización y cirugía, según la disponibilidad de recursos.

Con base en lo anterior, el representante legal de Cooperadores I.P.S. S.A. señaló que las peticiones del demandante no pueden ser satisfechas por esta empresa, como quiera que no se avienen a las estipulaciones del contrato de servicios médico-asistenciales, toda vez que su hija excede las edades allí establecidas y los tratamientos solicitados no se encuentran contemplados. Así mismo, indicó que si bien “lo requerido por la discapacitada es algo altruista y humanitario, desde el punto de vista médico no reviste ninguna urgencia ni gravedad para la vida de la paciente”. De otro lado, manifestó que el artículo 9° de la Resolución N° 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, determina aquellas eventualidades que deben ser consideradas como una urgencia, dentro de las cuales no pueden ser contemplados ni el tratamiento psicológico, ni la resonancia magnética, ni la cirugía de ligadura de trompas solicitados por el actor.

Por último, el gerente de la empresa demandada manifestó que la acción de tutela era improcedente, como quiera que el asunto planteado por el actor no se encuentra contemplado dentro de los eventos señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y, además, la actuación de Cooperadores I.P.S. S.A. constituye una conducta legítima en los términos del artículo 45 del mismo decreto. Para terminar, agregó que la ligadura de trompas solicitada por el demandante es un servicio prestado por el Estado, en forma gratuita o a tarifas muy bajas, en instituciones como Profamilia o en hospitales públicos.

3. Mediante sentencia de noviembre 21 de 1996, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, denegó la acción de tutela interpuesta por el señor José Jesús Sarmiento Idárraga, en representación de su hija Paula Andrea Sarmiento Moncada.

El Tribunal de tutela consideró que el demandante se encontraba legitimado para actuar, como quiera que lo había hecho en calidad de agente oficioso de su hija quien, según la historia clínica que obra en el expediente, sufre de un retardo mental severo que la imposibilita para ejercer por sí misma la defensa de sus

derechos. De igual modo, el juzgador estimó que la acción de tutela sí procedía contra la empresa demandada, en cuanto que ésta se encuentra encargada de la prestación del servicio público de salud (Decreto 2591 de 1991, artículo 42-2).

A juicio de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de la cláusula primera y del Anexo N° 2 del contrato suscrito entre la fiduciaria La Previsora Ltda y la empresa Cooperadores I.P.S. S.A., se desprende con claridad que la demandada no está obligada a prestar los servicios médico-asistenciales a los hijos mayores de 18 años de los afiliados, así aquellos presenten una incapacidad permanente.

En opinión del juez de tutela, "Cooperadores tiene la obligación legal de prestar, los servicios médico-asistenciales a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al contrato, es decir, miradas las cosas desde el punto de vista de quien los demanda, éste tan sólo puede obtener para sí los servicios médico-asistenciales y para quienes dentro de su familia, estén cobijados a título de beneficiarios en la forma convenida en el contrato, sin que por la vía de la tutela puedan ser dirimidas controversias que puedan presentarse con ocasión de la aplicación de los respectivos contratos para los efectos del cumplimiento de las obligaciones inherentes a los mismos".

Por último, el juzgador consideró que los procedimientos médicos solicitados por el actor no revestían un carácter urgente, como quiera que el derecho a la vida de su hija no resultaba comprometido.

4. El demandante impugnó la sentencia de tutela de primera instancia pero no presentó escrito alguno en el cual sustentara las razones que lo motivaban a controvertir la mencionada providencia.

El apoderado de Cooperadores I.P.S. S.A. presentó un escrito, ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se oponía a la impugnación interpuesta por el actor y solicitaba la confirmación de la sentencia del *a-quo*.

A juicio del representante judicial de la empresa demandada, ésta no se encuentra obligada a prestar los servicios médico-asistenciales a la hija del actor, como quiera que ésta no se encuentra contemplada dentro del grupo de beneficiarios establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria La Previsora Ltda y Cooperadores I.P.S. S.A. Añadió que, "por tratarse de un contrato, desde un principio quedó establecido el objeto del contrato, sin que sea justo, ahora, imponerle a una de las partes (Cooperadores I.P.S. S.A.) una carga no concebida y prevista en el ítem contractual".

Por otra parte, el apoderado señaló que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la seguridad social (C.P., artículo 49) sólo es fundamental cuando su desconocimiento implica la vulneración de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, etc.

Así mismo, afirmó que la acción de tutela era improcedente en razón de la existencia de otros medios judiciales de defensa y por no presentarse, en el caso de autos, la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5. Por providencia de enero 28 de 1997, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la sentencia de primera instancia.

La Corte consideró que el derecho a la salud no tenía, en el caso concreto, el carácter de fundamental y, por lo tanto, no era susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela. Así mismo, estimó que aún si se hubiese considerado que el derecho a la salud era fundamental, la tutela también habría debido negarse, toda vez que “no es dado al Estado impartir órdenes a las entidades de origen privado para que transgredan el ámbito contractual dentro del cual han comprometido su actuación”.

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

6. Mediante autos de mayo 28 y junio 20 de 1997, la Sala Tercera de Revisión decretó una serie de pruebas dirigidas, básicamente, a aclarar cuál es el régimen de seguridad social en salud a que tienen derecho los educadores estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

FUNDAMENTOS

El problema planteado

1. El actor, docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, considera que la empresa Cooperadores I.P.S. S.A., ha vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad (C.P., artículo 13) y a la seguridad social (C.P., artículo 49) de su hija Paula Andrea Sarmiento Moncada, de 21 años de edad, quien es discapacitada en razón de su retardo mental. A su juicio, la violación se produjo cuando la sociedad demandada se negó a incluir a su hija como beneficiaria de los servicios médico-asistenciales, toda vez que se trata de una persona en situación de debilidad manifiesta y, por ende, acreedora del trato especial de que tratan los artículos 13 y 49 de la Constitución.

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali negó la tutela impetrada por considerar que la cláusula primera y el Anexo N° 2 del contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria La Previsora Ltda - quien administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - y la empresa Cooperadores I.P.S. S.A. - quien presta los servicios médico-asistenciales a los docentes del Valle del Cauca afiliados al mencionado Fondo - establecen claramente que esta sociedad no está obligada a prestar los

servicios médicos a los hijos mayores de 18 años de los afiliados, así aquellos se encuentren en situación de discapacidad. Igualmente, el juzgador de primera instancia estimó que los tratamientos médicos específicos solicitados no eran urgentes, como quiera que no comprometían el derecho a la vida de la hija del actor.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del *a-quo* y consideró que, aunque el derecho a la salud de la hija del demandante hubiese tenido carácter fundamental en el caso concreto, el amparo constitucional habría debido negarse, toda vez que a los jueces les está vedado transgredir el ámbito de libertad contractual dentro del cual las entidades de carácter privado han adquirido una serie de obligaciones.

La Corte debe resolver, en primera instancia, si la hija discapacitada del actor, tiene el derecho fundamental a recibir tratamiento médico a cargo de la institución prestadora de salud a la cual este último se encuentra afiliado. Adicionalmente, deberá definirse si en el presente caso, la acción de tutela es el mecanismo adecuado para exigir el derecho fundamental presuntamente vulnerado o si, por el contrario, existe otro medio idóneo de defensa judicial.

2. El juez constitucional no puede desestimar *de plano* la solicitud de amparo, a través de la acción de tutela, de un derecho prestacional de aquellos contemplados en el capítulo 2 del título II de la Carta, como el derecho a la salud. Por el contrario, en países como Colombia, en los cuales los niveles de pobreza amenazan constantemente la existencia digna de sus habitantes, no resulta desacertado sostener que la amenaza o afectación de un derecho social o económico, que en sí mismo no tiene carácter de *fundamental*, puede llegar a comprometer la eficacia de tales derechos. Esta realidad no puede pasar desapercibida para el juez constitucional. Sin embargo, la evidencia de tal realidad no puede tampoco impulsar al funcionario judicial a imponer su propia concepción de la justicia por encima de reglas valiosas para el Estado social, como el respeto del poder judicial al principio democrático.

Por las razones anteriores, como lo ha manifestado esta Corporación, para que proceda la tutela de un derecho prestacional de aquellos que, en sí mismos, no tienen carácter fundamental, como la salud, resulta necesario demostrar los siguientes requisitos concurrentes: (1) que la persona involucrada posea un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa, (2) que tal derecho, en el caso concreto, encuentra una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de *fundamentales* y (3) que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulta idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado.

3. Lo primero que la Sala debe definir es si la joven Paula Andrea Sarmiento Moncada, quien sufre de retardo mental, es titular del derecho a recibir atención médica y quirúrgica a cargo de la Institución Prestadora de Servicios de Salud Cooperadores I.P.S. S.A a la cual se encuentran afiliados sus padres y contra quien se interpuso la acción de tutela.

4. Para resolver la cuestión planteada, es necesario analizar si, como lo afirma el actor, los artículos 13 y 49 de la Constitución otorgan a su hija discapacitada el derecho subjetivo a solicitar y obtener la prestación de los servicios médicos a cargo de la institución prestadora de los servicios de salud a la cual él se encuentra afiliado. Para resolver este asunto, es necesario advertir que la atención que solicitan los padres está destinada exclusivamente a la protección de la salud de la joven discapacitada, quien cuenta con el deber de atención por parte de sus progenitores los que, pese a no gozar de cuantiosos ingresos, se encuentran en posibilidad de vincularla a una entidad de medicina prepagada.

5. En las condiciones anotadas, es pertinente aplicar la doctrina constitucional expuesta en la sentencia SU-111 de 1997, según la cual, en principio, los derechos sociales, económicos y culturales, reconocidos en el capítulo 2 del título II de la Carta, no originan posiciones jurídicas subjetivas que sirvan para fundamentar la existencia de prestaciones económicas individuales y subjetivas a favor de miembros de la sociedad. A este respecto dijo la Corte:

“13. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

(...)

16. Por lo expuesto, 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”.

En suma, del derecho a la salud, contemplado en el artículo 49 de la Carta, no se puede hacer derivar el derecho subjetivo de una persona a recibir tratamiento médico especializado a cargo de una determinada entidad privada que no tiene adscrita la obligación correlativa.

6. Adicionalmente, tampoco puede afirmarse que el artículo 13 de la Carta, confiera, de manera autónoma, a una persona discapacitada, el derecho a ser atendida en la entidad médica a la cual su padre se encuentra afiliado. Si bien es cierto que esta norma impulsa al Estado a procurar un trato especial a las personas que por sus condiciones mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta - como puede serlo una persona que sufre de retardo mental -, también lo es que se trata de un enunciado que por sí mismo no impone a la I.P.S. demandada la obligación de atender a la hija del actor. El trato especial reclamado, no puede ser justificado simplemente esgrimiendo el imperativo constitucional de la igualdad material consagrado en el artículo 13 citado.

En síntesis, encuentra la Sala que los textos constitucionales esgrimidos, no resuelven el primer problema planteado relativo a la eventual existencia de un derecho subjetivo a obtener la atención médica a favor de la joven Paula Andrea Sarmiento. Procede, en consecuencia, la Corte a estudiar el sistema de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como quedó mencionado, si se llegare a identificar la existencia de un eventual derecho sería necesario estudiar si existe otro mecanismo idóneo de defensa judicial y si en los hechos se encuentra comprometido el ejercicio de un derecho fundamental.

El régimen de seguridad social en salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

7. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 consagra una serie de regímenes especiales de seguridad social excluidos de la aplicación del sistema integral de seguridad social consagrado en la anotada ley. Así, los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, *los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, los trabajadores de las empresas en concordato preventivo y obligatorio que hayan pactado sistemas especiales de protección de las pensiones mientras dure el proceso concursal y los trabajadores de Ecopetrol, se encuentran sujetos a normas especiales. Tales regímenes consagran derechos adquiridos por los mencionados sectores laborales, gracias a reivindicaciones colectivas que fueron defendidas por sus voceros ante el Congreso de la República, justamente, para que no fueran desconocidas por el sistema general de pensiones y salud.

En general, esta Corporación ha considerado que la consagración de regímenes especiales de seguridad social, como los establecidos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera la igualdad, en la medida en que su objetivo reside,

precisamente, en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados¹. Salvo que se demostrare que la ley efectuó una diferenciación arbitraria, las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general. En este sentido, es relevante recordar que esta Corporación tuvo la oportunidad de estudiar si resultaba arbitrario exceptuar de los derechos y obligaciones de la Ley 100 de 1993 a las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. A este respecto se concluyó que tal excepción era, en principio, legítima, pues se trataba, como se indicó, de proteger derechos adquiridos.

Para efectos de resolver la presente acción de tutela, es necesario estudiar si las normas que conforman el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consagran el derecho a la salud de los hijos de los afiliados que, pese a haber superado la mayoría de edad, en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta como el retardo mental, dependen de sus padres.

8. El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, “como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital”. El Presidente de la República delegó la celebración del contrato de fiducia en el Ministro de Educación Nacional². En cumplimiento de estos mandatos, el Ministerio de Educación Nacional suscribió con la fiduciaria La Previsora Ltda el contrato de fiducia mercantil, que a la fecha, se encuentra vigente³.

Entre los objetivos que debe proponerse el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes, la cual corresponderá a entidades cuya contratación efectuará la fiduciaria, de conformidad con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo⁴. En este sentido, la Cláusula primera del contrato de fiducia suscrito entre la Nación y la fiduciaria La Previsora Ltda., establece que el mismo se celebra para “la eficaz administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (a fin de) garantizar la adecuada prestación de los servicios médico-asistenciales del personal docente, para dar cumplimiento a los propósitos que inspiraron la Ley 91 de 1989”.

¹ SC-461/95 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; SC-173/96 MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz; SC-665/96 MP. Dr. Hernando Herrera Vergara.

² Decreto 632 de 1990.

³ Escritura pública N° 0083 de junio 21 de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, prorrogado por las escrituras públicas N° 1736 de junio 18 de 1993, N° 5818 de junio 20 de 1996 y N° 1028 de junio de 1997, todas de la Notaría 44 del círculo de Santa Fe de Bogotá

⁴ Ley 91 de 1989, artículo 5°, numerales 1° y 2°

9. Las normas legales vigentes⁵, no contienen disposición o remisión normativa alguna a partir de la cual sea posible establecer cuáles son los servicios médico-asistenciales mínimos a que tienen derecho los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Según la información suministrada a esta Sala de Revisión por parte del Ministerio de Educación y la fiduciaria La Previsora Ltda, el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se fija a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito entre la fiduciaria y la empresa que preste los servicios médico-asistenciales.

En este sentido, el numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁶, recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3°-c)⁷.

10. El Consejo Directivo adoptó, mediante el Acuerdo N° 01 de febrero 26 de 1996, los términos de referencia y el Manual de Evaluación de Propuestas para los Servicios Médico-Asistenciales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aplicables a la convocación y calificación de ofertas dentro del proceso de contratación de los servicios médico-asistenciales para los afiliados al Fondo⁸. Los términos de referencia contenidos en el precitado Acuerdo, establecen una cobertura obligatoria a grupos poblacionales específicos de beneficiarios y un

⁵ Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994

⁶ Ley 91 de 1989, artículo 3°

⁷ El respectivo Comité Regional escoge la empresa que recomendará para que preste estos servicios en su departamento de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 11 del Decreto 855 de 1994, en donde se señala que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud deberán obtener, previamente, por lo menos dos ofertas de personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios y que se encuentren registradas en el registro especial nacional del Ministerio de Salud. Acto seguido, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio toma la decisión final e imparte a la fiduciaria las instrucciones consecuentes para que proceda a la contratación de la empresa escogida (Ley 81 de 1989, artículo 7-2; cláusulas 5-5 y 14 y 7-2 del contrato de fiducia mercantil Nación-La Previsora Ltda).

⁸ Estos documentos tienen por finalidad facilitar al Consejo Directivo y a los comités regionales el proceso de contratación, renovación y prórroga de los contratos de servicios médico-asistenciales, mediante una metodología que determine la selección objetiva de la entidad que garantice con adecuación, oportunidad, suficiencia, seguridad, eficiencia, integralidad y calidad la prestación de los servicios de salud.

mínimo de servicios para los mismos, indicados en los anexos 1 y 2. Estudiados los citados documentos, verifica la Sala que las instrucciones que contienen no incluyen la de tener como beneficiario de los servicios de salud a los hijos de los afiliados cuando hubieren superado la minoría de edad, incluso si se trata de hijos incapaces que dependen económicamente de sus padres, como es el caso de la hija del actor.

11. A partir de los mínimos consagrados en los anexos 1 y 2 antes citados, las entidades oferentes en cada uno de los departamentos, pueden brindar coberturas más amplias y servicios adicionales que deben ser financiados mediante sistemas especiales, como el denominado "sistema de copagos".

Lo anterior determina que no exista homogeneidad nacional en punto a los servicios de salud y a la atención a beneficiarios, toda vez que éstas dependen de las particularidades del proceso de oferta y contratación a nivel de cada departamento, proceso en el cual deben respetarse derechos adquiridos por los docentes mediante reivindicaciones de carácter regional. De igual forma, los costos de los servicios médicos a nivel departamental varían, situación que ha implicado, en muchos casos, que la parte del aporte que efectúa la Nación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁹, destinado a servicios de salud resulte modificado según el costo de estos servicios en el departamento de que se trate. En otros casos, los mismos maestros han decidido, en forma voluntaria, adicionar puntos al monto de la cotización que les corresponde aportar al Fondo¹⁰, con la finalidad de aumentar las coberturas de servicios o ampliar el número de personas incluidas en el régimen de beneficiarios.

En consecuencia, debe la Sala determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes del Valle del Cauca afiliados al Fondo de prestaciones sociales del Magisterio, vale decir, cuál es el régimen de beneficiarios aplicable al padre de la joven discapacitada en favor de quien se interpuso la acción de tutela que se estudia.

12. Previos los requisitos exigidos por la ley, La Previsora Ltda., obrando en desarrollo del contrato de fiducia antes mencionado, celebró un contrato con la Cooperativa de Trabajadores de Occidente colombiano - Cooperadores I.P.S. S.A. La finalidad del mencionado contrato era la de asegurar a los docentes del departamento del Valle del Cauca, afiliados al Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, y a los beneficiarios o familiares que el mismo contrato estableciere, la prestación de los servicios médico - asistenciales a los cuales tienen derecho según

⁹ La cifra corresponde al 8% y se calcula sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales a los docentes, según lo establecen los artículos 8-2 de la Ley 91 de 1989 y 12-3 del Decreto 196 de 1995.

¹⁰ La cotización asciende al 5%, y se calcula sobre el salario mensual, según lo determinan los artículos 8-1 de la Ley 91 de 1989 y 12-1 del Decreto 196 de 1995.

las normas aplicables antes mencionadas. El citado contrato, vigente al momento de la interposición de la acción de tutela que se estudia, no ampliaba la cobertura de los servicios de salud a los hijos, mayores de edad, de los afiliados al Fondo. Dicho contrato tenía una duración de tres años, a partir del 1 de diciembre de 1993 y hasta el 30 de noviembre de 1996.

13. Justo antes del vencimiento del contrato citado, se celebró, entre las mismas personas, un nuevo contrato de prestación de servicios de salud. En cuanto se refiere a los beneficiarios y, particularmente respecto de los hijos mayores de edad, de los afiliados al Fondo, el citado acuerdo estableció:

"b.) Adicionalmente a los docentes activos y pensionados del Departamento del Valle del Cauca, el contratista deberá prestar los servicios antes relacionados a los siguientes beneficiarios:

(...)

2. Para los hijos del afiliado, sin límite de edad, atención de enfermedades congénitas en un 100% a cargo del contratista.

(...)

5. Para hijos entre 18 a 25 años de edad cumplidos que comprueben dependencia económica y que no estén cubiertos por otro tipo de seguridad social, recibirán los servicios de urgencias, hospitalización y cirugía en las unidades propias de Cooperadores que cuenten con estos servicios, a tarifas SOAT vigentes. Los costos ocasionados en su atención deberán ser cancelados durante el período de hospitalización atención de la urgencia o cirugía.

Los eventos descritos de atención de urgencias hospitalización y cirugía, para este grupo de edad de 18 a 25 años con dependencia económica y no pertenencia a otro sistema de seguridad social, brindados por Cooperadores a través de Instituciones subcontratadas, serán cobrados a las tarifas a tarifas SOAT más el porcentaje adicional a tales tarifas convenidas con dichas instituciones¹¹."

14. En síntesis, el sistema legal de seguridad social en salud de los educadores estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no consagra el régimen de beneficiarios de los servicios de salud, el que queda librado a la discrecionalidad del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a lo que se establezca en los contratos de prestación de servicios que, a nivel departamental, suscriba la fiduciaria La Previsora Ltda con la entidad regional prestadora de servicios de salud que resulte seleccionada luego

¹¹ Cláusula primera, literal b), numerales 2 y 5

del proceso contractual descrito más arriba. A este respecto, en el Valle del Cauca, mientras se encuentre vigente el contrato mencionado en el fundamento 13 de esta sentencia, Cooperadores IPS S.A., encargada de prestar los servicios de salud a los docentes, se encuentra obligada a atender en un 100% las enfermedades congénitas de los hijos de los afiliados, sin límite de edad y, a ofrecer servicios de urgencia, hospitalización y cirugía para los hijos entre 18 a 25 años de edad que comprueben dependencia económica y que no estén cubiertos por otro tipo de seguridad social, a unas tarifas especiales.

15. Ahora bien, identificado el régimen jurídico aplicable al caso, es necesario establecer si existe otro medio idóneo de defensa judicial. Si no existiere un mecanismo de defensa, el juez constitucional debería proceder a estudiar si la actora se encuentra en alguna de las circunstancias reconocidas en el contrato mencionado en el fundamento 13 de esta providencia y, siendo así, si la omisión de la empresa afecta un derecho fundamental, pues, como quedó establecido, no basta, para que proceda la acción de tutela, que resulte amenazado o comprometido el derecho a la salud. Sin embargo, si existiere otro medio de defensa judicial, los extremos antes descritos deberán ser definidos por el juez competente.

Existencia de otro medio judicial de defensa

16. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente siempre y cuando no exista otro medio judicial de defensa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

17. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la acción de tutela impetrada debía denegarse pues, entre otras cosas, “no es dado al Estado impartir órdenes a las entidades de origen privado para que transgredan el ámbito contractual dentro del cual han comprometido su actuación”.

18. Si bien es cierto que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo idóneo para impugnar una decisión que se adopta en el curso de la ejecución de un contrato, dado que para ello existen medios alternativos, también lo es que nada en el artículo 86 de la Carta impide que el juez constitucional proceda al estudio de los actos contractuales cuando resulte claro que concurren los requisitos de procedibilidad de la acción.

19. En el presente caso, existe un medio judicial alternativo. En efecto, las decisiones que adopte la IPS en ejecución del contrato, los términos de este último e incluso las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se traducen en actos que son susceptibles de impugnación judicial por medios ordinarios que, en principio, desplazan a la acción de tutela.

Ciertamente, la jurisdicción civil es la competente para conocer acerca de cualquier controversia que se suscite con ocasión del cumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud celebrado con Cooperadores I.P.S. S.A. En consecuencia, si el actor estima que el contratista está incumpliendo los términos del mencionado acuerdo puede acudir a la administración de justicia para que, a través de un proceso civil ordinario, se resuelva su solicitud. De otra parte, no pueden dejar de mencionarse otros mecanismos que, pese a no tener carácter judicial, ofrecen al actor alternativas para la defensa de sus intereses. Así por ejemplo, le resulta posible acudir a la Superintendencia de Salud o al Comité Regional del Fondo de Prestaciones del Magisterio del Departamento del Valle del Cauca¹² con el fin de que estas entidades verifiquen el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Sin embargo, si lo que el actor quiere impugnar es el contenido mismo del citado acuerdo, por considerar que vulnera normas de rango constitucional, podría solicitar la declaratoria de una nulidad absoluta por objeto ilícito (C.C., artículos 1519, 1741 y 1742) a través de un proceso civil ordinario (C.P.C., artículos 397 a 407).

De otro lado, como quedó estudiado, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el Acuerdo N° 01 de febrero 26 de 1996, adoptó unos términos de referencia que rigen el proceso de selección y contratación de las empresas con las cuales la fiduciaria La Previsora Ltda. debe contratar, a nivel departamental, la prestación de los servicios médico-asistenciales para los afiliados al anotado Fondo. Esos términos de referencia, en materia de cobertura a beneficiarios, contemplan unos mínimos consagrados en los anexos 1 y 2. Si el actor considera que esos mínimos son violatorios de los derechos a la igualdad y a la seguridad social, por omitir la inclusión de los hijos mayores inválidos, se encuentra legitimado para demandar el acto administrativo (Acuerdo N° 01 de febrero 26 de 1996) por medio del cual el Consejo Directivo adoptó los mencionados términos de referencia.

20. Una vez determinado que, en el caso *sub-lite*, existe otro medio judicial de defensa, la Sala debe determinar si se presenta un perjuicio irremediable frente al cual la acción de tutela podría operar como mecanismo transitorio de protección.

Esta Corporación tiene establecido que el perjuicio irremediable es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del

¹² Según el contrato suscrito entre la Previsora LTDA y Cooperadores IPS SA, este Comité es el encargado de ejercer la supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del mencionado contrato.

ordenamiento jurídico¹³. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico -como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho¹⁴- que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior¹⁵. De otro lado, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos¹⁶: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo debe ser grave, esto es, que una vez que aquel que se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.

21. A juicio de la Sala, la aplicación de las subreglas constitucionales antes enunciadas al caso concreto determina que haya de concluirse que, en éste, no existe perjuicio irremediable alguno.

En efecto, aún cuando se encuentra probado que la hija del actor es una persona que sufre de una notable afectación psíquica (véase su historia clínica a fols. 11 a 22 del expediente) que, además, se encuentra imposibilitada para trabajar, también está demostrado que depende económicamente de sus padres que son docentes vinculados al magisterio del departamento del Valle del Cauca quienes, por tanto, no carecen de los recursos económicos necesarios para el sostenimiento de su hija. Por el contrario, según lo manifiesta el actor en su escrito de demanda de tutela (fol. 2) y lo confirma la comunicación suscrita por la empresa Medisanitas (fol. 9), Paula Andrea Sarmiento Moncada es atendida en la actualidad por la compañía de medicina prepagada antes anotada, con quien su padre suscribió el contrato 2-512245-002. Lo anterior permite concluir que el mínimo vital de la hija del demandante no se ha visto afectado por las actuaciones que éste endilga a la sociedad demandada, así resulte cierto que los ingresos de sus progenitores se han visto disminuidos.

Además de contar con servicios de atención médica permanente, la situación de salud de Paula Andrea Sarmiento Moncada no parece revestir una gravedad de tal magnitud que amerite la procedencia temporal de la acción de tutela. Ciertamente, en el expediente no aparece probado que de los tratamientos médicos

¹³ SC-531/93 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ ST-356/95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ ST-001/93 MP. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein; ST-043/93 MP. Dr. Ciro Angarita Barón; ST-22593 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; ST-458/94 MP. Dr. Jorge Arango Mejía; ST-356/95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; ST-476/96 MP. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁶ ST-225/93 MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; ST-056/94 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-208/95 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; ST-476/96 MP. Dr. Fabio Morón Díaz; ST-093/97 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

específicos solicitados por el actor para su hija (examen de resonancia magnética, psicoterapia y ligadura de trompas) dependa la vida o la integridad de ésta.

Por estas razones, la presente acción de tutela deberá ser rechazada por improcedente. En consecuencia, deberán revocarse las decisiones de instancia, pues las mismas denegaron el amparo solicitado cuando han debido rechazar la solicitud por improcedente dada la existencia de otro medio idóneo de defensa judicial.

Omisión del legislador y deber de desarrollar los derechos consagrados en el capítulo 2 del título II de la Carta

22. Pese a que la presente acción se rechace, no puede la Sala dejar de advertir la omisión del legislador en punto a la definición del régimen mínimo de beneficiarios del sistema de seguridad social de salud de las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No desconoce esta Sala que tal omisión se debe, entre otros factores, al *petitum* expreso de los representantes del sector docente, para que fueran excluidos del régimen general de salud y así mantener algunos beneficios, como por ejemplo, el monto de la cotización. No obstante, el sistema vigente desampara a sectores poblacionales que, como los disminuidos físicos, merecen un trato especial.

En este sentido, recuerda la Corte que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del país, pero cuya vigencia efectiva depende de la intermediación activa de la ley.

Para la Sala resulta en extremo preocupante que el derecho a la seguridad social en materia de salud de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentre sometido a las incertidumbres jurídicas descritas con anterioridad. El hecho de que no existan normas legales en las cuales se consagren los servicios mínimos de salud y el régimen de beneficiarios, lo cual determina que la fijación de ese mínimo se defina por vía de la discrecionalidad de un órgano de la Administración o de una negociación contractual, perpetúa una situación de desamparo a sectores poblacionales que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y genera una situación de inseguridad jurídica que no se aviene con la certeza que debe rodear a los derechos constitucionales y a la garantía de la efectividad de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, como fin esencial del Estado (C.P., artículo 2°).

* A juicio de esta Corporación, el desarrollo legislativo de los derechos constitucionales prestacionales es una tarea a la cual el Estado no puede renunciar dejándola a cargo de la discrecionalidad de órganos estatales de carácter ejecutivo y a la autonomía de la voluntad de entidades descentralizadas y de grupos de particulares. Esta autonomía, aunque cohonestada ampliamente por la propia Carta

Política (C.P., artículos 16 y 333), encuentra límites claros en las competencias que el Estatuto Superior ha radicado en cabeza del Legislador, más aún si lo que se trata tiene relación directa con la efectividad de un derecho prestacional. Si bien el contrato es un instrumento jurídico de la mayor importancia, no goza de las garantías y seguridades que requiere el desarrollo de los derechos constitucionales.

Por estos motivos, la Sala exhorta al legislador y a los docentes al servicio del Estado, así como a los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, de consuno, reflexionen sobre los elementos planteados en esta providencia y promuevan las acciones conducentes a la definición legal de un régimen de salud que consulte los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Política, aún cuando ello pueda implicar la eventual renuncia a algún privilegio gremial.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** las sentencias de noviembre 21 de 1996 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y de enero 28 de 1997 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, **RECHAZAR** por improcedente la tutela impetrada.

Segundo.- **LIBRESE** comunicación a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, 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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)).

SENTENCIA No T-349
Julio 29 de 1997

ACCION DE TUTELA-Hecho superado

Referencia: Expediente T-127.554

Peticionario: José Rodrigo Correa Salazar

Procedencia: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago
Tema: Hecho superado

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-127.554, adelantado por el ciudadano José Rodrigo Correa Salazar en contra del Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA).

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 cuatro de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia, ordenando su acumulación al proceso T-117.307 que correspondió revisar a la Sala Novena de Revisión de esta Corporación. Sin embargo, mediante

auto del 5 de mayo de 1997, la Sala Novena de Revisión, al verificar la ausencia de unidad material entre los procesos, decidió ordenar su desacumulación, de forma que fueran fallados en sentencias independientes.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.Solicitud

El peticionario, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, supuestamente vulnerados por el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) de acuerdo con los hechos que se consignan a continuación.

2.Hechos

El peticionario, mediante apoderado judicial, manifiesta que en el año de 1987, el IDEMA le reconoció la pensión de jubilación, mientras que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) le reconoció la de vejez en el año de 1991.

Asegura el apoderado judicial del demandante que mediante resolución 406 de 1996, el IDEMA procedió a reducir el monto de la pensión de jubilación que le venía cancelando, a la suma de cuatrocientos setenta y ocho mil pesos (\$478.000), con el argumento de que el actor no podía recibir doble pensión, pues, como se dijo, había operado la subrogación pensional con el reconocimiento que le hiciera el ISS de la pensión de vejez.

En consecuencia, el solicitante interpuso el recurso de reposición contra la resolución de 1996, pero el IDEMA, afirma el demandante, además de no resolverlo, suspendió el pago de la pensión de jubilación. Adicionalmente, la institución demandada dejó de resolver otra petición formal que le elevara el actor el 5 de diciembre de 1996, para que le fueran respetados los derechos vulnerados.

El demandante considera que la actitud de la entidad accionada ha dejado a su representante, persona cuya edad lo imposibilita para obtener recursos vitales suficiente, en la absoluta indigencia.

Por su parte, el gerente general del IDEMA, doctor Jorge Torres Lozano, manifestó en memorial del 27 de febrero de 1997, por medio del cual responde a los cargos de la demanda, que a la fecha se encontraba en trámite el proyecto de respuesta al recurso de reposición interpuesto por el apoderado del demandante.

Señala además que desde 1991, año en el cual le fue concedida la pensión de vejez por parte del ISS, el actor debió informar de dicha circunstancia al IDEMA,

con el fin de que ésta, a partir de entonces, sólo le cancelara la diferencia entre las dos pensiones por concepto de la jubilación, pero que aquél no lo hizo, razón por la cual, mediante la resolución N° 406 de 1996, esta entidad adoptó dos medidas: la primera, reducir el monto de la pensión que venía pagando desde 1987 hasta la suma correspondiente a la diferencia entre la pensión de vejez cancelada por el ISS y la de jubilación cancelada originariamente por ella; y la segunda, recuperar, a través de deducciones hechas a esa diferencia, los \$ 7'241.890 pesos que canceló de más al peticionario desde 1991 y que éste no retribuyó al IDEMA, como era su obligación, según lo ordenado por la resolución N° 14368 de 1987, que le reconoció la pensión de jubilación.

3. Pretensiones

El peticionario solicita para su mandante la entrega de todos los dineros retenidos desde 1996 hasta cuando finalice el procedimiento de la vía gubernativa, por considerar que mientras no exista una providencia definitiva que resuelva la titularidad de aquél sobre sus pensiones, dicha retención es ilegítima.

II. ACTUACION JUDICIAL

Unica instancia

Mediante sentencia del 5 de marzo de 1997, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartago (Valle) decidió conceder la tutela del derecho fundamental de petición al señor Correa Salazar por estimar que la institución demandada había omitido resolver oportunamente el recurso interpuesto por éste contra la resolución que ordenó la disminución de su pensión de jubilación. No vislumbra, sin embargo, la violación del derecho de defensa, porque el peticionario lo ejerció, precisamente, al interponer el recurso pertinente.

El despacho judicial ordenó que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, el IDEMA resolviera el recurso interpuesto por el demandante a través de su apoderado judicial.

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 revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. Consideraciones de la sala, hecho superado

Sobre el asunto planteado en esta tutela es necesario hacer algunas precisiones iniciales: De acuerdo con el contenido de la Resolución N°014368 del 19 de junio de 1987, por medio de la cual el IDEMA le reconoció al peticionario la pensión de jubilación, éste estaba obligado a restituir los pagos recibidos de dicha entidad a partir de la fecha en que le fuera reconocida la pensión de vejez por parte del ISS. Este reconocimiento se dio en 1991, pero, según consta en el expediente, el actor jamás lo informó al IDEMA como era su deber. Por ese motivo, el IDEMA expidió la resolución 046 de 1996.

Ahora bien, el IDEMA, en cumplimiento de lo ordenado en dicha resolución, procedió a disminuir -que no a suspender-, el monto de la pensión de jubilación del señor Correa Salazar, por razón de la subrogación que operó con el ISS a partir de 1991, año en que se le reconociera la pensión de vejez al actor. Por este motivo, la suma que en la actualidad el IDEMA le cancela al peticionario, hecha esa reducción, y que corresponde a la diferencia entre las dos pensiones, es de cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$ 478⁰⁰), - y no de cuatrocientos setenta y ocho mil (\$478.000.⁰⁰) como equivocadamente lo manifiesta el apoderado del actor en la demanda-; y la deducción que el IDEMA hace de dicha suma con el fin de recuperar los \$ 7'241.890 que canceló por concepto de pensión de jubilación al peticionario desde 1991 y que, según la entidad, no era su deber pagar, es de tan solo noventa y seis pesos (\$ 96.⁰⁰) mensuales(cfr. folios 17 y 18).

Debe puntualizarse que la inconformidad del demandante respecto de la actitud asumida por el IDEMA radica en que, a su parecer, la entidad retuvo las pensiones sin que hubiese quedado ejecutoriado el acto que ordenó esa medida, pues no se había resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el mismo. En suma, que la entidad ejecutó la resolución sin que ésta hubiese quedado en firme; por eso el peticionario solicitó al juez de tutela ordenar la restitución de los dineros retenidos por el IDEMA a partir de la expedición de la resolución y mientras se resolviera el recurso de reposición interpuesto contra la misma.

Sin embargo, como quedó dicho, el IDEMA no retuvo la pensión del peticionario más que en el insignificante monto de noventa y seis (\$96⁰⁰) pesos mensuales, para recuperar los \$7'241.890 que pagó, sin deberlos, al actor de esta tutela. La otra medida fue la disminución pensional efectuada por el IDEMA por razón de la subrogación pensional entre esa entidad y el ISS. Queda entonces clarificada la información que el apoderado del peticionario expuso con bastante imprecisión en su demanda.

El despacho judicial de instancia, al observar acertadamente que la decisión no había quedado en firme, y que por lo tanto era palmaria la violación al debido proceso del actor, ordenó en su sentencia que, dentro de las cuarenta y ocho (48)horas siguientes a la notificación de la misma, se profiriera el acto administrativo resolutorio del recurso, orden que el IDEMA cumplió el 10 de marzo de 1997 con la expedición de la resolución 071, que dio por superada la violación motivo de la acción.

A este respecto vale decir que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, y luego de reconocer el carácter protector de la acción de tutela, ha procedido a negar el amparo solicitado cuando comprueba la superación del peligro que motiva la interposición de la acción. En casos similares, esta misma Sala de Revisión ha dicho que desaparecido el peligro o superada la amenaza del derecho fundamental que se aduce comprometido, el principio de razón suficiente que exigiría la protección por parte del Estado también se extingue.

Sobre el particular ha sostenido esta Sala:

“La tutela supone la acción protectora del Estado que tiende a proteger un derecho fundamental ante una acción lesiva o frente a un peligro inminente que se presente bajo la forma de amenaza. Tanto la vulneración del derecho fundamental como su amenaza, parten de una objetividad, es decir, de una certeza sobre la lesión o amenaza, y ello exige que el evento sea actual, que sea verdadero, no que haya sido o que simplemente -como en el caso sub examine- que se hubiese presentado un peligro ya subsanado por las medidas prudentes de traslado a otro centro, en donde puede ser atendido el interno, como ya lo hizo la Fiscalía con el representado del actor.”

“Al no existir actualmente un principio de razón suficiente por parte del actor para que se conceda la tutela a su representado, al no haber objeto jurídico tutelable, puesto que no hay ni vulneración ni amenaza de ningún derecho fundamental, y al haber obrado razonablemente la Fiscalía al ordenar el traslado del interno Mora López, no encuentra la Sala fundamento en la realidad para tutelar un supuesto de hecho inexistente.” (Sentencia T-494 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

Por esta razón, considera la Sala que la violación del derecho al debido proceso del peticionario ha sido oportunamente enmendada, pues la entidad accionada profirió el acto administrativo que se deprecaba en la demanda.

Adicionalmente, cabe decir que, aunque el derecho del peticionario ya fue restaurado, no es viable, sin embargo, ordenar ahora la restitución de los dineros solicitados por éste (a razón de 96 pesos mensuales desde 1996). Si el actor se empecina en reclamarlos, puede recurrir a la vía judicial que dejó abierta el acto administrativo de la entidad acusada, al agotar la vía gubernativa. Al mismo mecanismo judicial debe acudir si considera que la disminución de la pensión resulta lesiva de sus derechos.

Debe advertirse que aunque la edad avanzada ha sido muchas veces considerada como factor para conceder provisionalmente la tutela a los peticionarios que reclaman su derecho de pensión - con el fin de evitarles la espera de resultados de extensos procesos jurisdiccionales -, en esta oportunidad, de acuerdo con la información reunida en el expediente, puede presumirse que el

petionario recibe en su integridad la pensión de vejez que el ISS le concedió en el año de 1991. Por esa razón no se vislumbra que el actor se encuentre en una situación de indefensión que justifique concederle, siquiera provisionalmente, la protección ofrecida por vía de tutela.

IV. 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,

RE SUELVE:

Primero: **CONFIRMAR** en todas sus partes la Sentencia proferida el 5 de marzo de 1997 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Judicial de Cartago (Valle), en el proceso de tutela incoado por el ciudadano José Rodrigo Correa Salazar en contra del Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA.

Segundo: **ORDENAR** que, por Secretaría General de la Corte Constitucional, se comunique esta providencia en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991-.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-351
Julio 30 de 1997

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Fundamento sociopolítico

La tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc. El particular es destinatario de la acción de tutela, porque al lado del poder público, se encuentran conductas desplegadas por los particulares desde una condición de superioridad frente a los demás que afectan grave y directamente sus intereses, generando la necesidad de una medida de defensa eficaz y ágil. Las situaciones que el constituyente estima como generadoras de la mencionada necesidad, son entre otras, el estado de subordinación o indefensión del solicitante frente al particular destinatario de la acción.

**INDEFENSION-Debilidad manifiesta/PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-
Protección especial/DEBER DE SOLIDARIDAD-Diócesis y sacerdote**

Resulta relevante constitucionalmente no sólo la evidente situación de indefensión del peticionario y su cónyuge con relación a la Diócesis y al sacerdote demandado, no solamente por la condición de debilidad manifiesta del peticionario y su cónyuge en razón de su edad avanzada y su desprotección frente a su familia, la sociedad y el Estado, sino también por las peculiaridades de las partes en sus relaciones jurídicas, que regulan sus derechos, los cuales sobrepasan el ámbito del derecho civil, de las sucesiones y de los contratos de transferencia de bienes, para devenir en una evidente violación de la dignidad humana, en un desconocimiento del deber de solidaridad, exigible a todo individuo en un estado social de derecho, y que obliga al juez de tutela a hacer efectiva la especial protección que otorga la Carta Política a las personas de la tercera edad. Resulta evidente que la protección a la tercera edad es una función en la que concurren, por igual, el Estado, la familia y la sociedad. Por ello, sobre la Diócesis, en tanto hace parte del conglomerado social regido por nuestra Carta Política, recae también este deber jurídico y como tal la misma y el sacerdote, deben conducir sus relaciones jurídicas civiles de acuerdo con la especial consideración que constitucionalmente merecen el actor y su cónyuge.

JUEZ DE TUTELA-Incompetencia sobre eficacia y validez de negocios jurídicos/DEBER DE SOLIDARIDAD Y PRINCIPIO DE BUENA FE-Abuso del contrato de mandato para vender inmueble/PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Eficacia de tutela por morosidad de justicia ordinaria

Si bien es cierto, al Juez de tutela no le corresponde entrar a juzgar las vicisitudes propias de los actos y negocios jurídicos, en cuanto su eficacia y validez, pues para ello está constituida la justicia ordinaria, quien es la competente para pronunciarse mediante los procedimientos y acciones judiciales previstos en el orden jurídico, también lo es que el juez de tutela no puede ser ajeno ni extraño, cuando en el caso se observan violaciones a los deberes de solidaridad y al principio de la buena fe, que rige las relaciones y obligaciones entre particulares, pues es claro para la Sala, el abuso que del contrato de mandato (poder para vender), ejecutó el Sacerdote con relación al uso y destino que le dio al dinero producto de la venta del bien de la sociedad conyugal, pues hizo efectiva una donación testamentaria sin haberse cumplido la condición prevista en el mismo, con lo cual puso en peligro la vida, salud y propiedad del actor y su cónyuge, se produjo un perjuicio irremediable al actor y su esposa, pues dicho dinero constituye el mínimo vital para la congrua subsistencia de la familia, y los colocó ante la situación de iniciar las acciones civiles y penales de rigor, pese a la avanzada edad del actor. Ante la situación de ancianidad del actor, lo cual implica una protección especial, la acción de tutela es el único mecanismo eficaz y protector para tutelar su derecho al mínimo vital, a la vida y la salud, pues si bien es cierto el ordenamiento jurídico civil le brinda medios judiciales de defensa, éstos no son eficaces, pues la morosidad de la justicia civil, dada la edad avanzada del peticionario hace en la práctica nugatorios sus derechos.

ACCION DE TUTELA-Procedencia sobre medio judicial alternativo formal

Un medio judicial apenas enunciado teóricamente por los jueces de instancia, o de carácter estrictamente formal, sin posibilidades de concreción oportuna y efectiva, no puede desplazar a la acción de tutela y, por el contrario debe ceder ante ella.

Referencia: Expediente T-129787

Peticionario: Santos María Escalante Ramírez

Demandado: Diócesis De Cúcuta y El Sacerdote Luis Fernando Hoyos Ossa

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta (30) de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala de Revisión integrada por los Magistrados FABIO MORON DIAZ, VLADIMIRO NARANJO MESA y JORGE ARANGO MEJIA, previo estudio del Magistrado ponente, resuelve sobre las sentencias relacionadas con la acción de tutela de la referencia, proferidas por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta de fecha 12 de febrero de 1997, y del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta de 20 de marzo del mismo año.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.P. y desarrollada mediante los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, el ciudadano Santos María Escalante Ramírez, actuando en nombre propio y en el de su esposa Josefa Antonia Osorio Escalante, solicitó ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta la protección transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la propiedad, que en su concepto son conculcados por la Diócesis de Cúcuta y el Sacerdote Luis Fernando Hoyos Ossa, para que le restituyan mediante orden judicial el valor de la venta de una vivienda de propiedad de la pareja, ubicada en la ciudad de Bucaramanga, pues a juicio del actor valiéndose de maniobras fraudulentas, el Sacerdote demandado no le entregó a su esposa el dinero que legalmente le correspondía en virtud del contrato de compraventa y del poder especial para vender que esta última le había otorgado al padre Hoyos Ossa. Igualmente solicita le reinicien el aporte económico mensual, suspendido como consecuencia de la irregularidad descubierta, que la Diócesis le estaba suministrando como fruto del arriendo del bien referido, hecho que atenta contra sus derechos esenciales, ya que su existencia y la de su cónyuge dependen del dinero fruto de la venta del bien, así como del aporte voluntario.

II. LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

En fallo de fecha 12 de febrero de 1997, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta, luego de admitida la demanda, resolvió no tutelar por improcedente la petición presentada por el señor Santos María Escalante Ramírez, en su nombre y en el de su esposa, en virtud a que los peticionarios pueden hacer valer sus derechos ante la justicia ordinaria mediante los mecanismos legales que le ofrece la ley, como es el inicio de un proceso de resolución de contrato de compraventa, ello porque el decreto 2591 de 1991, en su articulado, expresa la improcedencia de la acción cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial y, en opinión del aquo, en el caso concreto es evidente que no se configura un perjuicio irremediable, ya que la venta del bien inmueble que ejecutó el sacerdote demandado se produjo como consecuencia de un poder especial para vender que le confirió la cónyuge del actor. El daño, de ocasionarse, puede ser reparado mediante el ejercicio de las acciones legales previstas en el ordenamiento.

III. LA IMPUGNACION

El actor, en el término legal, impugnó la decisión judicial de primera instancia, con el argumento que se resume a continuación.

Adujo el impugnante que es clara la existencia de un perjuicio irremediable porque dado el estado avanzado de ancianidad, el patrimonio producto del trabajo de toda una vida de la sociedad conyugal Escalante-Osorio, es lo único que puede prodigarles una protección económica para el resto de los días. Es claro que al retener los dineros, la Diócesis de Cúcuta les está ocasionando un grave perjuicio ya que de los mismos satisfacen sus necesidades de alimentación, vestido, salud y demás urgencias, por lo cual solicita se revoque la decisión judicial proferida y se tutelen los derechos fundamentales de la sociedad conyugal.

IV. LA DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta, en fallo de 20 de marzo de 1997, resolvió confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada, con base en el siguiente argumento:

"3. Que aunque la acción se entabló 'como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable', es decir, para que la vida y salud de los accionantes no corriera peligro, y por ello, se solicitó que la Diócesis de Cúcuta y/o el Presbítero citado, les restituyeran el inmueble vendido y subsidiariamente les continuaran pasando la mensualidad que venían disfrutando, esto no encaja dentro de este concepto porque, como lo advirtió la Juez a-quo, en el caso a estudio no existe perjuicio irremediable, ya que el petente puede solicitar a la autoridad judicial competente (juez Civil) que disponga el restablecimiento o, protección del derecho (Resolución del contrato de compraventa o acciones afines, como dejar sin efectos esta transacción), mediante la adopción de disposiciones de orden de entrega del bien objeto del litigio o de devolución del dinero recibido por la venta (art. 1º. Dto. 306/92, que adicionó el inciso 2º del numeral primero del art. 6º del D. 2591/91)."

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La competencia

En atención a lo dispuesto por los artículos 86 inc. 3, 241-9 de la CP, en concordancia con los artículos 32, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de la Corporación es competente para conocer de las sentencias que resolvieron la acción de tutela de la referencia en virtud de la selección que practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó de acuerdo con el reglamento de la Corte.

Segunda: La materia: La acción de tutela entre particulares

En primer término, encuentra la Corte que el asunto de que se ocupan los contenidos de las providencias relacionadas con la acción de tutela, se contrae al ámbito de este mecanismo protector constitucional contra particulares.

En efecto, como quedó expuesto en los antecedentes de este proceso, la acción de tutela que se revisa fue interpuesta por el accionante, actuando en nombre propio y en el de su esposa, Josefa Antonia Osorio Escalante, como mecanismo transitorio contra la Diócesis de Cúcuta y el Padre Luís Fernando Hoyos Ossa, con el propósito de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la vida, salud y propiedad, en virtud a que los demandados, no le entregaron el valor de la venta de una casa ubicada en la ciudad de Bucaramanga, la cual fue vendida por el Sacerdote demandado como consecuencia de un poder especial para vender que previamente le había sido otorgado por la cónyuge al actor; aduce el demandante, de 87 años de edad, que como fue descubierta tal irregularidad la Diócesis de Cúcuta le suspendió el aporte económico mensual que le estaba suministrando a la Familia Escalante, el cual corresponde, en opinión del actor, al valor del arriendo del bien citado; la interrupción de la entrega de dichos dineros, pone en peligro la vida, la salud, la dignidad y el derecho de propiedad del actor y su esposa, como quiera que por su estado de avanzada edad, y ante la situación de demencia de su compañera, también anciana de más de 90 años de edad, requieren de los recursos económicos para su congrua subsistencia. Igualmente, argumentó el peticionario que al retener la Diócesis de Cúcuta el valor de la venta de la casa de Bucaramanga, en forma ilegal, se atenta contra el mínimo vital de su cónyuge y la de él mismo.

Esta Corporación en múltiples decisiones judiciales¹ ha expuesto reiteradamente que la acción de tutela procede contra particulares, cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, porque así lo dispone expresamente el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los numerales 1 a 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Corte ha entendido, y así lo ha expuesto en su jurisprudencia, que la indefensión hace referencia a una situación relacional que implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado se configura sobre situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa por acción u omisión para proteger sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; es decir que la indefensión es entendida como la posibilidad de dar respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate. Así mismo, ha dicho también esta Corte que el estado de indefensión o impotencia se analizará

¹ Sentencias T-605/92, T-365/93, T-036/95, T-506/92, T-162/94 y T-602/96

teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas, de los hechos relevantes tales como las condiciones de desprotección, circunstancias económicas, sociales, culturales y los antecedentes personales de los sujetos procesales, por ello el concepto de indefensión es esencialmente relacional. Ello significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otros particulares habrá que determinarlo, por parte del juez de tutela de acuerdo al tipo de vínculo que existe entre ambas partes.

En este orden de ideas, estima la Sala que la tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc.

El particular es destinatario de la acción de tutela, porque al lado del poder público, se encuentran conductas desplegadas por los particulares desde una condición de superioridad frente a los demás que afectan grave y directamente sus intereses, generando la necesidad de una medida de defensa eficaz y ágil. Las situaciones que el constituyente estima como generadoras de la mencionada necesidad, son entre otras, el estado de subordinación o indefensión del solicitante frente al particular destinatario de la acción.

En el caso subjudice, el peticionario, quien obra en su propio nombre y en el de su cónyuge (son un par de ancianos de edad muy avanzada, limitados física y mentalmente, que sobreviven solos y que derivan su sustento de unos ingresos que provenían del arrendamiento de una casa de habitación, ubicada en la ciudad de Bucaramanga, la cual fue vendida por el sacerdote demandado en virtud de un poder especial para vender otorgado por la cónyuge del actor). El acervo probatorio que obra en el expediente, da fe de la pobreza y del desamparo físico y mental del actor y de su esposa, quien padece severos trastornos mentales. Al parecer, por razones de su fe católica estos fieles adhirieron a la Iglesia Católica, al punto de mantener con la Diócesis de Cúcuta y el sacerdote Luís Fernando Hoyos Ossa, una estrecha relación, pues éste último le administró durante varios meses los sacramentos, según consta en el testimonio que éste rindió ante el juez de tutela de primera instancia.

De otra parte, del análisis del acervo probatorio se encuentra una serie de negocios jurídicos civiles entre las partes, tales como la existencia jurídica de un testamento donativo conferido por los ancianos a favor de la Diócesis de Cúcuta de fecha 11 de septiembre de 1987, así como el otorgamiento de un poder especial para la venta de un inmueble, de fecha 3 de agosto de 1993, otorgado por la cónyuge del actor y una promesa de venta y un contrato de venta de la casa de habitación ubicada en la ciudad de Bucaramanga a un tercero, en la que aparece el sacerdote demandado desarrollando sus facultades conferidas mediante un poder para vender, de los cuales, se establece claramente, en opinión de la Sala, una relación

directa entre el demandante y los demandados, lo que a juicio de la Corte permite concluir, sin lugar a equívocos, que nos encontramos ante la hipótesis de viabilidad jurídica de este mecanismo de protección constitucional entre particulares, que el legislador previó como causal dentro del numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; por las peculiaridades de los derechos y obligaciones nacidas entre las partes, tanto en el ámbito civil como aún en el religioso, el peticionario sí podía incoar la acción contra la Diócesis de Cúcuta y el Sacerdote demandado.

Por otra parte, del conjunto de pruebas que obran en el expediente (folios 10 a 49), observa la Sala que el señor Santos María Escalante, reclama como pretensión principal la entrega de un dinero producto de la venta de un inmueble que fue vendido por el sacerdote Luís Fernando Hoyos Vera, en ejercicio a su vez de un poder especial que su esposa le otorgó en el mes de agosto de 1993 y cuyo valor nunca ingresó al haber de la sociedad conyugal. Subsidiariamente, el actor pretende el restablecimiento de un aporte mensual que recibían de la Diócesis como fruto de un contrato de arrendamiento de dicha casa, ubicada en Bucaramanga. El Sacerdote demandado, a su vez, afirmó en la declaración que rindió al Juez de primera instancia en esta actuación, que el producto de la venta de dicho inmueble fue destinado al Fondo de Vocaciones de la Diócesis de Cúcuta, en razón a la existencia de una donación testamentaria conferida por el actor y su cónyuge el día 11 de septiembre de 1987, en la notaría 4ª. del Círculo de Cúcuta. (folios 25 y 26).

Afirma también el demandante que, inicialmente, recibían del padre un aporte económico, producto del arriendo del inmueble ubicado en Bucaramanga, que oscilaba entre cien mil pesos (\$100.000) y luego ciento veintemil pesos (\$120.000), los cuales fueron suspendidos, ante el reclamo que presentó el actor y su abogado, por parte de la Diócesis de Cúcuta, cortando con ello una fuente vital de ingresos para su manutención, la de su cónyuge, así como afectando por ende la salud y el mínimo vital de su pareja, y reteniendo en forma ilegal e injusta un dinero que no le pertenece a la Diócesis porque carece de título jurídico para ello, pues no pueden hacer efectivo un testamento sin la muerte de sus otorgantes.

Ahora bien, estima la Corte que ante este panorama resulta relievante constitucionalmente no sólo la evidente situación de indefensión del peticionario y su cónyuge con relación a la Diócesis de Cúcuta y al sacerdote demandado, no solamente por la condición de debilidad manifiesta del peticionario y su cónyuge en razón de su edad avanzada y su desprotección frente a su familia, la sociedad y el Estado, sino también por las peculiaridades de las partes en sus relaciones jurídicas, que regulan sus derechos, los cuales sobrepasan el ámbito del derecho civil, de las sucesiones y de los contratos de transferencia de bienes, para devenir en una evidente violación de la dignidad humana, en un desconocimiento del deber de solidaridad, exigible a todo individuo en un estado social de derecho, y que obliga al juez de tutela a hacer efectiva la especial protección que otorga la Carta Política a las personas de la tercera edad.

En efecto, esta Corporación, en su doctrina sobre los deberes constitucionales y su exigibilidad, en sentencia T-036 de 1995, expuso:

“Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, mas no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle. En esta medida, los deberes constitucionales constituyen una facultad otorgada al Legislador para imponer determinada prestación, pero su exigibilidad depende, ‘de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica’.

“No obstante lo antedicho, y siguiendo lo expuesto en la sentencia aquí reseñada, existen casos en los que procede su aplicación directa:

‘Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales’.

En relación con el deber de solidaridad el mismo fallo explica lo siguiente:

‘La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales. La solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales’.

“...

“Y entendemos la solidaridad, en este caso en particular, como aquella pauta de comportamiento conforme a la cual el accionado debió haber actuado al surgir el conflicto objeto de esta tutela.” (Sentencia T-036 de febrero 8 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Para la Corte, los hechos estudiados desde esta perspectiva y siguiendo la doctrina antes expuesta conducen a aplicar en forma directa el cumplimiento del deber de solidaridad por parte de la Diócesis de Cúcuta y del Sacerdote demandado.

De lo anterior se desprende, estima la Sala, que si las consideraciones respecto de la dignidad son válidas y suficientes para cualquier individuo, con mayor razón en tratándose, como en este caso, de unas personas de avanzada edad, en favor de las cuales el ordenamiento constitucional ha dispuesto un tratamiento especial y preferencial, previsto en el artículo 46 de la Carta el cual dispone que: "El Estado, la Sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverá su integración a la vida activa y comunitaria". En consecuencia, resulta evidente que la protección a la tercera edad es una función en la que concurren, por igual, el Estado, la familia y la sociedad. Por ello, sobre la Diócesis de Cúcuta, en tanto hace parte del conglomerado social regido por nuestra Carta Política, recae también este deber jurídico y como tal la misma y el sacerdote Luís Fernando Hoyos Ossa, deben conducir sus relaciones jurídicas civiles de acuerdo con la especial consideración que constitucionalmente merecen el actor y su cónyuge.

Ahora bien, el numeral 1 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, contempla la procedencia de la tutela, a pesar de que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, cuando se busca evitar un perjuicio irremediable. En este caso, del acervo probatorio se desprende que el actor interpuso una acción penal que es tramitada ante la Fiscalía Seccional de Santander, y cuenta con las acciones civiles para solicitar, ya sea la resolución del contrato de compraventa, u otro tipo de acciones afines como las acciones ordinarias para reclamar indemnización por la pérdida en que haya incurrido el actor con ocasión del mandato otorgado por su cónyuge al sacerdote demandado, o revocar el testamento otorgado en donde dona posteriormente los bienes inmuebles de la sociedad conyugal a la Curia Diocesana de Cúcuta. No obstante ello, la Sala protegerá transitoriamente los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a los derechos de los ancianos y a la propiedad.

De otra parte, si bien es cierto, al Juez de tutela no le corresponde entrar a juzgar las vicisitudes propias de los actos y negocios jurídicos, en cuanto su eficacia y validez, pues para ello está constituida la justicia ordinaria, quien es la competente para pronunciarse mediante los procedimientos y acciones judiciales previstos en el orden jurídico, también lo es que el juez de tutela no puede ser ajeno ni extraño, cuando en el caso concreto se observan violaciones a los deberes de solidaridad y al principio de la buena fe, que rige las relaciones y obligaciones entre particulares, pues es claro para la Sala, el abuso que del contrato de mandato (poder para vender), ejecutó el Sacerdote con relación al uso y destino que le dio al dinero producto de la venta del bien de la sociedad conyugal, pues hizo efectiva una donación testamentaria sin haberse cumplido la condición prevista en el mismo,

con lo cual puso en peligro la vida, salud y propiedad del actor y su cónyuge, al haber consignado el valor de la misma a órdenes del Fondo Vocacional del Seminario de la Diócesis de Cúcuta, según el testimonio rendido por el mismo Sacerdote al Juez de Tutela de primera instancia, con lo cual produjo un perjuicio irremediable al actor y su esposa, pues dicho dinero constituye el mínimo vital para la congrua subsistencia de la familia Escalante, y los colocó ante la situación de iniciar las acciones civiles y penales de rigor, pese a la avanzada edad del actor.

En efecto, de las pruebas que obran en el expediente se deriva la existencia de un conjunto de contratos celebrados entre el sacerdote demandado y la señora Josefa Antonia Osorio de Escalante, tales como la modificación al testamento otorgado por los esposos Escalante-Osorio el día 11 de septiembre de 1987, en la Notaría 4ª. del Círculo de Cúcuta, mediante escritura 1814; el poder especial para vender que le fue otorgado al Sacerdote demandado, de fecha 3 de agosto de 1993, la promesa de venta de la misma fecha y finalmente la escritura de venta del inmueble de fecha 27 de octubre del mismo año, de los cuales la Corte observa, que independiente de la validez legal de dichos contratos, a la luz de las normas civiles colombianas, es claro que el sacerdote Luis Fernando Hoyos Ossa, vendió, a nombre de la señora Josefa Antonio Osorio de Escalante, un bien inmueble en la ciudad de Bucaramanga por el valor de \$18.500.000, según se desprende de la escritura pública de venta celebrada en la notaría del círculo de Bucaramanga, y que dicho dinero no lo entregó a la poderdante como era su obligación legal, a la luz de los artículos 2189 y ss del Código Civil Colombiano, sino que extrañamente lo consignó a ordenes del Fondo Vocacional del Seminario Menor de la Diócesis de Cúcuta, según el testimonio rendido por él mismo y recibido ante el juez de tutela de primera instancia, aduciendo para el efecto el testamento donativo mencionado, que años atrás habían otorgado los esposos Escalante-Osorio, quienes pretenden dejar sus bienes a dicha diócesis, haciendo efectivo dicho acto de disposición, antes de tiempo, con lo cual, independientemente de lo que la justicia ordinaria decida, los dejó sin ingresos económicos para su congrua subsistencia, circunstancia que lesiona los deberes de solidaridad a que está obligado el sacerdote y la curia diocesana según el artículo 95 numeral 4, y 46 de la Carta. Quebrantó además el principio de buena fe que debe regular las relaciones entre particulares (art. 83 C.N.), y colocó en peligro su vida y salud, ante lo cual debe reaccionar el juez de tutela, pues es claro para la Sala que dado el avanzado estado de ancianidad del actor y su esposa (81 años), así como su situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud física y mental, de lo cual da fe el expediente, el dinero producto de la venta del bien inmueble es un ingreso económico indispensable para subvenir a las necesidades básicas de subsistencia de los pocos años que aún le restan de vida a la familia Escalante-Osorio.

De otra parte, observa la Sala, que ante la situación de ancianidad del actor, lo cual implica una protección especial (art. 46 C.N.), la acción de tutela es el único mecanismo eficaz y protector para tutelar su derecho al mínimo vital, a la vida y

la salud con que cuenta el actor, pues si bien es cierto el ordenamiento jurídico civil le brinda medios judiciales de defensa, éstos no son eficaces, pues la morosidad de la justicia civil, dada la edad avanzada del peticionario hace en la práctica nugatorios sus derechos. En consecuencia, esta Sala revocará las decisiones judiciales de las instancias y tutelaré la pretensión del demandante en esta acción y así lo consignaré en la parte resolutive de la sentencia.

De otra parte, estima la Sala que la acción de tutela es procedente frente al carácter puramente formal del medio judicial alternativo.

En efecto, el artículo 86 de la Constitución Política, dispone que la acción de tutela es improcedente si el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, salvo el caso de un perjuicio irremediable; no obstante, también ha sido reiterada la doctrina constitucional según la cual el medio judicial alternativo cuya existencia hace improcedente la tutela, debe ser idóneo y eficaz para el específico fin de obtener la cierta y concreta protección de los derechos fundamentales afectados o amenazados.

Debe reiterar la Corte en esta ocasión, que un medio judicial apenas enunciado teóricamente por los jueces de instancia, o de carácter estrictamente formal, sin posibilidades de concreción oportuna y efectiva, no puede desplazar a la acción de tutela y, por el contrario debe ceder ante ella.

Así, en los casos como el ahora sometido a examen de esta Corte, si bien podría afirmarse que el peticionario goza de un medio de defensa judicial consistente en acudir a la justicia civil ordinaria para que se ordene ya sea la resolución del contrato de compraventa del bien inmueble transferido u otro tipo de acciones judiciales afines tendientes a obtener indemnizaciones por el mal uso del poder especial para vender, etc., como argumentan los jueces de instancia, no cabe duda que, dadas las exigencias formales de cualquier proceso ordinario civil, con su consabida demora por efectos de la conocida congestión judicial, la eventual decisión favorable a las pretensiones del actor se produciría demasiado tarde, frente a la edad avanzada del peticionario y de su cónyuge quienes son personas que nacieron a comienzos de siglo. Frente a los perjuicios causados a cortísimo plazo como consecuencia de la no entrega del dinero producto de la venta del bien inmueble ubicado en la ciudad de Bucaramanga en el cual el sacerdote Luís Fernando Hoyos Ossa actuó como representante de la cónyuge del actor, según el poder especial para venta que esta le confirió para tal efecto; dinero que a su vez fue consignado en el fondo vocacional de la diócesis de Cúcuta, bajo el entendido de la existencia de un presunto testamento que previamente había sido otorgado por los esposos Escalante Osorio a la curia diocesana de Cúcuta.

En efecto, del material probatorio se deduce que, al momento de ejercer esta acción de tutela, el anciano actor ha dejado de recibir no solamente un dinero que la Diócesis de Cúcuta le entregaba, aparentemente como aporte voluntario a los esposos Escalante Osorio, sino que al no recibir el dinero objeto de la transacción

civil por la venta del inmueble materia del conflicto, el ciudadano Escalante no puede sufragar los gastos básicos para su congrua subsistencia y la de su cónyuge, persona esta última con incapacidad física y mental, propias de su avanzada edad, así como su abandono social, familiar y económico.

Las condiciones especiales del autor y de su cónyuge, unidas a la falta de recursos económicos y de desprotección de todo orden, los ubican necesariamente en una situación especial en donde por la ausencia de un normal flujo de fondos, les impiden atender los gastos médicos, alimenticios y de vivienda necesarios, con lo cual se atenta al mínimo vital de esta pareja y a su dignidad humana.

Así las cosas, resulta claro para la Corte, que cabe la acción de tutela de manera excepcional para obtener una orden de inmediato cumplimiento que obligue a la Diócesis de Cúcuta a restituir, en el improrrogable término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, el dinero consignado por el sacerdote Luís Fernando Hoyos Ossa a dicha Diócesis en su fondo vocacional, con los intereses legales del caso, para restablecer el derecho al mínimo vital, a la vida, a la salud, a la atención especial de los ancianos y al derecho de propiedad.

Finalmente, la Corte considera que si la Diócesis de Cúcuta y el sacerdote demandado estiman que poseen algún derecho sobre el valor de la venta del bien inmueble objeto de este conflicto, desde el punto de vista legal, pueden acudir a las vías legales previstas en el ordenamiento jurídico civil colombiano para la defensa de sus intereses.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia,

RESUELVE:

Primero. **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 5 Civil del Circuito de Cúcuta de 20 de marzo de 1997, la cual a su vez confirmó la decisión judicial de 12 de febrero de 1997, proferida por el Juzgado 4 Civil Municipal de Cúcuta.

Segundo. **CONCEDER** la tutela de los derechos a la vida, salud, dignidad humana, protección especial de la tercera edad y propiedad del actor Santos María Escalante y su cónyuge Josefa Antonia Osorio Escalante.

Tercero. **ORDENAR** al representante legal de la Diócesis de Cúcuta restituir, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, el dinero, con sus correspondientes intereses legales, producto del contrato de compraventa que a nombre de la señora Josefa Antonia Osorio Escalante realizó el sacerdote Luís Fernando Hoyos Ossa y que se encuentran depositados en el Fondo Vocacional de dicha Diócesis. El juez de instancia hará efectiva la decisión.

T-351/97

Cuarto. Comuníquese esta sentencia al Juez 4°. Civil de Cúcuta para efectos de lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No T-352
Julio 30 de 1997

DERECHO A LA IGUALDAD-Definición

La igualdad es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo.

TRATO DIFERENCIADO-Requisitos para su justificación

Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente "sospechosos" supere el juicio de igualdad y la presunción de inconstitucionalidad que la cobija, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad.

**TEST DE IGUALDAD-Diferencia de trato por credo religioso/IGUALDAD DE
COMUNIDADES RELIGIOSAS-Declaraciones tributarias/DECLARACION
ANUAL DE INGRESOS Y PATRIMONIO-Tratamiento
igualitario de congregaciones religiosas**

La diferencia de trato fundada en la práctica de un determinado credo religioso, para ser constitucional, tendría que perseguir un interés público-constitucional inaplazable. No obstante, no parece que eximir a la Iglesia Católica de una obligación que no afecta en absoluto los derechos que sirven de condición para el ejercicio pleno de la libertad de

la libertad de cultos de sus miembros y que, por el contrario, está destinada a que el Estado pueda ejercer un eficaz control fiscal, persiga un objetivo constitucionalmente imperioso. Podría alegarse que se trata de promover las relaciones internacionales con el Estado Vaticano y de dar cumplimiento a una obligación de carácter internacional contenida en el Concordato. Sin embargo, este objetivo no es suficiente para quebrantar la igualdad que debe existir entre todas las comunidades religiosas y, aunque lo fuera, el propio texto del Concordato, reconoce la regla de justicia que impone un trato similar en materia fiscal respecto de las distintas congregaciones religiosas. En suma, se trata no sólo de un argumento insuficiente sino falaz. En consecuencia, no existe ninguna justificación que ampare el trato diferenciado y, por lo tanto, la aplicación exegética del mencionado decreto compromete el derecho de todas las congregaciones religiosas a ser tratadas por el Estado con igual consideración y respeto.

ACCION DE TUTELA- Procedencia por no aplicación de Decreto en condiciones de igualdad/DECRETO- Aplicación en condiciones de igualdad

La posibilidad de solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo no necesariamente desplaza a la acción de tutela y, en segundo término, aunque no fuere así, resulta claro que la presente acción no se interpuso contra el decreto mencionado, sino contra la decisión de la DIAN de no aplicarlo en condiciones de igualdad. En el presente caso, la acción no se interpuso contra el decreto precitado, sino contra la omisión de la DIAN de aplicarlo en condiciones de igualdad, vale decir, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 19 de la Constitución Política. Dado que tal comportamiento público vulnera los derechos a la igualdad y a la no discriminación y, por contera, el derecho a la libertad religiosa del actor, la Sala ordenará a la DIAN aplicar, en condiciones de igualdad, las normas que considera vigentes y, en consecuencia, inaplicar, para todos los efectos, los plazos de entrega de la declaración de ingresos y patrimonio contenidos en el decreto reglamentario, siempre que mantenga formal y materialmente su condición de asociación religiosa sin ánimo de lucro legalmente reconocida.

Referencia: Expediente T-128368

Actor: Casa Sobre La Roca - Iglesia Cristiana Integral -

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

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-128368 adelantado por la Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral- contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

I. ANTECEDENTES

1. Por intermedio de apoderado, el representante legal de la Casa sobre la Roca -Iglesia Cristiana Integral- interpuso acción de tutela contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -, el 3 de febrero de 1997, ante la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que esta entidad vulneró los derechos fundamentales a la igualdad (C.P., artículo 13) y a la libertad religiosa (C.P., artículo 19) de la congregación que representa.

El representante judicial del actor señaló que, el 26 de noviembre de 1996, se dirigió a la DIAN a fin de consultar a esta entidad si la Casa sobre la Roca -Iglesia Cristiana Integral- estaba obligada a presentar declaración de ingresos y patrimonio, toda vez que, según el Decreto 1175 de 1991, la Iglesia Católica se encuentra exenta de esta obligación y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política, todas las iglesias son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos y prerrogativas.

Informó que, mediante oficio fechado el 30 de diciembre de 1996, la DIAN dio respuesta a la anterior consulta y manifestó que el artículo 23 del Estatuto Tributario dispone que las asociaciones religiosas de cualquier credo no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Por esta razón, no se encuentran obligadas a presentar declaración de renta, ni son sujetos pasivos de retención (Estatuto Tributario, artículo 369, literal b)). Sin embargo, estas asociaciones tienen el deber de presentar una declaración de ingresos y patrimonio, la cual sólo busca establecer la información necesaria para determinar el valor de los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, costos y gastos; para realizar estudios tributarios; y, para efectuar cruces con las cuentas de terceras personas (Estatuto Tributario, artículos 598, 599-1 y 632). El

apoderado del actor indicó que en la anotada comunicación la DIAN explicó la exención de presentar declaración de ingresos y patrimonio que beneficia a la Iglesia Católica del siguiente modo:

“Sobre el particular es necesario precisar, que en virtud del CONCORDATO, o convenio internacional, celebrado entre el Estado Colombiano y la Santa Sede, que le reconoció personería de Derecho Internacional Público a la Iglesia Católica, el Gobierno Nacional mediante decreto N° 1175 de 1991, suspendió para la iglesia católica la presentación de la Declaración de Ingresos y Patrimonio, al disponer:

Artículo 1°.- *Queda suspendido el plazo establecido en el decreto 3101 de 1990 para la presentación de la Declaración de Ingresos y Patrimonio correspondiente a las conferencias episcopales y de superiores, mayores, iglesias particulares, parroquias y seminarios (asociaciones religiosas), regidas por la legislación canónica y amparados por el concordato con la Santa Sede, aprobado por la Ley 20 de 1974.*

Dicha suspensión no ha sido variada hasta el momento por considerar que se conservan las circunstancias de hecho que las motivaron”.

En opinión del representante judicial, del concepto emanado de la DIAN es posible concluir que, por mandato del Decreto 3101 de 1990 y del artículo 1° del Decreto 1175 de 1991, “las iglesias diferentes a la Iglesia Católica, están obligadas a presentar la declaración de ingresos y patrimonio”. Opina que estas disposiciones consagran “un derecho preferencial y discriminatorio” en favor de la Iglesia Católica y en detrimento de otras congregaciones religiosas. Así mismo, considera que el concepto de la DIAN vulnera los principios de equidad, eficiencia y progresividad en que debe fundarse el sistema tributario (C.P., artículo 363).

Por otro lado, el apoderado del actor afirma que, al emitir su concepto, la DIAN debió haber hecho uso de la excepción de inconstitucionalidad de que tratan el artículo 4° de la Carta Política y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 e inaplicar los Decretos 3101 de 1990 y 1175 de 1991, por ser éstos violatorios de normas constitucionales. En efecto, señala que las normas legales en materia religiosa (Ley 133 de 1994 y Decreto 782 de 1995) y la jurisprudencia de los tribunales del país determinaron la creación de un “nuevo derecho religioso” que persigue el logro de la igualdad entre las distintas confesiones religiosas. Manifiesta que el concepto de la DIAN contraviene la propia voluntad del Gobierno nacional, como quiera que éste presentó un proyecto de ley a consideración del Congreso de la República (proyecto 127 de 1996) que busca establecer un tratamiento tributario igualitario entre las distintas asociaciones religiosas existentes en Colombia.

Por último, el representante judicial agrega que, con su actuación, la DIAN ha vulnerado el derecho a la igualdad (C.P., artículo 13), como quiera que éste dispone que no podrán establecerse discriminaciones en materia de derechos,

libertades y oportunidades por razones de carácter religioso. De igual forma, considera que el artículo 19 de la Constitución, en tanto dispone que “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”, resultó violado.

Con base en estos razonamientos, el apoderado del representante legal de la Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral - solicitó que se ordenara a la DIAN que “cumpla y reconozca el Derecho a la Igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo previsto en el artículo 19 de la Carta Política, en la Ley Estatutaria 133 de 1994 (artículos 2°, 3° y 4°) y en su Decreto Reglamentario 782 de 1995”.

2. Por providencia de febrero 13 de 1997, la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la acción de tutela interpuesta por la Casa sobre la Roca -Iglesia Cristiana Integral- contra la DIAN.

El tribunal de tutela consideró que la discriminación que, a juicio del actor, configuraba el concepto de 30 de diciembre de 1996 emitido por la DIAN no se producía por cuanto la obligación de presentar la declaración de ingresos y patrimonio sólo tiene fines informativos y no conduce, en forma alguna, al pago de impuesto alguno. De igual modo, el Gobierno nacional está facultado para exigir la presentación de este documento, en virtud de lo establecido por el último inciso del artículo 15 de la Constitución.

Por último, el *a-quo* agregó que “con el oficio objeto de la solicitud de tutela la administración explica que la actuación del Gobierno fue tomada con fundamento en una norma supranacional como es el convenio internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado Colombiano, convenio al que está sometida la legislación interna y que dio lugar a la exoneración de la Iglesia Católica de presentar Declaración de Ingresos y Patrimonio y lo cual en manera alguna afecta el tratamiento fiscal de la Iglesia Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral -, o sus derechos fundamentales”.

3. El apoderado del actor impugnó la sentencia de primera instancia por considerar que, en ésta, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca omitió realizar “un análisis jurídico acorde con la importancia del tema a tratar” y se limitó a afirmar que el Decreto 1175 de 1991 había sido expedido al amparo del Concordato celebrado entre Colombia y el Vaticano y aprobado por la Ley 20 de 1974, lo cual es falso, ya que el mencionado decreto fue dictado con base en las facultades que el artículo 120-3 de la Constitución de 1886 otorgaba al Presidente de la República.

El impugnante señaló que la Corte Constitucional, en sentencia de febrero 5 de 1993, declaró parcialmente inexecutable los artículos VIII, XIV, XV y XVI del artículo 1° de la Ley 20 de 1974 y completamente inexecutable los artículos VI, IX, XI, XII, XIII, XVI y XXII de la misma norma. Así mismo, indicó que la Corte decretó la inexecutable de los artículos VII y IX del Protocolo Final del Concordato.

Con base en lo anterior, el apoderado del actor estimó que los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para declarar inexecutable las normas concordatarias arriba citadas, debían ser utilizados para juzgar la conformidad del Decreto 1175 de 1991 con la actual Carta Política.

Para concluir, el impugnante recordó que el derecho a la libertad religiosa es fundamental, inalienable, tutelable, de aplicación inmediata, no susceptible de ser suspendido, intangible y sólo regulable por vía de ley estatutaria. Así mismo, se preguntó si la Casa sobre la Roca estaría obligada a cumplir con el concepto emitido por la DIAN y con el Decreto 1175 de 1991 en el que aquel se fundamenta, ambos manifiestamente inconstitucionales.

4. Mediante sentencia de marzo 6 de 1997, la Subsección "A" de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, rechazó la acción de tutela por considerarla improcedente.

El Consejo de Estado consideró que, no obstante su reiterada posición relativa a la no procedibilidad de la acción de tutela para defender derechos de personas jurídicas, existen algunas eventualidades en las cuales éstas se encuentran legitimadas para interponer la anotada acción cuando se trate de buscar la protección de los derechos contenidos en los artículos 14, 15, 23 y 29 de la Constitución Política.

Sin embargo, en el presente caso, el actor dispone de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto que estima violatorio de los derechos fundamentales de la congregación religiosa que representa.

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

II. FUNDAMENTOS

1. La Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral - , interpuso, a través de apoderado, la presente acción de tutela por considerar que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - violó su derecho a la igualdad y a la libertad religiosa. En su criterio la entidad demandada omitió aplicar, en condiciones de igualdad, lo dispuesto en el Decreto 1175 de 1991, que exceptúa a la Iglesia Católica de la presentación del certificado de ingresos y patrimonio, al indicar, a través del oficio de 30 de diciembre de 1996, que la Casa Sobre la Roca no se encuentra exonerada de cumplir la mencionada obligación.

La Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el amparo solicitado. A su juicio, la alegada discriminación no se produce dado que la obligación de presentar el certificado de ingresos y patrimonio sólo tiene fines informativos y de control y no conduce al pago de impuesto alguno. De otra parte consideró que el tratamiento especial que el decreto 1175 de 1991 otorga a la Iglesia Católica no afecta las obligaciones que, de manera legítima, el Estado puede imponer a otras congregaciones religiosas.

El Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, rechazó la tutela impetrada. A juicio del fallador, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye otro medio de defensa judicial que desplaza a la acción de tutela.

Procede la Sala al estudio de las providencias de instancia.

2. En virtud de lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto Tributario, las congregaciones religiosas sin ánimo de lucro, no son contribuyentes del impuesto sobre la renta¹. No obstante, según el artículo 598 del mismo Estatuto, dichas asociaciones se encuentran obligadas, en condiciones de igualdad, a presentar una declaración anual de ingresos y patrimonio, que tiene por finalidad, fundamentalmente, la de dotar al Estado de instrumentos de control fiscal (art. 599). A su turno, el artículo 579 de la misma normatividad indica que el gobierno nacional señalará oportunamente los lugares y los plazos dentro de los cuales deberán presentarse las citadas declaraciones tributarias.

En desarrollo de ese mandato legal, el gobierno expidió los decretos reglamentarios 3101 de 1990, 2820 de 1991, 2064 de 1992, 2511 de 1993, 2798 de 1994, 2231 de 1995 y 2300 de 1996, a través de los cuales reconoce que el Estatuto Tributario exime a las congregaciones religiosas de la obligación de pagar el impuesto de renta y complementarios adscribiéndoles, exclusivamente, el deber de presentar la declaración anual de ingresos y patrimonio y, en consecuencia, fija los plazos anuales para la presentación de tales declaraciones tributarias.

Las normas citadas se refieren genéricamente a las asociaciones religiosas sin ánimo de lucro, sin hacer excepciones o conferir privilegios o prerrogativas a ninguna en particular. En este sentido, puede afirmarse que dichas disposiciones encuentran pleno respaldo en lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa y de Cultos, y en la Ley 20 de 1974, aprobatoria del Concordato celebrado entre el Estado Colombiano y la Santa Sede.

¹ Esta disposición se encontraba tanto en el artículo 23 del Decreto Ley No 624 de 1989, como en el artículo 65 de la Ley 223 de 1995 que sustituyó al citado artículo 23.

En efecto, la Ley Estatutaria es clara al imponer la obligación de respetar, en condiciones de igualdad, a todas las iglesias o congregaciones religiosas, sin que pueda producirse discriminación alguna (art. 3). Así mismo, el artículo XXIV del artículo 1° de la Ley 20 de 1974, aprobatoria del Concordato, reconoce, especialmente en materia fiscal, la necesaria igualdad que debe existir respecto de todas las congregaciones religiosas. En efecto, al respecto la citada disposición, declarada exequible por esta Corporación, señaló:

Artículo XXIV. Las propiedades eclesiásticas podrán ser gravadas en la misma forma y extensión que las de los particulares. Sin embargo, en consideración a su peculiar finalidad se exceptúan los edificios destinados al culto, las curias diocesanas, las casas episcopales y curales y los seminarios.

Los bienes de utilidad común sin ánimo de lucro, pertenecientes a la Iglesia y a las demás personas jurídicas de que trata el artículo IV del presente Concordato, tales como los destinados a obras de culto, de educación o beneficencia, se regirán en materia tributaria por las disposiciones legales establecidas para las demás instituciones de la misma naturaleza. (subraya no original)

Advierte la Sala que no existe, ni en el Concordato, ni en la Ley Estatutaria, una sola disposición que habilite al gobierno nacional para establecer un tratamiento fiscal diverso entre las congregaciones religiosas que, en virtud de lo dispuesto en la citada Ley Estatutaria y en su decreto reglamentario 782 de 1995, obtengan reconocimiento y personería jurídica.

3. Pese a lo anterior, el gobierno expidió el decreto reglamentario 1175 de 1991, a través del cuál decidió eximir a la Iglesia Católica de la obligación que le impuso el Estatuto Tributario, de presentar la declaración de ingresos y patrimonio. El artículo 1 del citado decreto estableció:

Artículo 1°.- Queda suspendido el plazo establecido en el decreto 3101 de 1990 para la presentación de la Declaración de Ingresos y Patrimonio correspondiente a las conferencias episcopales y de superiores, mayores, iglesias particulares, parroquias y seminarios (asociaciones religiosas), regidas por la legislación canónica y amparados por el concordato con la Santa Sede, aprobado por la Ley 20 de 1974.

A pesar de que la norma transcrita se limita a suspender los plazos de un decreto que fijaba los términos de presentación de las declaraciones tributarias para el año de 1991 - Decreto 3101 de 1990 - y no hace referencia a una suspensión indefinida que pudiese afectar lo dispuesto en los decretos que, posteriormente, sobre el mismo asunto expediría el mismo gobierno (Decretos 2820 de 1991, 2064 de 1992, 2511 de 1993, 2798 de 1994, 2231 de 1995 y 2300 de 1996), la DIAN entiende que la precitada suspensión es indefinida. Así lo manifestó en el concepto objeto de la presente acción de tutela al indicar textualmente:

“Dicha suspensión no ha sido variada hasta el momento por considerar que se conservan las circunstancias de hecho que la motivaron”.

4. Con independencia del estudio sobre la legalidad o constitucionalidad del decreto mencionado - y, en particular, sobre la competencia del gobierno para modificar el estatuto tributario -Decreto Ley 624 de 1989 y normas legales que lo modifican - a través de un decreto reglamentario, o de la congruencia entre la Ley 20 de 1974 y el artículo 1 del Decreto 1175 de 1991, o de la vigencia de este último, el que en principio debe ser realizado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo -, corresponde a la Sala establecer si la decisión de la DIAN, plasmada en el citado oficio de 30 de diciembre de 1996, viola el derecho a la igualdad de la Casa sobre la Roca.

Violación de la igualdad

5. Como ha sido indicado, la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el amparo solicitado por considerar que el Decreto 1175 de 1991 y la aplicación que del mismo hacia la DIAN no afectaba el derecho a la igualdad de la Casa Sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral -. Tres fueron los argumentos esgrimidos por el fallador para fundamentar su aserto: (1) que la obligación de presentar el certificado de ingresos y patrimonio sólo tiene fines informativos y de control y no conduce al pago de impuesto alguno, de lo cuál infiere la inexistencia de un trato discriminatorio ; (2) que el tratamiento especial que el Decreto 1175 de 1991 otorga a la Iglesia Católica se funda en una norma “supranacional” a la cual está sometida la legislación interna ; y (3) que relevar a la Iglesia Católica de la obligación que le impuso el Estatuto Tributario no afecta “el tratamiento fiscal de la Iglesia Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral -, o sus derechos fundamentales”.

Por las razones que se expresan a continuación, la Sala se aparta de la tesis del Tribunal de primera instancia.

6. El estudio sistemático de las normas citadas en los fundamentos 3 y 4 de esta providencia - artículos 23 y 258 del Estatuto Tributario, y artículo 1 del decreto 1175 de 1991 - permite inferir, sin mayores dificultades, la existencia de un trato diferenciado respecto de las distintas congregaciones religiosas. La diferencia de trato consiste en que mientras se impone a la mayoría de tales comunidades la obligación de presentar anualmente una declaración de ingresos y patrimonio a la administración de impuestos, la Iglesia Católica - al menos en la interpretación que hace la DIAN de las normas citadas - se encuentra eximida de tal obligación.

7. Ciertamente, como lo afirma el Tribunal, el trato diferenciado no consiste en la imposición arbitraria de una obligación tributaria sustancial, sino en la distribución diferencial de la carga que implica informar al fisco sobre los factores necesarios para determinar el valor de los activos, pasivos, patrimonio, ingresos,

costos y gastos de cada comunidad (Estatuto Tributario art. 599). Sin embargo, ello no obsta - como parece entenderlo el Tribunal - para que pueda configurarse una discriminación. En efecto, la igualdad, como lo ha manifestado la Corte, es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo.

8. Compete a la Corte definir si, a la luz de las normas constitucionales, existe una justificación objetiva y razonable que avale la decisión del gobierno de eximir a la Iglesia Católica de una obligación que recae sobre las restantes comunidades religiosas

9. El criterio utilizado por el gobierno para establecer el trato diferenciado es de aquellos que la Constitución, *prima facie*, prohíbe. En efecto, como lo ha manifestado esta Corporación, el artículo 13 de la Carta contiene un catálogo abierto o enunciativo de criterios que, en principio, no pueden ser utilizados para establecer diferenciaciones. Uno de tales criterios es la religión. En efecto, la citada disposición consagra categóricamente, el derecho a no ser discriminado “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. El artículo 19 de la Constitución reitera el derecho de todas las confesiones religiosas a ser tratadas por el estado con igual consideración y respeto².

10. La jurisprudencia constitucional ha considerado que cuando se apela a uno de los criterios que, en principio, aparecen prohibidos por la Constitución, para establecer un trato diferenciado, más severo será el examen de igualdad a realizar por la Corte. A este respecto la Corporación ha indicado:

“En estos casos, el control del respeto de la igualdad por el juez constitucional tiene que ser mucho más estricto. De un lado, porque el inciso primero del artículo 13 superior considera sospechosos ciertos criterios de clasificación que han estado tradicionalmente asociados a prácticas discriminatorias. De otro lado, porque la Constitución, en ciertos campos, fija patrones particulares y cláusulas específicas de igualdad: así, la Carta estatuye la igualdad entre las confesiones religiosas e iglesias (CP art. 19), la igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer, de la pareja y de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio (CP arts. 42 y 43), así como la igualdad en el campo laboral (CP art. 53). En tercer término, conforme a la Constitución, todas las personas tienen derecho a una igual protección de

² Al respecto pueden consultarse las sentencias T-403 de 1992, T-421 de 1992, T-430 de 1993, T-456 de 1993, T-539A de 1993, C-568 de 1993, C-350 de 1994 y C-200 de 1995, entre otras.

sus derechos y libertades (CP art. 13). Y, finalmente, la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifiesta (CP arts. 7 y 13). Por ello, en esos casos, esta Corporación ha aplicado de manera sistemática análisis de igualdad mucho más estrictos. Así, esta Corte ha dicho que si "la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo"³.

"17- El reconocimiento de que los juicios de igualdad deben ser más o menos estrictos, según la materia a la cual se apliquen no es una invención de la Corte Constitucional, sino que resulta de la naturaleza misma del control constitucional y de la ponderación entre diferentes valores incorporados en el propio ordenamiento. Por ello la doctrina y la jurisprudencia constitucionales comparadas han reconocido que existen grados o intensidades diferentes del análisis de la razonabilidad de un trato diferente⁴. Así, frente a las diferenciaciones basadas en categorías históricamente ligadas a prácticas discriminatorias, o donde la Carta consagra cláusulas específicas de igualdad, o que afectan negativamente a minorías, o que restringen derechos fundamentales, se considera que los jueces constitucionales deben aplicar un juicio de igualdad estricto. Conforme a ese "test" de igualdad fuerte, sólo se podrían considerar admisibles aquellas clasificaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado⁵".

En consecuencia, el examen constitucional en casos como el presente debe ser en extremo estricto. En efecto, una medida que, en principio, afecta lo dispuesto en los artículos 13 y 19 de la Carta, no puede permanecer en el ordenamiento jurídico salvo que haya superado de manera clara y contundente, las exigencias de un profundo escrutinio que permita asegurar que, desde una perspectiva constitucional, la diferencia de trato es necesaria y la finalidad perseguida imperiosa.

11. Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente "sospechosos" supere el juicio de igualdad y la presunción de inconstitucionalidad que la cobija, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente

³ Sentencia T-230/94. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sobre los diversos "tests" o juicios de igualdad en la doctrina y la jurisprudencia comparadas ver, entre otros: para el caso estadounidense Laurence Tribe. **American Constitutional Law**. (2 Ed). New York: The Foundation Press, Inc, 1988, Capítulo 16. Para el caso alemán, Robert Alexy. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Capítulo 8. Para el caso español. Enrique Alonso García. **La interpretación de la Constitución**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, capítulo VII.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero

imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política⁶.

El Tribunal de instancia no tuvo en cuenta ninguna de estas reglas hermenéuticas y argumentativas y decidió, simple y llanamente, que en el presente caso no existía discriminación alguna.

12. En el evento estudiado, el decreto en mención no supera siquiera la primera condición del "test" de igualdad. En efecto, la diferencia de trato fundada en la práctica de un determinado credo religioso, para ser constitucional, tendría que perseguir un interés público - constitucional inaplazable. No obstante, no parece que eximir a la Iglesia Católica de una obligación que no afecta en absoluto los derechos que sirven de condición para el ejercicio pleno de la libertad de cultos de sus miembros y que, por el contrario, está destinada a que el Estado pueda ejercer un eficaz control fiscal, persiga un objetivo constitucionalmente imperioso.

Podría alegarse que se trata de promover las relaciones internacionales con el Estado Vaticano y de dar cumplimiento a una obligación de carácter internacional contenida en el Concordato, aprobado a través de la Ley 20 de 1974. Sin embargo, este objetivo no es suficiente para quebrantar la igualdad que debe existir entre todas las comunidades religiosas y, aunque lo fuera, el propio texto del Concordato (art. XXIV), reconoce la regla de justicia que impone un trato similar en materia fiscal respecto de las distintas congregaciones religiosas. En suma, se trata no sólo de un argumento insuficiente sino falaz.

En consecuencia, no existe ninguna justificación que ampare el trato diferenciado y, por lo tanto, la aplicación exegética del mencionado decreto compromete el derecho de todas las congregaciones religiosas a ser tratadas por el Estado con igual consideración y respeto.

Procedencia de la acción de tutela

13. La decisión de segunda instancia consideró que en el presente caso la acción resultaba improcedente, dada la existencia de otro medio de defensa judicial.

⁶ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencias T-422 de 1992, T-230 de 1994, T- 563 de 1994, T-288 de 1995, T-422 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C-530 de 1993, C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ciertamente, para resolver la iniquidad que se presenta sería conducente un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa respecto del Decreto 1175 de 1991, que, motivado por una acción de simple nulidad⁷ podría estar antecedido por una eventual suspensión provisional. Sin embargo, ello no es óbice para que proceda la acción de tutela. Dos argumentos avalan el aserto anterior: en primer lugar, como lo ha reiterado esta Corte, la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo no necesariamente desplaza a la acción de tutela y, en segundo término, aunque no fuere así, resulta claro que la presente acción no se interpuso contra el decreto mencionado, sino contra la decisión de la DIAN de no aplicarlo en condiciones de igualdad.

En efecto, de un lado, la Corte ha considerado que siempre que se trate de evitar un perjuicio irremediable, procede el ejercicio conjunto de las acciones contencioso administrativas y de la acción de tutela⁸. Adicionalmente, ha indicado que en algunos eventos, en los cuales el actor no se propone cuestionar el contenido mismo del acto administrativo sino las condiciones de su aplicación o el daño particular y concreto que esta puede generar, procede la tutela como mecanismo de defensa. Al respecto, en la sentencia T-203 de 1993⁹ se señaló:

*“Debe repararse por otra parte en que el punto materia de análisis - a diferencia del que constituye el objeto de la providencia mediante la cual se resuelve acerca de la solicitud de suspensión provisional en los procesos contencioso administrativos - no es el relativo a una posible oposición flagrante entre el acto demandado y las normas superiores a las que está sometido, sino la situación de hecho en la cual puede hallarse una persona frente a un acto cuya **aplicación concreta** implique, en su caso, efectos inmediatos e irremediables que vulneren sus derechos constitucionales fundamentales”.*

En el presente caso, la acción no se interpuso contra el decreto precitado, sino contra la omisión de la DIAN de aplicarlo en condiciones de igualdad, vale decir, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 13 y 19 de la Constitución Política.

⁷ Podría alegarse que el actor no está legitimado para impugnar el Decreto 1175 de 1991, por tratarse de un acto administrativo particular y concreto y, en consecuencia, que la acción de tutela es el único medio judicial apto para poner término a la vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, como lo ha manifestado reiteradamente el Consejo de Estado, la acción de simple nulidad puede ser impetrada por cualquier persona contra un acto administrativo particular y concreto siempre que se trate de restablecer una lesión objetiva del ordenamiento jurídico, que es justamente lo que se pretende. Sobre la tesis del Consejo de Estado, ver entre otras, la importante sentencia de 10 de agosto de 1961 M.P. Carlos Gustavo Arrieta ; el auto de 8 de agosto de 1972, C.P. Humberto Mora Osejo y, más recientemente, la sentencia de octubre 26 de 1995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-443 de 1992 y 203 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-440 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, T-142 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁹ Sentencia T-203 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

En consecuencia, dado que tal comportamiento público vulnera los derechos a la igualdad y a la no discriminación y, por contera, el derecho a la libertad religiosa del actor, la Sala ordenará a la DIAN aplicar, en condiciones de igualdad, las normas que considera vigentes y, en consecuencia, inaplicar, para todos los efectos, los plazos de entrega de la declaración de ingresos y patrimonio contenidos en el decreto reglamentario 2300 de 1996, en relación con la Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral -, siempre que mantenga formal y materialmente su condición de asociación religiosa sin ánimo de lucro legalmente reconocida.

DECISION

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

RESUELVE :

Primero.- **REVOCAR** la sentencia de marzo 6 de 1997, proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela interpuesta por la Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral.

Segundo.- **ORDENAR** a la DIAN aplicar, en términos de igualdad, lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1175 de 1991 y, en consecuencia, suspender, para todos los efectos legales, la aplicabilidad de los plazos contenidos en el decreto reglamentario 2300 de 1996 en relación con la Casa sobre la Roca - Iglesia Cristiana Integral, bajo las condiciones establecidas en esta sentencia.

Tercero.- **LIBRESE** comunicación a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 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

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de Julio de mil novecientos noventa y siete (1997)).

**NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES
JULIO 1997**

1923

Ley 64 de 1923, artículo 5°. Sentencia C-338 de julio 17 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1495. Actor: JulioCesaLópez Espinosa..... 200

1986

Decreto 1222 de 1986, artículos 62 numeral 18, y 195. Sentencia C-338 de julio 17 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1495. Actor: Julio Cesar López Espinosa..... 200

1995

Ley 181 de 1995, artículos 32 inciso primero, 34 frase inicial "Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva", salvo la expresión "exclusiva", que se declara INEXEQUIBLE, la frase final "Ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo", 35 salvo la expresión "dentro de un plazo no mayor de seis meses", que se declara INEXEQUIBLE, y 61 literal 8°. Sentencia C-320 de julio 3 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. ExpD151Actor: CarloEnrique Marín Vélez..... 121

Ley 190 de 1995, artículos 1, 2 y 3. Sentencia C-326 de julio 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1518. Actores: Carlos Mario Isaza Serrano y Otro..... 160

1996

| | |
|---|-----|
| Ley 341 de 1996. Sentencia C-323 de julio 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. L.A.T. 095..... | 508 |
| Ley 315 de 1996, artículo 1º. numeral 3. Sentencia C-347 de julio 23 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1514. Actor: Juan Pablo Cárdenas Mejía..... | 206 |
| Ley 335 de 1996, artículos 2, 8 párrafo primero, 10, 11, 13 inciso final, 16 y párrafo primero, 20, 21, 25 párrafo último inciso y 28. Sentencia C-350 de julio 29 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exps. D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574 (acumulados) Actores: Gustavo Petro Urrego y Otros..... | 245 |

CODIGOS:

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Decreto 2700 de 1991)

| | |
|--|-----|
| Artículo 397 numerales 2º. y 3º. Sentencia C-327 de julio 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1527. Actor: Alberto Yepes Palacio..... | 180 |
|--|-----|

OBJECIONES PRESIDENCIALES

| | |
|--|-----|
| EXEQUIBLE el artículo 2º. del proyecto de ley No. 002/95 Cámara, 220/96 Senado, "Por el cual se establecen estímulos para los sufragantes". Sentencia C-337 de julio 17 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. O.P. 016..... | 442 |
| EXEQUIBLE el artículo 42 del proyecto de ley No. 258/96 Senado, 031/95 Cámara, "por la cual se modifica el régimen de las Unidades Inmobiliarias Cerradas". Sentencia C-346 de julio 22 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. O.P. 017..... | 474 |

NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES JULIO 1997

1995

Ley 181 de 1995, artículos 34 frase inicial la expresión "exclusiva" y 35 la expresión "dentro de un plazo no mayor de seis meses". Sentencia C-320 de julio 3 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1516. Actor: Carlos Enrique Marín Vélez..... 121

1996

Ley 315 de 1996, artículo 4°. que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993, la expresión "... como también en aquellos con personal nacional...". Sentencia C-347 de julio 23 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1514. Actor: Juan Pablo Cárdenas Mejía..... 206

Ley 335 de 1996, artículos 1°. Literales c) y d) la expresión "reglamentará y", 25 incisos primero, segundo, tercero y cuarto y el párrafo, salvo el último inciso del párrafo que se declara EXEQUIBLE, y 26. Sentencia C-350 de julio 29 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exps. D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574 (acumulados). Actores: Gustavo Petro Urrego y Otros..... 245

OBJECIONES PRESIDENCIALES

INEXEQUIBLES los artículos 2°. y 3°. del proyecto de Ley No. 157/95 Senado y 259/95 Cámara, "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración del Sesquicentenario de la ciudad de Manizales y se vincula con la financiación de algunas obras de vital importancia para esta ciudad". Sentencia C-324 de julio 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. O.P. 014..... 411

INEXEQUIBLE el artículo 3º. del Proyecto de Ley No. 132/95 Cámara 07/96 Senado, "Por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento treinta y nueve (139) años de vida administrativa del municipio de Baranoa, Departamento de Atlántico, rinde tributo de admiración a sus habitantes y se ordena la construcción de algunas obras". Sentencia C-325 de julio 10 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. O.P. 015..... 431

INEXEQUIBLE el artículo 44 del proyecto de ley No. 258/96 Senado, 031/95 Cámara, "por la cual se modifica el régimen de las Unidades Inmobiliarias Cerradas". Sentencia C-346 de julio 22 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. O.P. 017..... 474

INDICE TEMATICO
(En orden alfabético)

| | Providencia No. | Págs. |
|--|---------------------|-------|
| ACCESO A INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR-Habilidad académica | (AV. C-337/97)..... | 442 |
| ACCESO AL SISTEMA EDUCATIVO | (S. T-329/97)..... | 583 |
| ACCION DE TUTELA-Autonomía para protección de derechos fundamentales | (S. T-335/97)..... | 641 |
| ACCION DE TUTELA-Demostración amenaza o violación de derechos fundamentales | (S. T-342/97)..... | 720 |
| ACCION DE TUTELA-Hecho superado | (S. T-321/97)..... | 543 |
| ACCION DE TUTELA-Hecho superado | (S. T-349/97)..... | 764 |
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia para determinar constitucionalidad de normas | (S. T-318/97)..... | 525 |
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia por atención oportuna y debida en salud de recluso | (S. T-342/97)..... | 720 |
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existencia de medios procesales de defensa | (S. T-331/97)..... | 612 |
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia por inexistencia violación de derechos fundamentales | (S. T-341/97)..... | 713 |
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no ejercicio oportuno de medios judiciales | (S. T-334/97)..... | 635 |

| | | |
|--|----------------------|-----|
| ACCION DE TUTELA-Improcedencia sobre controversias de índole puramente laboral | (S. T-332/97)..... | 621 |
| ACCION DE TUTELA-No dirime derechos litigiosos emanados de interpretación de ley | (S. T-340/97)..... | 695 |
| ACCION DE TUTELA-No es un recurso adicional | (S. T-334/97)..... | 635 |
| ACCION DE TUTELA-No resuelve conflictos judiciales cuyas competencias están establecidas | (S. T-340/97)..... | 695 |
| ACCION DE TUTELA-Prevención | (S. T-339/97)..... | 659 |
| ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional | (S. T-340/97)..... | 695 |
| ACCION DE TUTELA-Procedencia por no aplicación Decreto en condiciones de igualdad | (S. T-352/97)..... | 783 |
| ACCION DE TUTELA-Procedencia sobre medio judicial alternativo formal | (S. T-351/97)..... | 770 |
| ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad | (S. T-331/97)..... | 612 |
| ACTIVIDAD DEPORTIVA-Regulación estatal | (S. C-320/97)..... | 121 |
| ACUERDO COMERCIAL CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA CHECA-Objeto | (S. C-323/97)..... | 508 |
| ACUERDO INTERNACIONAL COMERCIAL-Pago de operaciones | (S. C-323/97)..... | 508 |
| ACUMULACION DE RECUSACIONES EN INCIDENTE DE NULIDAD DE SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Procedencia | (A. 022/97)..... | 43 |
| APLICACION DIRECTA O INDIRECTA DE LA CONSTITUCION | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL-Controversias mercantiles de carácter internacional | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ARBITRAJE INTERNACIONAL-Controversias civiles | (S. C-347/97)..... | 206 |

| | | |
|---|----------------------|-----|
| ARBITRAJE INTERNACIONAL-Domicilio en Colombia | (S. C-347/97)..... | 206 |
| ARBITRAJE INTERNACIONAL-Inexistencia de elemento internacional por domicilio y negocio comercial en el país | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ARBITRAJE INTERNACIONAL-Legislador convierte en facultativo ordenamiento jurídico mercantil | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ARBITRAJE INTERNACIONAL-Renuncia injustificada a protección de derechos de conformidad con legislación colombiana | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS-Ausentismo | (S. C-346/97)..... | 474 |
| ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES-Facultad de limitar valor de cada sorteo de loterías oficiales | (S. C-338/97)..... | 200 |
| ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES-Facultad para reglamentar juegos permitidos | (S. C-338/97)..... | 200 |
| ASOCIACIONES DEPORTIVAS-Derechos constitucionales de jugadores | (S. C-320/97)..... | 121 |
| ASOCIACIONES DEPORTIVAS-Ejercicio de actividad económica | (S. C-320/97)..... | 121 |
| AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Económico y financiero | (S. C-346/97)..... | 474 |
| AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Elemento de referencia para establecer límites en materia fiscal | (S. C-346/97)..... | 474 |
| AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Límites en materia fiscal | (S. C-346/97)..... | 474 |
| AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Restricciones que persiguen un interés general en materia tributaria | (S. C-346/97)..... | 474 |
| AUTONOMIA DE MUNICIPIOS-Establecimiento de tarifas diferenciales atendiendo ciertos criterios | (S.C-346/97)..... | 474 |

| | | |
|---|------------------------|-----|
| AUTONOMIA TERRITORIAL-Establecimiento de tabla tarifaria de impuesto o contribución | (S.P.V. C-346/97)..... | 474 |
| AUTORIDAD PUBLICA-Subordinación no es elemento esencial para procedencia de tutela | (S. T-335/97)..... | 641 |
| AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS- Coordinación de actuaciones | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CANALES NACIONALES DE OPERACIÓN PRIVADA-Sociedades anónimas | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CARACTER INTERNACIONAL DE UN CONTRATO-Nacionalidad de las partes no es condición suficiente para determinarlo | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| CIRCULARES INTERNAS DE LA ADMINISTRACION-Inconstitucionalidad de requisitos exigidos a particulares | (S. T-335/97)..... | 641 |
| CLUBES DEPORTIVOS Y DEPORTISTA-Relación laboral | (S. C-320/97)..... | 121 |
| CLUBES DEPORTIVOS-Contrato de trabajo vigente con el jugador | (S. C-320/97)..... | 121 |
| CLUBES DEPORTIVOS-Derechos constitucionales de jugadores | (S. C-320/97)..... | 121 |
| CLUBES DEPORTIVOS-Responsabilidad solidaria en obligaciones laborales | (S. C-320/97)..... | 121 |
| COLABORACION ARMONICA ENTRE ORGANOS DEL ESTADO | (S. C-350/97)..... | 245 |
| COLDEPORTES-Inspección, vigilancia y control de organismos deportivos | (S. C-320/97)..... | 121 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Autonomía | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Cumplimiento de funciones de ejecución supeditado a la ley | (S. C-350/97)..... | 245 |

| | | |
|--|---------------------------|-----|
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION- Directrices que orienten la determinación de la programación de canales públicos | (S. C-350/97)..... | 245 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Existencia medidas menos lesivas para autonomía por presencia Ministro de Comunicaciones | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Juicio de proporcionalidad por injerencia del legisladore autonomía | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION- Presencia del Ministro de Comunicaciones para asuntos de su cartera | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Violación autonomía para determinar programación de televisión cultural y educativa | (SV.y A.V. C-350/97)..... | 245 |
| CONCEPCION PERPETUA DE ESPACIOS DE TELEVISION-Inconstitucionalidad de normas que consagraban prórrogas sucesivas e ilimitadas | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONCESIONARIO DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Espacios para transmisión de programas institucionales cubre canales privados | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONCESIONARIOS DE CANALES NACIONALES DE OPERACIÓN PUBLICA Y PRIVADA-Similitud y necesidad de un juicioso análisis de constitucionalidad | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA- Lugar donde ocurriera la violación o amenaza | (A. 025/97)..... | 114 |
| CONGRESO DE LA REPUBLICA-Aprobación leyes que comportan gasto público | (S. C-324/97)..... | 411 |
| CONGRESO DE LA REPUBLICA-Aprobación leyes que comporten gasto público | (S. C-325/97)..... | 431 |
| CONGRESO DE LA REPUBLICA-Incentivos legales para votar | (S. C-337/97)..... | 442 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| CONMUTACION PENSIONAL-Una forma de protección | (S. T-339/97)..... | 659 |
| CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION DE CANALES PUBLICOS-Diferencias respecto de contratos de operación de canales privados | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION PUBLICA-Vulneración derechos por desconocimiento de prórroga | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Modificación por ley posterior que afecta al concesionario | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Afectación por ley posterior | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Definición | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Naturaleza jurídica | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Otorgamiento | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Relaciones jurídicas que surgen | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Sujetos que intervienen | (S. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y DE CONSULTORIA-Diferencias | (S. C-326/97)..... | 160 |
| CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Objeto | (S. C-326/97)..... | 160 |
| CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Afectación derechos por modificación de reglas anteriores sobre prórroga | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Juicioso estudio de constitucionalidad por la prohibición de prórroga | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |

| | | |
|--|-------------------------|-----|
| CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Medios necesarios para ejercicio de derechos fundamentales | (S.P.V.C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION-Verificación constitucional finalidad legítima de medida por prohibición de prórroga | (S.P.V.C-350/97)..... | 245 |
| CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Vulneración derechos fundamentales por desconocimiento derecho a prórroga | (S.V.yA.V.C-350/97).... | 245 |
| CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL-Alcance | (A.V.C-337/97)..... | 442 |
| CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL-Alcance | (SP.V.yAV.C346/97).... | 474 |
| CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL-Artículos no objetados y verificación con todos los preceptos constitucionales | (A.V.C-337/97)..... | 442 |
| CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE OBJECION PRESIDENCIAL-Artículos no objetados y verificación con todos los preceptos constitucionales | (SP.V.yAV.C346/97).... | 474 |
| CONVENCION COLECTIVA-Improcedencia cumplimiento por tutela | (S. T-344/97)..... | 735 |
| COPROPIETARIOS DE UNIDAD INMOBILIARIA CERRADA-Exigencia de mayoría para impugnar acto de autoridades de planeación y urbanismo | (S. C-346/97)..... | 474 |
| COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia de delimitación de alcance | (C-327/97)..... | 180 |
| DEBER DE SOLIDARIDAD Y PRINCIPIO DE BUENA FE-Abuso del contrato de mandato para vender inmueble | (S. T-351/97)..... | 770 |
| DEBER DE SOLIDARIDAD-Diócesis y sacerdote | (S. T-351/97)..... | 770 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| DECLARACION ANUAL DE INGRESOS Y PATRIMONIO-Tratamiento igualitario de congregaciones religiosas | (S. T-352/97)..... | 783 |
| DECRETO-Aplicación en condiciones de igualdad | (S. T-352/97)..... | 783 |
| DEFENSOR DEL PUEBLO O PERSONERO MUNICIPAL-Persiguen en nombre de la sociedad proteger derechos fundamentales | (S. T-331/97)..... | 612 |
| DEFENSOR DEL PUEBLO O PERSONERO MUNICIPAL-Presunción indefensión de menores | (S. T-331/97)..... | 612 |
| DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Alcance de las normas sobre admisión y rechazo | (A. 024/97)..... | 107 |
| DEMOCRACIA-Participación del ciudadano | (S. C-337/97)..... | 442 |
| DEPORTE PROFESIONAL-Dimensiones | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DEPORTE PROFESIONAL-Regulación legal adecuada | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DERECHO A INFORMAR-Alcance | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A INFORMARSE-Alcance | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA DIGNA SUBSISTENCIA DEL PENSIONADO-Cancelación de mesadas en forma transitoria | (S. T-333/97)..... | 628 |
| DERECHO A LA EDUCACION-Menor con problemas de aprendizaje | (S. T-329/97)..... | 583 |
| DERECHO A LA EDUCACION-Núcleo esencial | (S. T-329/97)..... | 583 |
| DERECHO A LA EDUCACION-Protección por tutela | (S. T-329/97)..... | 583 |
| DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS | (S. T-318/97)..... | 525 |
| DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HIJOS PARA EL SUBSIDIO FAMILIAR | (S. T-318/97)..... | 525 |
| DERECHO A LA IGUALDAD-Definición | (S. T-352/97)..... | 783 |

| | | |
|--|-----------------------|-----|
| DERECHO A LA IGUALDAD-Imposición carga procesal onerosa a unidades inmobiliarias cerradas | (S. C-346/97)..... | 474 |
| DERECHO A LA IGUALDAD-Plan de beneficios laborales discriminatorios por Icollantas | (S. T-330/97)..... | 594 |
| DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración por estímulo ingreso a institución de educación superior a quienes voten | (A.V. C-337/97)..... | 442 |
| DERECHO A LA IGUALDAD-Vulneración por estímulos a quienes voten | (S.V. C-337/97)..... | 442 |
| DERECHO A LA INFORMACION POR TELEVISION-Alcance | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA INFORMACION-Derecho complejo | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA INFORMACION-Dimensiones | (S.P.V.C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA INFORMACION-Incremento progresivo de participación de ciudadanos | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA INFORMACION-Límites no pueden confundirse con censura | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA INFORMACION-Realización efectiva como garantía de la democracia | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL-Limitaciones legales | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Limitaciones razonables y proporcionales | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Mora de aportes patronales | (S. T-334/97)..... | 635 |
| DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por afectación mínima vital personas tercera edad | (S. T-339/97)..... | 659 |
| DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Responsabilidad del patrono por mora en aportes | (S. T-334/97)..... | 635 |

| | | |
|---|----------------------|-----|
| DERECHO A LA VIDA DIGNA-Atención médica y quirúrgica esposa de extrabajador | (S. T-322/97)..... | 567 |
| DERECHO A PERMANECER EN EL SISTEMA EDUCATIVO-Menor con dificultades de aprendizaje | (S. T-329/97)..... | 583 |
| DERECHO A RECIBIR INFORMACION-No interferencia poderes del Estado y producción de normativa necesaria | (S. C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO A SER INFORMADO-Alcance | (SP.V.C-350/97)..... | 245 |
| DERECHO AL MINIMO VITAL-Inclusión en nómina | (S. T-333/97)..... | 628 |
| DERECHO AL MINIMO VITAL-Pago oportuno de pensión | (S. T-333/97)..... | 628 |
| DERECHO AL VOTO-Principal mecanismo de participación del ciudadano | (S. C-337/97)..... | 442 |
| DERECHO DE ACCION PARA IMPUGNAR-Protección | (S. C-346/97)..... | 474 |
| DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL-Plan de beneficios laborales discriminatorios por Icollantas | (S. T-330/97)..... | 594 |
| DERECHO DE ASOCIACION-Unidades cerradas determinan ejercicio derecho de acción | (S. C-346/97)..... | 474 |
| DERECHO DE DEFENSA-No indicación procedencia de recurso ante administración | (S. T-318/97)..... | 525 |
| DERECHO DE PETICION-Indebida notificación respuesta de la administración | (S. T-318/97)..... | 525 |
| DERECHO DE PETICION-Pronta resolución | (S. T-343/97)..... | 730 |
| DERECHO DE PETICION-Resolución material de la solicitud | (S. T-335/97)..... | 641 |
| DERECHO PRESTACIONAL ENPENSION-Prevención para protección de jubilados | (S. T-339/97)..... | 659 |

| | | |
|---|------------------------|-----|
| DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESTACIONALES-Desarrollo legislativo | (S. T-348/97)..... | 745 |
| DERECHOS DEPORTIVOS | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DERECHOS DEPORTIVOS-Ejercicio razonable | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DERECHOS DEPORTIVOS-Límites constitucionales | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DERECHOS DEPORTIVOS-Titularidad en jugadores | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DERECHOS FUNDAMENTALES-Condiciones que deben darse para su restricción | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| DETENCION PREVENTIVA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA-Diferencias | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DETENCION PREVENTIVA JUDICIAL Y PENAS- Diferencias | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DETENCION PREVENTIVA-Alcance | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DETENCION PREVENTIVA-Carácter excepcional 177 | (S. C-327/97)..... | 180 |
| DIGNIDAD HUMANA DE DEPORTISTAS- Transferencia | (S. C-320/97)..... | 121 |
| DIGNIDAD HUMANA-Vulneración por estímulos a quienes voten | (S.V. C-337/97)..... | 442 |
| EDUCACION ESPECIAL-Respaldo en criterios científicos que comprueben su necesidad | (S. T-329/97)..... | 583 |
| EJERCICIO DEL VOTO-Becas educativas, predios rurales y subsidio de vivienda | (S. C-337/97)..... | 442 |
| EJERCICIO DEL VOTO-Descuento costo matrícula en institución oficial superior | (S. C-337/97)..... | 442 |
| EJERCICIO DEL VOTO-Descuento tiempo de prestación del servicio militar | (S. C-337/97)..... | 442 |
| EJERCICIO DEL VOTO-Ingreso a instituciones de educación superior | (S. C-337/97)..... | 442 |

| | | |
|--|----------------------|-----|
| EJERCICIO DEL VOTO-Preferencia para acceso a un empleo de carrera estatal | (S. C-337/97)..... | 442 |
| EL ESTADO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN-Responsabilidades | (S. C-350/97)..... | 245 |
| EMPRESA PRIVADA-Necesidad de asegurar a pensionados seguridad social integral | (S. T-339/97)..... | 659 |
| ESPACIO PUBLICO INTERNO-Regulación corresponde al legislador | (S. C-346/97)..... | 474 |
| ESPACIO PUBLICO-Concepto | (S. C-346/97)..... | 474 |
| ESPACIO PUBLICO-Protección de la integridad | (SP.V.C-346/97)..... | 474 |
| ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Acceso de mayor número de personas | (S. C-350/97)..... | 245 |
| ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Democratización en el uso | (S. C-350/97)..... | 245 |
| ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Igualdad de oportunidades para acceder a su uso | (S. C-350/97)..... | 245 |
| ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La libertad no es el único bien constitucional relevante en el ámbito mercantil | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Participación en la gestión y fiscalización del servicio de televisión | (S. C-350/97)..... | 245 |
| ESTADO Y CONCESIONARIO DE ESPACIOS PUBLICOS Y CANALES PRIVADOS DE TELEVISION-Trato diferenciado en términos contractuales | (S. C-350/97)..... | 245 |
| EVALUACION CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION-Atribución legislativa de competencia perteneciente a la CNTV | (S. C-350/97)..... | 245 |
| EVALUACION DE INFORMACION POR COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Constituye censura | (S. C-350/97)..... | 245 |

| | | |
|---|--------------------|-----|
| EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD- Aplicabilidad por juez de tutela | (S. T-318/97)..... | 525 |
| FIDUCIA MERCANTIL-Garantía adicional en obligaciones pensionales | (S. T-339/97)..... | 659 |
| FONDO DE PENSIONES-Naturaleza jurídica | (S. T-339/97)..... | 659 |
| FONDO DE PENSIONES-No se suple por fiducia | (S. T-339/97)..... | 659 |
| FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DELMAGISTERIO-Protección a disminuidos físicos | (S. T-348/97)..... | 745 |
| FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Régimen de beneficiarios de servicios de salud | (S. T-348/97)..... | 745 |
| FORMAS PROCESALES-En su diseño deben observarse ciertos criterios | (S. C-346/97)..... | 474 |
| FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA CONTRATACION CON LA ADMINISTRACION- No vulnera la intimidad | (S. C-326/97)..... | 160 |
| FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS- Tratamiento igualitario de aspirantes a contratos de consultoría | (S. C-326/97)..... | 160 |
| FORMATO UNICO DE HOJA DE VIDA PARA VINCULACION CON LA ADMINISTRACION- No vulneración dederechos | (S. C-326/97)..... | 160 |
| GOBIERNO NACIONAL-Libertad de inclusión gasto público en proyecto de presupuesto | (S. C-325/97)..... | 431 |
| GOBIERNO-Inclusión de gasto público en proyecto ley de presupuesto | (S. C-324/97)..... | 411 |
| IGUALDAD DE COMUNIDADES RELIGIOSAS- Declaraciones tributarias | (S. T-352/97)..... | 783 |
| IMPEDIMENTO-Alcance respecto a tener interés en la decisión | (A. 022/97)..... | 43 |

| | | |
|---|-----------------------|-----|
| IMPUESTO PREDIAL DE ESPACIO PUBLICO INTERNO-Gravación menor que para áreas privadas en unidades inmobiliarias cerradas | (S. C-346/97)..... | 474 |
| IMPUESTO PREDIAL Y CONTRIBUCIONES DE VALORIZACION-Zonas comunes y espacio público interno en unidades inmobiliarias cerradas | (S. C-346/97)..... | 474 |
| IMPUESTO PREDIAL-Tarifas diferenciales | (S. C-346/97)..... | 474 |
| INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE CONSITITUCIONALIDAD-Rechazo de plano por no ser pertinente | (A. 022/97)..... | 43 |
| INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO POR PIEDAD-Recusados no pueden decidir sobre su recusación | (S.V. A. 022/97)..... | 43 |
| INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO POR PIEDAD- Resolución por el juez o tribunal que conoce del proceso | (A. 022/97)..... | 43 |
| INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO LABORAL- Improcedencia de tutela | (S. T-332/97)..... | 621 |
| INDEFENSION-Debilidad manifiesta | (S. T-351/97)..... | 770 |
| INDEFENSION-Mínimo vital del pensionado | (S. T-339/97)..... | 659 |
| INDUSTRIA COLOMBIANA DE LLANTAS- Plan de beneficios laborales discriminatorio contra sindicalizados | (S. T-330/97)..... | 594 |
| INFORMACION POR TELEVISION-Alcance | (S. C-350/97)..... | 245 |
| INRAVISION-Determinación programación del canal público atendiendo directrices de la CNTV | (S. C-350/97)..... | 245 |
| INTERNACIONALIZACION DE LA ECONOMIA | (S. C-323/97)..... | 508 |
| JUEZ DE TUTELA-Incompetencia sobre eficacia y validez de negocios jurídicos | (S. T-351/97)..... | 770 |

| | | |
|--|-------------------------|-----|
| JUEZ DE TUTELA-Necesidad de integrar el litisconsorcio necesario | (A. 019/97)..... | 21 |
| JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Participación del Ministro de Comunicaciones es inconstitucional | (S.V.yAV.C-350/97),.... | 245 |
| JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Asistencia del Ministro de Comunicaciones a sesiones | (S. C-350/97)..... | 245 |
| JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Autonomía | (S.V.yAV.C-350/97),.... | 245 |
| JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Inconstitucionalidad facultad dada a Registraduría de reglamentar elección de miembros | (S. C-350/97)..... | 245 |
| JURISDICCION DEL TRABAJO-Diferencias por plan de beneficios laborales para no sindicalizados | (S.V. T-330/97)..... | 594 |
| JUSTICIA MATERIAL-Promesas formales | (S. T-339/97)..... | 659 |
| LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Intereses sindicales | (S. T-330/97)..... | 594 |
| LENGUAJE DE UNA NORMA LEGAL | (S. C-320/97)..... | 121 |
| LEY ORDINARIA DE TELEVISION-Improcedencia trámite de ley estatutaria | (S. C-350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Existencia de un interés público constitucional | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| LIBERTAD CONTRACTUAL-Ley no puede establecer zonas inmunes a la aplicación de restantes disposiciones constitucionales | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| LIBERTAD DE ASOCIACION-Modificación del alcance | (S.V.yAV.C-350/97),.... | 245 |
| LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PRIVACION DE LA LIBERTAD-Delimitación constitucional | (S. C-327/97)..... | 180 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA- Límites constitucionales | (S. C-327/97)..... | 180 |
| LIBERTAD DE FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN-Modificación del alcance | (SV.yAV.C350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD DE INFORMACION EN CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Cambio de las reglas de juego contractuales | (SP.V.C-350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD DE INFORMACION ENCONTRATO DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Cambio de las reglas de juego contractuales | (SV.yAV.C350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD DE INFORMACION-Contenido plural y múltiple | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD DE INFORMACION-Límites | (S. C-350/97)..... | 245 |
| LIBERTAD DE TRABAJO DEL DEPORTISTA- Conflicto entre clubes por transferencia derechos deportivos | (S. C-320/97)..... | 121 |
| LITISCONSORCIO NECESARIO EN TUTELA- Necesidad de integración | (A. 019/97)..... | 21 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ- Responsabilidad por delito | (S. T-319/97)..... | 538 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Ampliación lote de terreno para exploración de metales preciosos | (S. T-340/97)..... | 695 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Conflictos laborales por aplicación de pacto o convención colectiva | (SV.T-330/97)..... | 594 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Cumplimiento contrato de prestación servicios de salud | (S. T-348/97)..... | 745 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Discrepancias por ejecución y desarrollo de contrato | (S. T-340/97)..... | 695 |

| | | |
|---|-------------------------|-----|
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-No devolución pago de lo debido por existencia de buena fe | (S. T-332/97)..... | 621 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de prestaciones económicas sin afectación de derechos fundamentales | (S. T-345/97)..... | 740 |
| MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reconocimiento de derechos contractuales | (S. T-340/97)..... | 695 |
| MEDIOS DE COMUNICACION-Alcance de la responsabilidad | (S. C-350/97)..... | 245 |
| MEDIOS DE COMUNICACION-Dimensiones de la responsabilidad social | (S. C-350/97)..... | 245 |
| MEDIOS DE COMUNICACION-Necesidad de evitar presiones e interferencias | (S. C-350/97)..... | 245 |
| MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION- Emisión de información de manera objetiva | (S. C-350/97)..... | 245 |
| MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION- Surgimiento de la responsabilidad | (S. C-350/97)..... | 245 |
| MINISTERIO DE TRABAJO-Estudios para solicitar conmutación pensional | (S. T-339/97)..... | 659 |
| MODALIDAD DE VINCULACION CON LA ADMINISTRACION-Justificación | (S. C-326/97)..... | 160 |
| MOTIVOS DE INTERES PUBLICO- Debe ceder el interés particular | (S. C-350/97)..... | 245 |
| NORMA-Generalidad | (S.V.yAV.C-350/97)..... | 245 |
| NORMAS FACULTATIVAS-Excede las facultades del legislador por convertir en facultativos imperativos constitucionales | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| NULIDAD DE SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD-Inexistencia de impedimento por haber tomado parte en decisión | (A.V. A. 022/97)..... | 43 |
| NULIDAD POR FALTA DE INTEGRACIONDEL LITISCONSORCIO NECESARIO EN TUTELA | (A. 019/97)..... | 21 |

| | | |
|---|--------------------|-----|
| NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION AL JUEZ O TRIBUNAL-Iniciación de tutela | (A. 023/97)..... | 98 |
| NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION TERCERO CON INTERES LEGITIMO EN TUTELA-Iniciación y fallo | (A. 020/97)..... | 29 |
| NULIDAD SANEABLE POR FALTA DE NOTIFICACION EN TUTELA-Iniciación del proceso | (A. 021/97)..... | 40 |
| OBJECION PRESIDENCIAL-Alcance del examen de la Corte | (S. C-324/97)..... | 411 |
| OBJECION PRESIDENCIAL-Celebración años de Manizales y realización de obras | (S. C-324/97)..... | 411 |
| OBJECION PRESIDENCIAL-Celebración años municipio de Baranoa y construcción | (S. C-325/97)..... | 431 |
| OBJECION PRESIDENCIAL-Devolución proyecto a las Cámaras | (S. C-324/97)..... | 411 |
| OBJECION PRESIDENCIAL-Parque urbanístico y ecológico | (S. C-324/97)..... | 411 |
| OMISION LEGISLATIVA-Régimen beneficiarios en salud del magisterio | (S. T-348/97)..... | 745 |
| OPERADORES DE CANALES PRIVADOS-Mecanismo de autocontrol | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PARTICIPACION CIUDADANA-Estímulos para votar | (S. C-337/97)..... | 442 |
| PENSION DE JUBILACION-Inexistencia de ilegalidad o fraude para su reconocimiento | (S. T-336/97)..... | 650 |
| PENSION-Gravedad por falta de seguridad suficiente para garantizarla | (S. T-339/97)..... | 659 |
| PENSION-Inclusión en nómina | (S. T-333/97)..... | 628 |
| PENSIONADO-Vejez tranquila y subsistencia digna | (S. T-339/97)..... | 659 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| PERJUICIO IRREMEDIABLE-Definición | (S. T-348/97)..... | 745 |
| PERJUICIO IRREMEDIABLE-Medidas para protección futura de pensionados Flota Mercante Grancolombiana | (S. T-339/97)..... | 659 |
| PERJUICIO IRREMEDIABLE-Tutela es autónoma | (S. T-335/97)..... | 641 |
| PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Eficacia de tutela por morosidad de justicia ordinaria | (S. T-351/97)..... | 770 |
| PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección especial | (S. T-351/97)..... | 770 |
| PERSONERO MUNICIPAL-Legitimidad para instaurar tutela | (S. T-343/97)..... | 730 |
| PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Decreto por el Congreso de nueva inversión nacional | (S. C-324/97)..... | 411 |
| POLICIA DEPORTIVA | (S. C-320/97)..... | 121 |
| POTESTAD REGLAMENTARIA-No es exclusiva del Presidente de la República | (S. C-350/97)..... | 245 |
| POTESTAD TRIBUTARIA DEL MUNICIPIO-Limitaciones deben responder a razones válidas | (S.P.V. C-346/97)..... | 474 |
| PREEMINENCIA A LIBERTAD CONTRACTUAL EN MATERIA MERCANTIL-Sometimiento a Tribunal de Arbitramento ubicado por fuera del domicilio | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRIMACIA DE LA CONSTITUCION POLITICA-Inaplicabilidad de norma inferior | (S. T-318/97)..... | 525 |
| PRINCIPIO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY EN MATERIA MERCANTIL-Carácter facultativo de normas con interés público constitucional sometida a las partes | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRINCIPIO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY-Excepción por asunto mercantil de carácter internacional | (S.V. C-347/97)..... | 206 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| PRINCIPIO DE APLICACION TERRITORIAL DE LA LEY-No se viola por arbitramento internacional de negocios jurídicos mercantiles internacionales | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRINCIPIO DE BUENA FE EN CONTRATOS DEPORTIVOS | (S. C-320/97)..... | 121 |
| PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO- Lenguaje empleado en la norma | (S. C-320/97)..... | 121 |
| PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO- Trámite de objeciones presidenciales | (S. C-324/97)..... | 411 |
| PRINCIPIO DE EQUILIBRIO INFORMATIVO- Información veraz, imparcial y objetiva | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Vulneración por desconocimiento derecho a prórroga | (S.P.V. C-350/97)..... | 245 |
| PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Vulneración por desconocimiento derecho a prórroga | (SV.yAV.C-350/97)..... | 245 |
| PRINCIPIO DE PARTICIPACION CIUDADANA EN SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PRINCIPIO DE PARTICIPACION- Oportunidad para controvertir decisiones | (A. 024/97)..... | 107 |
| PRINCIPIO DE SOBERANIA POPULAR-Alcance | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRINCIPIO DE SOBERANIA POPULAR-Legislador no puede trasladar facultades normativas a autoridades extranjeras | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRINCIPIO GENERAL DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY-No puede quedar librado a la mera voluntad de particulares | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| PRINCIPIOS DE UNIDAD Y AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Conciliación | (S. C-346/97)..... | 474 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| PRIVACION DE LA LIBERTAD-Observancia de garantías | (S. C-327/97)..... | 180 |
| PROPIEDAD ASOCIATIVA Y SOLIDARIA- Alcance respecto a la propiedad privada | (S.P.V. C-346/97)..... | 474 |
| PROPOSICION JURIDICA-INTEGRACION | (S. C-320/97)..... | 121 |
| PROPOSICION JURIDICA INTELIGIBLE- Demanda inepta | (S. C-320/97)..... | 121 |
| PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Existencia de expectativa susceptible de modificación por legislador | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION-Prohibición | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PRORROGA CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS PUBLICOS DE TELEVISION- Restricción acceso uso del espectro electromagnético | (S. C-350/97)..... | 245 |
| PSEUDOINFORMACION-Alcance | (S. C-350/97)..... | 245 |
| RECURSO DE SUPPLICA EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Implica renuncia tácita a facultad de corregirla | (A. 024/97)..... | 107 |
| RECURSO DE SUPPLICA POR INADMISION DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Exposición de razones por las cuales desestima las consideraciones | (A. 024/97)..... | 107 |
| RECUSACION EN INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO POR PIEDAD-Determinación contra quienes se dirige | (A. 022/97)..... | 43 |
| REGISTRO EN SISTEMA UNICO DE INFORMACION DE PERSONAL-Contratistas o servidores públicos | (S. C-326/97)..... | 160 |
| REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Alcance de su procedencia | (S. T-336/97)..... | 650 |

| | | |
|--|-------------------------|-----|
| REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Consentimiento del titular | (S. T-328/97)..... | 576 |
| REVOCATORIA UNILATERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia de ilegalidad o fraude | (S. T-336/97)..... | 650 |
| SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION-Determinación de política estatal y dirección | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION-Régimen de prestación | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SERVICIO DE TELEVISION-Alcance de la exigencia de asociarse | (S.V.yAV.C.350/97)..... | 245 |
| SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DERECHO A LA INFORMACION-Relación | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION-Diseño de mecanismos de participación ciudadana para la gestión y fiscalización | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION-Garantía de objetividad e independencia | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION-Participación en la gestión y fiscalización | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SINDICATO-Intereses colectivos | (S. T-330/97)..... | 594 |
| SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen mínimo de beneficiarios en fondo de prestaciones del magisterio | (S. T-348/97)..... | 745 |
| SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Ingreso de empleador para seguridad en pensiones | (S. T-339/97)..... | 659 |
| SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Necesidad de asegurar obligación pensional | (S. T-339/97)..... | 659 |
| SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Universalidad | (S. T-339/97)..... | 659 |
| SISTEMA GENERAL DE PENSIONES | (S. T-339/97)..... | 659 |

| | | |
|--|--------------------|-----|
| SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Régimen para los jubilados | (S. T-339/97)..... | 659 |
| SOBREINFORMACION-Alcance | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SUBINFORMACION-Alcance | (S. C-350/97)..... | 245 |
| SUBORDINACION-Pensionado | (S. T-339/97)..... | 659 |
| SUBSIDIO FAMILIAR EN FUERZAS MILITARES-Extemporaneidad de su petición | (S. T-318/97)..... | 225 |
| SUFRAGIO-Participación del ciudadano | (S. C-337/97)..... | 442 |
| SUSTITUCION PENSIONAL-Consentimiento del titular para suspensión | (S. T-328/97)..... | 576 |
| TELEVISION SATELITAL-Determinación de política por legislador y dirección y ejecución por CNTV | (S. C-350/97)..... | 245 |
| TELEVISION-Poder de penetración y cobertura | (S. C-350/97)..... | 245 |
| TEST DE IGUALDAD | (S. C-337/97)..... | 442 |
| TEST DE IGUALDAD-Diferencia de trato por credo religioso | (S. T-352/97)..... | 783 |
| TEST DE IGUALDAD-Elección del medio | (S. C-337/97)..... | 442 |
| TEST DE IGUALDAD-Elementos | (S. C-337/97)..... | 442 |
| TEST DE RAZONABILIDAD-Guía de protección del principio de igualdad | (S. C-337/97)..... | 442 |
| TRANSFERENCIA EN PRESTAMO-Forma atípica de desarrollo del contrato laboral | (S. C-320/97)..... | 121 |
| TRATADO INTERNACIONAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Libertad personal | (S. C-327/97)..... | 180 |
| TRATADO INTERNACIONAL-Trámite legislativo | (S. C-323/97)..... | 508 |
| TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD | (S. C-327/97)..... | 180 |

| | | |
|---|----------------------|-----|
| TRATO DIFERENCIADO-Requisitos para su justificación | (S. T-352/97)..... | 783 |
| TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL-Necesidad de elemento extranjero | (S. C-347/97)..... | 206 |
| TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAMIENTO-Laudo debe someterse al procedimiento del exequatur | (S. C-347/97)..... | 206 |
| TUTELA CONTRA ACTOS DE TRAMITE O PREPARATORIOS-Improcedencia de la tutela en principio | (S. T-340/97)..... | 695 |
| TUTELA CONTRA PARTICULARES-Fundamento sociopolítico | (S. T-351/97)..... | 770 |
| TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia resarcimiento de perjuicios | (S. T-319/97)..... | 538 |
| TUTELA CONTRA PERSONA JURIDICA-Cambio de nombre no afecta trámite de acción | (S. T-339/97)..... | 659 |
| TUTELA DE UN DERECHO PRESTACIONAL-Requisitos concurrentes | (S. T-348/97)..... | 745 |
| TUTELA TRANSITORIA-Autonomía | (S. T-335/97)..... | 641 |
| TUTELA TRANSITORIA-Continuación pago de mesadas pensionales | (S. T-336/97)..... | 650 |
| TUTELA TRANSITORIA-Pago oportuno de pensión | (S. T-333/97)..... | 628 |
| UNCITRAL-Objeto básico | (S.V. C-347/97)..... | 206 |
| UNIDAD NORMATIVA-Alcance excepcional | (S. C-320/97)..... | 121 |
| VIA DE HECHO POR JUEZ O TRIBUNAL-Necesidad de notificarles iniciación de tutela | (A. 023/97)..... | 98 |
| VIA DE HECHO-No lo constituye la interpretación judicial | (S. T-331/97)..... | 612 |
| VIA DE HECHO-Situación extraordinaria | (S. T-331/97)..... | 612 |
| VOTO-Derecho y deber | (S. C-337/97)..... | 442 |

LA **IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA**
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GACETA CONSTITUCIONAL, JULIO DE 1997 TOMO 7»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN OCTUBRE DE 1998.

IUSTITIA ET LITTERAE

