REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL
50

GACETA

DE LA

CORTE CONSTITUCIONAL

1995

TOMO 10

OCTUBRE

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Contiene todas las Providencias proferidas en asuntos de Constitucionalidad y Tutela por la Corte Constitucional

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1995

OCTUBRE

TOMO 10

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Contiene todas las providencias proferidas en asuntos de Constitucionalidad y Tutela por la Corte Constitucional

PROHIBIDA SU VENTA

CORTE CONSTITUCIONAL

1995

MAGISTRADOS

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Vicepresidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
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

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA
Relatora de Constitucionalidad

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Relator de Tutela

SUMARIO
OCTUBRE 1995

AUTO

AUTO 045 de octubre 05 de 1995 13

AUTO 045A de octubre 19 de 1995 18

AUTO 046 de octubre 23 de 1995 20

AUTO 047 de octubre 23 de 1995 25

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA No. C-444 de octubre 04 de 1995 33

SENTENCIA No. C-445 de octubre 04 de 1995 50

SENTENCIA No. C-446 de octubre 04 de 1995 67

SENTENCIA No. C-447 de octubre 04 de 1995 74

SENTENCIA No. C-448 de octubre 04 de 1995 85

SENTENCIA No. C-449 de octubre 04 de 1995 90

SENTENCIA No. C-450 de octubre 04 de 1995 96

SENTENCIA No. C-451 de octubre 04 de 1995 112

SENTENCIA No. C-452 de octubre 05 de 1995 128

SENTENCIA No. C-459 de octubre 12 de 1995 167

SENTENCIA No. C-460 de octubre 12 de 1995 178

SENTENCIA No. C-461 de octubre 12 de 1995 185

SENTENCIA No. C-469 de octubre 19 de 1995 203

SENTENCIA No. C-470 de octubre 19 de 1995 219
SENTENCIA No. C-471 de octubre 19 de 1995 229
SENTENCIA No. C-472 de octubre 19 de 1995 243
SENTENCIA No. C-479 de octubre 26 de 1995 252
SENTENCIA No. C-480 de octubre 26 de 1995 260
SENTENCIA No. C-481 de octubre 26 de 1995 271
SENTENCIA No. C-482 de octubre 30 de 1995 279
SENTENCIA No. C-483 de octubre 30 de 1995 293
SENTENCIA No. C-484 de octubre 30 de 1995 304
SENTENCIA No. C-485 de octubre 30 de 1995 327

SENTENCIA DE REVISION CONSTITUCIONAL

SENTENCIA No. C-466 de octubre 18 de 1995 339

SENTENCIA SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES

SENTENCIA No. C-468 de octubre 19 de 1995 395

EXCUSA

EXCUSA No. 004 de octubre 12 de 1995..... 407

SENTENCIAS DE TUTELA

SENTENCIA No. T-440 de octubre 02 de 1995 435

SENTENCIA No. T-441 de octubre 02 de 1995 443

SENTENCIA No. T-442 de octubre 03 de 1995 450

SENTENCIA No. T-443 de octubre 03 de 1995 454

SENTENCIA No. T-453 de octubre 05 de 1995 464

SENTENCIA No. T-454 de octubre 05 de 1995 475

SENTENCIA No. T-455 de octubre 09 de 1995 488

SENTENCIA No. T-456 de octubre 09 de 1995 496

SENTENCIA No. T-457 de octubre 09 de 1995 504

SENTENCIA No. T-458 de octubre 09 de 1995 508

SENTENCIA No. T-462 de octubre 12 de 1995 514

SENTENCIA No. T-463 de octubre 17 de 1995 522

SENTENCIA No. T-464 de octubre 17 de 1995 538

SENTENCIA No. T-465 de octubre 17 de 1995 544

SENTENCIA No. T-467 de octubre 18 de 1995 550

SENTENCIA No. T-473 de octubre 19 de 1995 560

SENTENCIA No. T-474 de octubre 19 de 1995 566

SENTENCIA No. T-475 de octubre 19 de 1995 579

SENTENCIA No. T-476 de octubre 19 de 1995 589

SENTENCIA No. T-477 de octubre 23 de 1995 598

SENTENCIA No. T-478 de octubre 25 de 1995 648

AUTOS 1995
OCTUBRE

AUTO No. 045
octubre 3 de 1995

COMPETENCIA POR FACTOR OBJETIVO-No opera en tutela

El factor objetivo (naturaleza del tema, en este caso laboral) no opera en la tutela. Para esta situación de la Segunda instancia tiene cabida la competencia funcional: el superior jerárquico del Juez Penal Municipal es el Juez Penal del Circuito. La incompetencia funcional no *es subsanable*

Referencia: Expediente No. T-73712

Peticionarios: Danny María Durán

Procedencia: Juzgado Penal Municipal de Río de Oro.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado el siguiente

AUTO

En la acción de tutela radicada bajo el número 73712.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

La maestra Danny María Durán Duarte, quien labora en Río de Oro, pone de presente estos hechos:

- Padece dermatitis solar, ello obliga a permanecer a la sombra. Se le ha ordenado que trabaje en la escuela rural de Cascabel Abajo y para llegar allí debe caminar "al sol dos horas y quince minutos".

- Desde 1978 trabajaba en esa vereda. A partir de este año se la trasladó al sector urbano, principiando a laborar en la Escuela Sagrado Corazón de Jesús, PERO el 20 de febrero se le ordenó regresar a la escuela veredal de Cascabel Abajo.

- Reclamó ante el Alcalde "pero no he recibido respuesta".

Considera violados el derecho al trabajo (art. 25 C.P.), el derecho a la vida en cuanto la dermatitis puede derivar en un cáncer (art. 11 C.P.) y el derecho de petición (art. 23 ibídem). Además, considera ilegal el traslado.

2. Pruebas que obran en el expediente.

- Decreto 099 de noviembre 28 de 1994, del Alcalde de Río de Oro, contiene el traslado "por necesidad del servicio" y por "por problemas con la comunidad" de Danny María Durán de la escuela rural la Cascabel a la escuela urbana "Sagrado Corazón de Jesús".

- Decreto 18 de 20 de febrero de 1995, del Alcalde, derogando en todas sus partes "el derecho 099 de 1994" porque no hubo nombramiento del reemplazo en la Cascabel "quedando la escuela acéfala".

- Derecho de petición instaurado el 22 de febrero de este año, indicándose que se han violado las normas (art. 61 decreto 2277/79, art. 12 numeral 15 del decreto 1246/90, artículo 8° literal 6 del decreto 180/82, art. 9 ibídem) y porque padece de dermatitis y "mi traslado se debió a seguridad". (Tiene sello de recibido de la Alcaldía).

- Certificado de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, comunicando que la mencionada profesora está siendo tratada "por dermatitis solar".

- No se encontró en la Alcaldía de Río de Oro la petición de Danny Durán, pero sí la respuesta del Alcalde.

- En tal respuesta, el Alcalde dice que no quiso "lesionar a estudiantes del sector rural" y sobre la seguridad personal de la profesora hace referencia al decreto 1645/92.

- El Alcalde también explica sus actuaciones en comunicación al Juzgado diciendo que es infundada la afirmación de falta de Seguridad para la profesora, que desconoce lo de la enfermedad, minimiza el largo recorrido a pie y afirma que "carece de veracidad" el traslado que se le hizo de la zona rural al casco urbano.

- Reconocimiento médico legal a la solicitante, que dictamina: "se trata de una dermatopatía ocasionada por fotosensibilidad y que en consecuencia empeora por la exposición a la luz solar".

- Inspección judicial a la Supervisión escolar para constatar número de alumnos en las escuelas Sagrado Corazón de Jesús y la Cascabela. En lo que interesa: 1995, no hay relación de la Cascabela y en el Sagrado Corazón: 64 alumnos; pero, hay constancia por aparte de que en La Cascabela son en total 18 alumnos para 3 grados, aumentándose a 22 estudiantes.

- Está la historia clínica de Danny Durán a partir del 3 de febrero de 1995, se habla de la dermatitis.

- El acta de posesión de la profesora en Cascabel Abajo el 31 de julio de 1991.

3. Actuación procesal.

- Danny María Durán presenta la tutela el 24 de marzo de 1995 ante el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica.

- El 27 de marzo, el Juez remite la acción al Juez Penal Municipal de Río de Oro porque fue allí donde ocurrieron los hechos y "en esa Municipalidad hay jueces".

- El 4 de abril llega el expediente a Río de Oro y en la misma fecha la Juez hace uso del artículo 17 del decreto 2591 de 1991 y le da 3 días a la interesada para que indique "exactamente la pretensión a lograr con esta acción".

- El 7 de abril, la solicitante por escrito dirigido al Juez Unico Penal Municipal de Río de Oro, ***amplía*** la acción y dice: "estoy pidiendo que no se me obligue a aceptar un traslado a zona rural que implica soportar horas de sol con la consecuente agravación de mi problema de salud. Además, demuestro que mi traslado a la zona rural es ilegal porque viola el Estatuto Docente, estoy pidiendo que se me mantenga como docente en el Colegio Sagrado Corazón de la Zona urbana del municipio".

- El 10 de abril el Juez Penal Municipal admite la solicitud e inicia el trámite de la acción.

- El 21 de abril de 1995 se profiere sentencia negando la acción de tutela.

- El 24 de abril, en término, la accionante "apela", o sea impugna.

- El 28 de abril se concedió el recurso y se dispuso enviar el expediente "al Juzgado Unico Laboral del Circuito de Aguachica".

- El Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica recibió el expediente y pronunció sentencia el 2 de junio de 1995 confirmando lo decidido por el a-quo.

II. ASPECTOS JURIDICOS.

1. Los jueces de circuito son jueces constitucionales tanto de primera como de segunda instancia.

Pueden conocer a PREVENCION en la primera instancia (art. 37 decreto 2591 de 1991). El Juzgado Penal del Circuito de Aguachica tiene jurisdicción en Río de Oro luego ha debido conocer de la tutela que allí instauró Danny Durán. No tenía discrecionalidad para remitir la solicitud a Río de Oro con la peregrina tesis de que en este último municipio hay Juzgados.

2. La anterior razón implicaría una presunta falta de competencia por parte del Juzgado Penal Municipal de Río de Oro, pero ocurre que, haciendo uso del artículo 17 del Decreto 2591/91, el Juez de Río de Oro previno a la solicitante para que corrigiera su solicitud y Danny María Durán no solo aclaró sino que ***amplió*** la solicitud de tutela y lo hizo ante el Juzgado Penal Municipal de Río de Oro, luego, con fundamento en los principios de celeridad y eficacia que infunden la tutela, se considerará esa ampliación como expresión de la facultad que tiene el interesado para escoger el Juez de Tutela con sujeción al factor territorial (lugar donde se cometió la violación). Quedo así subsanado el problema surgido por la competencia para la primera instancia.

3. Pero, ocurre que surgió otro problema en cuanto al Juez de Segunda instancia, éste si insubsanable.

El artículo 32 del Decreto 2591/91 dice que el Juez remitirá el expediente al "superior jerárquico correspondiente".

Y, el expediente se remitió al juez laboral que no es superior jerárquico del Juez Penal Municipal.

El factor objetivo (naturaleza del tema, en este caso laboral) no opera en la tutela.

Para esta situación de la Segunda instancia tiene cabida la competencia funcional: el superior jerárquico del Juez Penal Municipal es el Juez Penal del Circuito.

La incompetencia funcional *no* es subsanable (art. 144, último inciso, C.P.P.).

Es, pues, nula la actuación a partir del auto del 28 de abril de 1995 que ordenó remitir el expediente al Juez Laboral y así habrá de decidirse.

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

RESUELVE:

Primero- DECLARASE la nulidad de lo actuado a partir del auto de 28 de abril de 1995 que ordenó remitir el expediente al Juzgado Unico Laboral del Circuito de Aguachica.

Segundo.- Regrese al expediente al Juzgado Penal Municipal de Río de Oro para que ordene la remisión (para trámite de la impugnación) al Juez competente según se indicó en la parte motiva a fin de que éste tramite la segunda instancia.

Tercero.- Una vez tramitada la segunda instancia y cuando haya llegado a la Corte Constitucional el expediente, éste pasará al despacho del Magistrado Sustanciador para la decisión correspondiente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaría General

AUTO No. 045A
octubre 19 de 1995

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Rechazo/ENRIQUECIMIENTO ILICITO

Se rechaza la demanda por existir cosa juzgada constitucional

Referencia: Expediente No. D-1115

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991.

Actor: Esperanza Espinosa Muñoz

Magistrado Sustanciador: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

1. Se observa que, mediante fallo proferido el treinta (30) de marzo de 1993, la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2266 de 1991.

   En esa ocasión esta Corporación sostuvo:

"Artículo 10° del Decreto 2266 de 1991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989.

El Decreto 1895 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1989. En el artículo 1° de dicho Decreto, incorporado por la norma revisada, dice:

Artículo 1°: *El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.*

La expresión "de una u otra forma", debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

Es conforme con la Constitución el artículo transcrito por disposición de los artículos 34 (extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, 58 (función social de la propiedad) y 83 de la Carta Política (principio de la buena fe)".

Por lo anterior, en la parte resolutiva del fallo referido la Corte concluyó:

"...Declarar EXEQUIBLE el Decreto 2266 de 1991, con excepción de las expresiones "intendente", "comisario", "suplente", "concejos" Intendenciales" "Concejos Comerciales", "Subdirector Nacional de Orden Público" y "Director Seccional de Orden Público", por las razones expuestas en esta sentencia".

2. En consecuencia, *SE RECHAZA* la demanda por existir cosa juzgada constitucional, según lo dispuesto en los artículos 243 de la Carta y 6°, inciso final, del Decreto 2067 de 1991.

3. Contra esta providencia procede el recurso de súplica ante la Sala Plena de la Corte Constitucional.

4. En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Sustanciador

AUTO No. 046
octubre 23 de 1995

COMPETENCIA DE TUTELA-Lugar donde ocurrieron los hechos

El Juez competente es el del lugar de la violación, nunca lo es el del lugar donde podría darse la solución, salvo que haya coincidencia territorial entre el lugar de la presunta violación y el de la solución. Al negarse a fallar, el Juez viola el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia y la esencia de la acción de tutela, luego su determinación constituye una nulidad insubsanable.

Referencia: Expediente No. T-77476

Actor: Luis Ramón Castillo

Procedencia: Juzgado Treinta y cinco Penal Municipal de Medellín.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo, ha pronunciado el siguiente:

AUTO

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación 77476.

I ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Carta Política y 33 del Decreto No 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela T-77476, que fue asignada por reparto, a la presente Sala de Revisión.

1. Solicitud.

El recluso Luis Ramón Castillo Negrete interpuso acción de tutela contra la dirección de la cárcel de Bellavista en Medellín, por cuanto lleva en la cárcel de Bellavista 7 meses "pasando necesidades económicas, durmiendo a la intemperie de un pasillo y sin la visita de mi familia", pide que se lo traslade a Montería donde se hallan sus familiares.

2. Decisión.

El Juzgado 35 Penal Municipal de Medellín, el 18 de julio del presente año resolvió no dictar sentencia, declarándose incompetente para conocer de la acción con base en esta tesis:

"En casos similares y en anteriores oportunidades, se había recurrido a lo dispuesto en el art. 37 del decreto 2591/91 al considerar que por jurisdicción competía decidir la acción de tutela a los Juzgados Penales Municipales de Santafé de Bogotá D.C.; más sin embargo en esta ocasión se obrará conforme al criterio expuesto por el Tribunal Superior de la capital en la que atendiendo el concepto de la H. Corte Suprema de Justicia, aclaró que en eventos como éstos, como el funcionario ante quien se instaura el amparo tutelar, no es el competente, debe rechazarla y ordenar su devolución al actor para que este lo dirija ante cualquiera de los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales que dieron origen a la solicitud, en razón a que la norma citada autoriza al accionante para que escoja entre los jueces a cual de ellos le formula la petición.

No se hará entonces ningún pronunciamiento de fondo sobre el asunto, porque este despacho no puede oficiosamente atribuir competencia a los Jueces Penales Municipales de Santafé de Bogotá, ya que de un lado es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de dicha localidad quien está facultado por la ley 65/93, art. 73 y ss. para resolver lo pertinente en relación con el traslado; y de otro, por que de existir violación o amenaza de algún derecho fundamental, es precisamente allá donde debe ventilarse la presente acción de tutela, previa demanda del interesado.

Lo anterior significa que este despacho se declarará incompetente y ordenará devolver la solicitud al accionante para que escoja la autoridad judicial que en la capital de la República deba conocer de la acción."

3. Tema Jurídico.

La acción de tutela, en Colombia, no admite el rechazo IN LIMINE. El Juez, si es competente, debe proferir fallo, si no tiene competencia, tiene que remitir el expediente al que sí la tiene y no ordenar, como en el presente caso, que se le entregue la solicitud al interesado.

En varias oportunidades la Corte ha repetido lo que a continuación se transcribe:

*"**Análisis de competencia en las instancias judiciales anteriores.***

El art. 29 de la Constitución establece que: " El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas." También señala que: " Nadie podrá ser juzgado

sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". En nuestro sistema jurídico, este artículo consagra la razón de ser del derecho procesal y lo eleva a una categoría constitucional, con el fin de dar cumplimiento al llamado principio de legalidad de los procesos judiciales y garantizar así, la justicia y la igualdad general en todas las actuaciones adelantadas ante la jurisdicción.

Es por esto que "la observancia de las formas procesales no es un fin en sí mismo. Estas, son constituidas por el legislador, únicamente porque" incrementan "las posibilidades de que el proceso pueda alcanzar la meta hacia el cual tiende, o sea, la justicia de la decisión la cual es instrumento del proceso." [1]

En este orden de ideas debe resaltarse, que las actuaciones de tutela también se ajustan a los aspectos de tipo formal consagrados en el decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las consideraciones hechas por esta Corte sobre la relevancia de lo sustancial frente a lo formal en muchos casos específicos.

Respecto de la competencia relativa a la acción de tutela, el inciso primero del artículo 37 del decreto anteriormente señalado, reza lo siguiente:

"Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud."

En otras palabras, el tema específico de la competencia en esta materia, está determinado por el lugar en que ocurre la violación o la amenaza del derecho fundamental que debe ser protegido; es decir el lugar en donde efectivamente ocurrió la vulneración y el perjuicio, y no necesariamente el lugar en donde éste tuvo alguna de sus etapas previas (p. ej. pago de recibo para publicación). La competencia depende fundamentalmente del tipo de derecho violado y del ámbito en que se desarrolla, que debe estar ligado plenamente a la persona y a la relevancia de su dignidad humana.

Adicionalmente, el criterio con que conoce el juez de tutela competente, es "a prevención", lo cual conlleva la exclusión de otros jueces igualmente aptos para resolver, una vez han recibido la diligencia, "por habérseles anticipado en el conocimiento de ella". [2] *En consecuencia, un juez competente, al recibir el proceso en primera instancia, debe necesariamente proseguir con él en razón de la celeridad y eficacia del procedimiento de tutela, y así garantizar también la prosperidad de un posible fallo de segunda instancia.*

Al respecto la Corte ha señalado en la sentencia T-242 del 23 de junio de 1993, que:

---

1 Adolfo Gelsi Bidart. De las Nudalidades de los Actos Procesales. Editorial Amalio Fernández, Montevideo, 1981.

2 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

"(...) la propia norma legal ordena que la competencia para conocer de las acciones de tutela se radique "a prevención" en los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaron la presentación de la solicitud. Ello significa que, definido el juez o tribunal al que corresponde decidir, excluye a los demás en la definición del asunto, sin perjuicio de la segunda instancia, también predeterminada por el legislador pues debe tramitarse al superior jerárquico correspondiente".

En consecuencia, debe resaltarse que la definición a la que hace referencia el párrafo anterior, deviene necesariamente de la ley. Por ello, no es posible que el juez de tutela se desprenda de un proceso que es de su conocimiento oficiosamente, ya que las asignaciones de competencia no son dispositivas, sino estrictamente de orden público, y en el caso de la acción de tutela, conferidas al tenor del art. 37 del decreto 2651 de 1991.

Así las cosas, en el caso sub-examine, los falladores de primera y segunda instancia, realizaron una indebida interpretación de este artículo, en razón a que el Juez 5o civil de circuito de Bucaramanga consideró como lugar de la violación o amenaza del derecho, el territorio en que se llevó a cabo el pago de la publicación del artículo en comento; sin tener en cuenta que la violación o amenaza de un derecho al buen nombre y a la honra, ocurre precisamente en el lugar donde la persona es reconocida por la colectividad y donde necesariamente tiene la buena o mala fama que le acredita, salvo en el evento señalado en el art. 37 respecto a los medios de comunicación, cuyo ámbito puede superar las fronteras de la esfera personal del individuo. Por consiguiente, en este caso relativo a una acción de tutela contra el particular que pagó el aviso, mal haría un funcionario en considerar como competente a un juez distinto al del lugar de la violación, si la vulneración del derecho se produce en el lugar donde la accionante vio afectada la consideración de los demás hacia ella, que en este caso corresponde a Bucaramanga, como lo confirma la misma demandante, al entablar allí la presente acción de tutela y ser éste el asiento principal de sus negocios, el lugar en donde vive, y también el lugar en donde se adelantó el proceso ejecutivo en su contra.....

Así, las cosas nos encontramos frente a un evento de nulidad de las actuaciones de primera y segunda instancia de la acción interpuesta por la señora Rosa Eugenia Serpa Duarte, y como la Corte no es un juez de tutela sino de Revisión para examinar los procesos sobre los cuales se ha fallado, debe concluirse que previo al pronunciamiento de esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional debe surtirse de nuevo el proceso ante el juez 5o Civil del circuito de Bucaramanga, para que de esta forma se le dé una correcta aplicación al caso concreto de los preceptos constitucionales y legales, previa notificación a las personas que instauraron la tutela."

En la sentencia transcrita se dijo, y no podía llegarse a otra posición, que el Juez competente es el del lugar de la violación, nunca lo es el del lugar donde podría darse la solución, salvo que haya coincidencia territorial entre el lugar de la presunta violación y el de la solución.

En el presente caso el detenido Castillo señala hechos concretos ocurridos en la cárcel de Bellavista, en Medellín (allí lo tienen padeciendo, según su versión), luego el Juez constitucional competente es el de Medellín que A PREVENCION, fue señalado por el interesado como el Juez Penal Municipal.

Al negarse a fallar, el Juez viola el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia y la esencia de la acción de tutela, luego su determinación constituye una nulidad insubsanable.

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

RESUELVE:

Primero.- DECLARASE la nulidad de lo actuado a partir de la providencia del 18 de julio de 1995 proferida por el Juzgado 35 Penal Municipal de Medellín.

Segundo.- DEVUELVASE el expediente al referido Juzgado para que pronuncie sentencia en la acción de tutela instaurada por Luis Ramón Castillo Negrete.

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. 047
octubre 23 de 1995

ACCION DE TUTELA-Improcedencia de la cesación

El Juez no podía cesar la acción de tutela, sino fallar, como no lo hizo sí violó el debido proceso.

Referencia: Expediente No. T-75905

Peticionarios: Helena García.

Procedencia: Juzgado Quince Laboral de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado el siguiente

AUTO

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-75905 adelantado por Helena García.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

1. Helena García Parodi, por intermedio de apoderada, instauró tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social, invocando presunta violación al derecho de petición.

2. El 16 de junio de 1995, el Juez de tutela (15 laboral del Circuito de Bogotá resuelve "CESAR la presente acción de tutela, conforme a lo expuesto en las anotaciones de esta providencia, al tenor de lo preceptuado por el art. 26 del Decreto 2591 de 1991".

3. En los considerandos se dice que la tutela se interpuso para que se diera solución a la petición de sustitución pensional, pero que según informa la Caja se trata de una reliquidación pensional. De ahí colige el Juzgado que se debe aplicar el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991.

2. Tema procesal.

En oportunidades anteriores, tanto en autos cono en sentencia que reproduce lo dicho en aquéllos, la Corte ha precisado el alcance del artículo 26 del decreto 2591 de 1991, en estos términos:

"Según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia únicamente son sentencias las decisiones que conceden la tutela cuando han sido vulnerados o amenazados derechos fundamentales, o aquellas que niegan el amparo solicitado, por encontrarlo improcedente o inconducente. Pero, según la Corte Suprema de Justicia, ello no ocurre cuando se da aplicación al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 -como en este caso- ya que esa norma establece que "si estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y costas, si fueren procedentes". Por consiguiente, concluye esa alta Corporación, cuando no hay lugar a declarar fundada la tutela para conceder la indemnización, entonces la providencia que se dicte no es un fallo, pues ella solamente es una "declaración de cesación de procedimiento por haber desaparecido la causa que motivó la acción, y no la negación del amparo solicitado".

La Corte Constitucional no comparte el criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, puesto que esta Corporación ya ha establecido, en decisiones anteriores, que el resultado natural de toda demanda de tutela es el fallo que pone fin a la acción, luego de que el juez ha examinado, con criterios de justicia material, el fondo del asunto. Esto se desprende no sólo de la naturaleza misma de la tutela, como procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales de las personas (CP art. 86) sino, además, de los principios constitucionales del acceso a la justicia (CP art. 229) y la prevalencia del derecho sustancial sobre las ritualidades procesales (CP art. 228). Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que

"De acuerdo con la naturaleza de la acción establecida por el artículo 86 de la Carta, toda demanda de tutela instaurada ante los jueces de la República debe ser admitida, tramitada y fallada dentro del término constitucional. Es decir, al culminar el procedimiento preferente y sumario previsto en la Constitución, el peticionario debe recibir respuesta acerca de si su derecho fue amparado y, en caso de no haberlo sido, sobre los motivos que asistieron al juez para negarlo[1]."

---

1 Sentencia T-034 del 2 de febrero de 1994. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

A partir de lo anterior, y de acuerdo a la normatividad que rige esta acción, la Corte Constitucional considera que la única excepción al principio según el cual toda demanda de tutela debe conducir a un fallo de fondo es la consagrada por el artículo 17 del decreto 2591/91. Y es una excepción totalmente razonable, pues es natural que el juez pueda rechazar de plano la solicitud, en caso de que no pueda determinarse la razón que la motiva y el demandante no la corrija oportunamente. En todos los otros eventos, la demanda de tutela debe conducir a una decisión de fondo, esto es, a un fallo que conceda o niegue la petición puesto que, como lo señala parágrafo del artículo 29 del decreto 2591/91, la decisión que ponga fin al trámite no puede ser inhibitoria.

En ese orden de ideas, aquellas providencias que se dictan con base en el artículo 26 del mencionado decreto, esto es por cesación de la acción impugnada, también constituyen fallos. En efecto, el tenor literal de la norma no ordena, en manera alguna, que el juez de tutela deba terminar su actuación por medio de una providencia particular diferente a un fallo.

Para ello basta con analizar lógicamente la estructura del mencionado artículo. Este establece la siguiente hipótesis normativa: que esté en curso una tutela y que se dicte una resolución administrativa o judicial que haga cesar la actuación impugnada. A esa hipótesis, el artículo atribuye la siguiente consecuencia jurídica: que en tal caso, el juez debe declarar fundada la solicitud, esto es conceder la tutela, "únicamente para efectos de indemnización y costas, si fueren procedentes". Contrario senso, la norma está diciendo que se declarará infundada la solicitud, esto es, el juez negará el amparo, si cesa la actuación impugnada y no procede la indemnización y el pago de costas.

En síntesis, conforme al tenor literal del artículo 26 del decreto 2591/91, lo que cesa es la actuación impugnada y no la actuación del juez de tutela. Es cierto que debido a tal interrupción, el juez debe negar la tutela, por carencia de objeto, ya que si la situación ha sido corregida de manera favorable al petente "obviamente no tendría sentido conceder la tutela para impartir la orden de que se produzca un hecho que ya sucedió"[2] *Pero como es natural, el juez toma esa determinación por medio de una decisión que pone fin al proceso de tutela, esto es, por medio de un fallo.*

Pero no son sólo las anteriores consideraciones lógicas y literales las que llevan a la Corte Constitucional a concluir que estas decisiones son verdaderos fallos, y por ende impugnables. Un análisis sistemático y valorativo conduce a idéntico resultado.

Desde el punto de vista sistemático, la interpretación de la Corte Suprema de Justicia conduce al siguiente resultado paradógico. Cuando no existe ningún fundamento para conceder una tutela, porque no ha habido ninguna acción u omisión que haya puesto en peligro o vulnerado un derecho fundamental, el actor tiene de todos modos derecho a impugnar la decisión de primera instancia que niega la tutela. En cambio, cuando

---

2 Corte Constitucional. Sentencia No T-081/95. MP Antonio Barrera Carbonell.

la solicitud inicialmente tenía fundamento, porque efectivamente se estaba vulnerando un derecho fundamental, pero durante el trámite de la tutela cesa la actuación impugnada, entonces el actor no tiene el derecho a impugnar la decisión.

Esta diferencia de trato no sólo no parece razonable sino que plantea inmediatamente el problema valorativo de fondo, el cual está relacionado con el sentido mismo de la impugnación de los fallos de tutela. En efecto, este recurso busca permitir que las partes intervinientes que no han sido favorecidas por la decisión adoptada, o no se encuentran satisfechas con ella, puedan acudir ante el superior jerárquico para que éste estudie nuevamente el caso. Ahora bien, es muy posible que las partes intervinientes en una tutela no se encuentren conformes con una decisión tomada con base en el artículo 26 del decreto 2591/91. Así, como en este caso, el petente puede considerar que la actuación irregular no ha finalizado, o sólo ha terminado parcialmente, o que el pretendido cese de la actuación en realidad ha agravado la vulneración de sus derechos. En todos estos eventos, el actor puede considerar que sus derechos fundamentales siguen siendo vulnerados o amenazados, por lo cual es necesario que el juez tutele sus derechos. Y la vía procesal con que cuenta para lograr tal resultado es la impugnación de la decisión de primera instancia, puesto que no puede presentar otra tutela respecto de los mismos hechos y derechos, ya que ello podría configurar una acción temeraria, conforme al artículo 38 del decreto 2591 de 1991.

De otro lado, también la persona o la autoridad contra quien se hubiere dirigido la solicitud puede encontrar insatisfactoria la decisión, puesto que puede considerar que nunca hubo, de parte suya, una actuación que hubiera vulnerado o puesto en peligro un derecho fundamental del petente. Por consiguiente, para este sujeto procesal es injusta una decisión en la cual, si bien no se le imparte ninguna orden, muy probablemente se le previene, bajo los apremios de ley, para que no efectúe ciertos actos u omisiones que él considera perfectamente regulares. Es pues legítimo que este sujeto procesal pueda impugnar también la decisión de primera instancia.

En síntesis, la Corte Constitucional considera que la interpretación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con discutibles distinciones procesales, deja entonces a esas personas intervinientes indefensas, y de esa manera les vulnera su derecho a impugnar el fallo de tutela, que es un derecho constitucional, tal y como esta Corte ya lo ha establecido[3]*. Es pues necesario recordar que los jueces, en sus actuaciones deben evitar procesalizar la Constitución, puesto que dé lo que se trata en un Estado social de derecho como el colombiano (CP art. 1°) es de constitucionalizar el procedimiento, ya que ello es la consecuencia lógica de los fines y valores que consagra la Carta, y en particular de los principios relativos a la efectividad de los derechos y deberes constitucionales (CP art. 2°), al acceso a la justicia (CP art. 229) y a la prevalencia del derecho sustancial (CP art. 228).*

---

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-034/94 del 2 de febrero de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

Para la Corte Constitucional no hay pues ninguna duda de que las providencias por medio de las cuales un juez de tutela da por terminado el trámite de la misma, con base en el artículo 26 del decreto 2591/91, son materialmente fallos, sin importar la forma y denominación que el juez les dé. Por consiguiente esas providencias no sólo son impugnables sino que, además, deben ser remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Es más, en tales casos, esta Corporación considera que la decisión procesalmente correcta es negar la tutela por improcedente, en vez de declarar la "cesación de procedimiento", por cuanto esa expresión puede generar equívocos, ya que se puede considerar que se trata de una providencia diferente al fallo que pone fin al trámite de la tutela.

Por todo lo anterior, esta Corporación procedió a anular la decisión por la cual la Corte Suprema se inhibió de conocer la impugnación presentada por el petente. Entra entonces la Corte Constitucional a analizar el fondo de la petición del actor.

Se reitera lo expresado en dicha providencia. En conclusión, el Juez no podía cesar la acción de tutela, sino fallar, como no lo hizo sí violó el debido proceso.

En consecuencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- DECLARASE la nulidad de la providencia que ordenó CESAR la acción.

Segundo.- DEVUELVASE el expediente al Juez 15 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá para que profiera fallo de fondo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD
1995
OCTUBRE

SENTENCIA No. C-444
octubre 4 de 1995

POLICIA NACIONAL-Naturaleza civil

La Policía Nacional se distingue de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial.

FUERO PENAL MILITAR PARA MIEMBROS DE LA POLICIA

Fue inequívoca la voluntad del constituyente, en el sentido de aplicar el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que cometan en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. El Constituyente de 1991 fue consciente de la "zona gris" a la que ha hecho alusión la Corte, situada en los límites entre lo militar y lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales. Los miembros de la policía nacional y de las fuerzas militares tienen un fuero especial de carácter penal conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo o en relación con el mismo servicio.

NORMAS CONSTITUCIONALES-Incongruencia/**REFORMA CONSTITUCIONAL**-Procedencia/**PRINCIPIO DE ARMONIZACION/INTERPRETACION SISTEMATICA**

Existe una incongruencia de caracter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, esta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y ss. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. Ante casos como éste la Corte debe dar aplicación al denominado "principio de armonización", para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el

asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aún ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218 ibidem que consagra el carácter civil de la Policía Nacional.

TEORIA DE LAS ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES/NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

La teoría alemana de las "antinomias constitucionales", que considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, no tiene cabida en este proceso, pues ella se funda en la jerarquía entre disposiciones constitucionales (v.g. supremacía de normas dogmáticas sobre normas orgánicas), y está destinada a aplicarse sólo en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización.

PRINCIPIO DE ARMONIZACION-Utilización de lógica formal

En cuanto atañe al argumento de la demanda según el cual el fuero penal militar para los miembros de la policía, desconoce la prohibición del último inciso del artículo 213 de la Constitución Política, que prescribe: "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar", disposición que, según el actor, es especial frente a la norma general del fuero militar del artículo 221, considera la Corte que justamente de la confrontación de esas dos disposiciones, surge la regla de armonización. En efecto, la relación lógica entre los dos preceptos es la inversa de la propuesta en la demanda: pues mientras que en el artículo 213 se utiliza un cuantificador universal negativo ("ningún"), en el 221 se regula un caso específico exceptivo (en lógica formal, se afirmaría que "existe" un caso particular afirmativo). La relación entre las dos normas es de regla-excepción, de tal forma que tanto el artículo 213 como el 218, deben ser interpretados de manera armónica con la excepción contenida en el artículo 221. Si bien una primera aproximación, guiada por el sentido aislado de las palabras, puede indicar una contradicción en el texto de la Constitución, la labor del intérprete deja clara la posibilidad de armonizar las normas aludidas.

JUEZ NATURAL EN PROCESOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA

El "juez natural" es aquél que la Constitución o la ley han instituido para conocer de determinados asuntos; en el caso de debate, el "juez natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos aludidos, está expresamente establecido en la mencionada disposición constitucional, y lo son, las cortes marciales o tribunales militares.

JUZGAMIENTO DE CIVILES Y MIEMBROS DE LA POLICIA-Inexistencia de trato diferente

El trato diferente entre el juzgamiento de los civiles y los miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos en servicio activo, y en razón de éste, no proviene de las normas acusadas sino del fuero establecido en el artículo 221 de la Constitución Política. Ante esta circunstancia no puede la Corte, sin desconocer la misión a ella encomendada por el artículo 241 de la

Carta y la supremacía normativa de los textos constitucionales, entrar a juzgar la objetividad y razonabilidad de una diferencia de trato establecida por el propio Constituyente; situación distinta se presentaría si no fuera la Constitución sino la ley quien la estableciera.

OBEDIENCIA DEBIDA-Inexistencia en el caso de miembros de la Policía/**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**-Inexistencia

Aquí se trata del juzgamiento de miembros de la Policía Nacional, quienes al tenor de lo dispuesto en el artículo 91 de la Constitución Política no están sujetos a la obedicencia debida, como sí acontece con los militares y, por tanto, su responsabilidad no recae sobre el superior que dio la orden, sino que cada uno responde por sus propios actos; segundo, porque esta misma razón impide que la imparcialidad en el desempeño de la función de administrar justicia se vea alterada, de manera que bien puede asignarse el juzgamiento, en primera instancia, de los delitos cometidos por ciertos miembros de la institución policial en ejercicio del servicio o por razón del mismo, a algunos de sus superiores jerárquicos como los que se señalan en las normas acusadas; y tercero, porque contra la providencia dictada por el fallador de primera instancia en procesos penales militares, procede el recurso de apelación o la consulta ante el Tribunal Superior Militar y en los casos señalados taxativamente por el legislador el recurso de casación y revisión ante la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Luego, frente a tantas oportunidades de reexamen de los procesos penales militares por parte de autoridades distintas, mal podría arguirse la violación del principio de imparcialidad.

Referencia: Expediente No. D-869

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 del Decreto-ley 041 de 1994 y los artículos 14 parcial, 352, 353, 354 y 355 del Decreto-ley 2550 de 1988.

Demandante: Domingo Banda Torregroza

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).
Acta No. 44

1. ANTECEDENTES

El ciudadano DOMINGO BANDA TORREGROZA en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexequibles el artículo 114 del Decreto-ley 041 de 1994 y los artículos 14 (parcialmente), 352, 353, 354 y 355 del Decreto-ley 2550 de 1988, por infringir el Preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 29, 113, 116, 213 y 221 de la Constitución Política, como también los artículos 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 8 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales establecidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

2. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Decreto-ley 041 de 1994

*"Artículo 114. **Fuero penal militar.** De conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política, los oficiales, suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en servicio activo, que cometan delitos en relación con el mismo servicio, serán juzgados por las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar."*

Decreto-ley 2550 de 1988

*"Artículo 14. **Principio.** Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. **También se aplicarán a los oficiales, suboficiales, y agentes de la Policía Nacional.**" (La frase resaltada es la acusada).*

*"Artículo 352. **Director de la Policía Nacional.** El director de la Policía Nacional conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales generales de la institución, comandantes de departamento de policía, directores de las escuelas de formación, capacitación y técnicas."*

*"Artículo 353. **Inspector General de la Policía Nacional.** El Inspector General de la Policía Nacional conoce en primera instancia, de los procesos penales militares contra los oficiales superiores y subalternos de la Policía Nacional, suboficiales y agentes de la Dirección Nacional del Policía, suboficiales y agentes de la Dirección Nacional de la Policía y de la inspección general, y contra oficiales, suboficiales y agentes, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juez."*

*"Artículo 354. **Comandantes de Departamento de Policía.** Los comandantes de departamento de policía conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra suboficiales y agentes de la respectiva unidad."*

*"Artículo 355. **Directores de Escuelas de Formación, Capacitación y Técnicas.** Los directores de escuelas de formación, capacitación y técnicas conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra suboficiales, alumnos y agentes de sus respectivas escuelas."*

3. LA DEMANDA

El demandante fundamenta la acusación contra las normas transcritas, en dos argumentos centrales: por una parte, considera que la extensión del fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos cometidos en servicio activo y por razón del mismo, contraría la naturaleza civil que expresamente le otorgó el Constituyente a esta institución en el artículo 218 de la Constitución Política; y por otra parte, sostiene que las disposiciones atacadas en la deman-

da desconocen el derecho al debido proceso, particularmente en lo que se refiere al principio del juez natural.

El primer argumento, según el cual "la función de policía, el cuerpo armado de policía y sus miembros o integrantes, tienen naturaleza y finalidad civiles, máxime en un Estado Social de Derecho, democrático y participativo", es respaldado por el demandante en razones de orden constitucional, jurisprudencial, lógico-formales e históricas. En cuanto a las primeras, se limita a citar el texto del artículo 218 de la Constitución Política, que define a la Policía Nacional como "un cuerpo armado permanente de naturaleza civil".

En relación con las motivaciones de orden jurisprudencial, el actor cita algunos apartes de la sentencia C-024 de 1994 proferida por esta Corporación, en la que se hizo una distinción entre la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, indicando que en la primera hay ausencia de disciplina castrense, su naturaleza es civil y el uso del poder de policía está limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que se derivan de la finalidad específica de la Institución; principios que, según el demandante, son incompatibles con la existencia de una jurisdicción especial con competencia para conocer de los procesos penales militares contra miembros de la Policía Nacional, ya que la extensión del fuero militar a este tipo de procesos crea una asimilación entre lo policivo-civil y lo militar-castrense, que la Corte en el fallo precitado desechó al efectuar tal distinción.

En lo que respecta a las razones de tipo lógico-formal, manifiesta el demandante que no es posible afirmar simultáneamente, sin caer en contradicción, que la Policía Nacional es un cuerpo de naturaleza civil y que sus miembros no son civiles; en consecuencia, considera que esta es la conclusión que se debe extraer de las normas constitucionales que le asignan a la Policía Nacional carácter civil y de la existencia de un fuero penal militar para los miembros de la institución.

Así mismo, aduce el actor que la inconstitucionalidad de las normas en cuestión puede ser colegida, también, desde una perspectiva histórica, puesto que la inclusión de la Policía Nacional dentro del conjunto de las Fuerzas Armadas fue producto del golpe militar del 13 de junio de 1953 a raíz del cual se expidió el decreto legislativo 1814 del mismo año, donde se ordenó dicha integración; régimen que no puede mantenerse en una situación histórica completamente diferente, como la surgida tras la expedición de la Constitución de 1991 que está inspirada en principios democráticos, como en las naciones occidentales desarrolladas que han establecido un régimen jurisdiccional ordinario para los procesos que se adelanten contra los miembros de la fuerza de policía.

En su segundo argumento, el actor sostiene que las normas acusadas violan el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, particularmente el principio del juez natural, pues la jurisdicción competente para conocer de los delitos cometidos por los civiles es la justicia ordinaria, y por ende, el artículo 213 de la Constitución, que establece en su inciso final que "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar." Esta norma, según el demandante, es especial y priva sobre la consagrada en el artículo 221 de la Carta, que trata sobre el fuero militar para los miembros de la fuerza pública y, por tanto, su aplicación es preferente. Igualmente, considera que se viola el artículo 113 de la Constitución, en cuanto a través de las normas objeto de examen se acumulan en cabeza de

miembros de la Policía Nacional funciones administrativas y judiciales, y el artículo 116 de la misma, que autoriza ejercer la justicia penal militar sólo a los militares.

El alegado desconocimiento del derecho al debido proceso implicaría también, para el actor, una violación del orden público internacional, plasmado en el *ius cogens*, y de los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que protegen dicho derecho.

Por último, el demandante hace una distinción entre la expresión "fuerza pública" utilizada por el Constituyente en el artículo 216 de la Carta, para señalar su conformación, y la "Fuerza Pública" contenida en el artículo 221 que se refiere al fuero militar, pues considera que el uso de mayúsculas en una disposición y el de minúsculas en la otra, significa que tienen un sentido distinto, y en consecuencia, dicha expresión en el artículo 221 tiene un sentido restringido para asignar el privilegio del fuero militar sólo a los miembros de las Fuerzas Militares, más no a los de la Policía Nacional.

Termina el actor haciendo una invitación a la Corte para que interprete las normas constitucionales en conflicto de manera sistemática y no en forma aislada, interpretación que debe consultar los principios del Estado Social de Derecho consagrados en los artículos 1 y 2 de la Constitución; además, pide que se analice el tema de las "antinomias constitucionales" o normas de la Carta que funcionalmente se convierten en inconstitucionales, haciendo primar el derecho al debido proceso y la naturaleza de la institución policial, sobre el texto de otras normas constitucionales que permiten aplicar el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional.

4. INTERVENCION CIUDADANA

4.1. El Ministro de la Defensa Nacional presentó ante la Corte un escrito en el que expone las razones que, en su criterio, sustentan la constitucionalidad de las normas acusadas. Ellas son, en síntesis, las siguientes:

4.1.1. El artículo 116 de la Constitución Política consagra expresamente la justicia penal militar, que cobija tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas como a los de la Policía Nacional de acuerdo con lo estatuído en los artículos 216 y 221 ibidem, pues la fuerza pública comprende tanto a ésta como a aquéllas, al paso que en el artículo 221 se otorga el fuero penal militar, en general, a los miembros de la fuerza pública, sin hacerse salvedad alguna respecto de la Policía Nacional.

4.1.2. Los artículos 219, 220 y 222 del Estatuto Superior corroboran tal afirmación, toda vez que establecieron un régimen uniforme para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en lo que toca con el carácter no deliberante, la reserva legal respecto de la privación de grados, honores y pensiones, así como la promoción profesional, cultural y social; disposiciones que se aplican a todos los miembros de la fuerza pública, y que junto con el artículo 221, relativo al fuero penal militar, revelan el querer inequívoco del Constituyente de establecer un régimen común para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en estas materias. La interpretación propuesta por el demandante, según el Ministro, llevaría al absurdo de considerar que los miembros de la Policía son civiles, en tanto no pueden gozar de fuero penal militar, pero no son ciudadanos, pues no pueden deliberar políticamente (art. 219 C.N.).

4.1.3. De acuerdo con los principios establecidos por la jurisprudencia de esta Corte expuestos en la sentencia C-453/94, las normas acusadas son compatibles con el texto constitucional, pues allí se aceptó la existencia de una "zona gris" entre las nociones de seguridad y defensa y, por tanto, entre las instituciones militares y las de policía. Esta ambivalencia obedece a las particulares condiciones de orden público de nuestro país, cuyos factores de violencia afectan indiscriminadamente la seguridad nacional y los derechos de los ciudadanos, haciendo coherente la atribución de un régimen similar para toda la fuerza pública, sin hacer diferenciación alguna en materia de fuero penal entre la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. Así mismo, sostiene el Ministro que en la sentencia C-141 de 1995, esta Corporación aceptó la existencia de la Justicia Penal Militar, sujeta en su funcionamiento a los principios constitucionales.

4.2. El Director General de la Policía Nacional presentó por escrito los motivos que, en su opinión, deben conducir a que la Corte declare la exequibilidad de las normas acusadas, los cuales se resumen así.

4.2.1. El otorgamiento de un fuero especial para el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, obedece a una decisión consciente del Constituyente, basada en las condiciones en que el servicio de policía es desarrollado dentro de la realidad nacional; a éstas obedece, por demás, la asimilación hecha por el legislador entre Fuerzas Militares y Policía Nacional en relación con el orden jerárquico (artículo 3 del Decreto 41 de 1994), con la disciplina y la tutela común del Ministerio de Defensa (artículos 9 y 10 de la Ley 62 de 1993), y con la responsabilidad en el cumplimiento de órdenes de un superior (artículo 8 del Decreto 2584 de 1993).

4.2.2. Las normas acusadas no desconocen el derecho al debido proceso porque, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-141 de 1995, la justicia penal militar está sujeta a los principios establecidos en la Constitución Política, entre los que se encuentra dicho derecho fundamental y, en consecuencia, el juez natural determinado por el Constituyente para conocer de los casos previstos en el artículo 221 de la Carta, es precisamente el perteneciente a la jurisdicción penal militar.

5. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 633 del 22 de mayo de 1995, en el que solicita a la Corte declarar exequibles las normas impugnadas. Dos son las razones centrales de la posición del citado funcionario:

5.1. Por una parte, manifiesta que haciendo un examen de las condiciones históricas en las que se ha llevado a cabo la actividad policiva y de acuerdo con su regulación jurídica, se demuestra que dada la particular coyuntura social colombiana se han acercado los dominios militar y policivo. Y si bien la situación ideal en un Estado de Derecho contemporáneo sería la separación clara entre Fuerzas Militares y Policía, la realidad colombiana ha hecho necesaria una asimilación entre aquéllas y ésta, razón que llevó al Constituyente a establecer expresamente, en el artículo 221 de la Carta, la extensión del fuero penal militar a las conductas delictivas cometidas por miembros de la Policía Nacional en servicio activo y en relación con el servicio.

5.2 El derecho al debido proceso no resulta vulnerado por la existencia de un fuero especial para los miembros de la Fuerza Pública, puesto que la justicia penal militar está obligada a respetar los derechos y principios constitucionales (sent. C-141/95 Corte Constitucional).

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1 Competencia

De acuerdo con el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, es competente la Corte para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra normas que forman parte de decretos expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias.

6.2 Cosa Juzgada

El artículo 114 del decreto 041 de 1994, que en esta oportunidad se acusa, ya fue objeto de pronunciamiento parcial por parte de esta Corporación, concretamente en cuanto se refiere a la expresión "y personal del nivel ejecutivo", la cual fue declarada inexequible mediante la sentencia No. C-417 del 22 de septiembre de 1994, en consecuencia, respecto a dichos términos se ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional y ante esta circunstancia sólo procede ordenar estarse a lo resuelto.

6.3 Formulación del problema

Los dos problemas jurídicos planteados por el demandante pueden ser expresados de la siguiente manera:

6.3.1. ¿La existencia de un fuero penal militar para el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional en servicio activo y en relación con el mismo servicio, atenta contra la naturaleza civil de la Institución?

6.3.2. ¿El juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional por tales delitos y a cargo de las Cortes Marciales o Tribunales Militares, vulnera el derecho al debido proceso, particularmente, en cuanto concierne al juez natural?.

En este mismo orden responderá la Corte.

7. LA NATURALEZA CIVIL DE LA POLICIA NACIONAL Y EL FUERO PENAL MILITAR

7.1. El significado del carácter civil de la policía.

7.1..1. Distinción conceptual entre lo civil y lo militar. Dificultades fácticas en la sociedad colombiana.

El carácter íntegramente civil de la Policía Nacional fue consagrado expresamente por el Constituyente en el inciso 2° del artículo 218 de la Carta, en los siguientes términos:

"La policía nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, *a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz." (resalta la Corte)*

La Policía Nacional junto con las Fuerzas Militares, compuestas por la Armada, el Ejército y la Fuerza Aérea, conforman la denominada "Fuerza Pública". (art. 216 C.N.)

Esta Corporación se ha referido a la naturaleza civil de la Policía Nacional en varias ocasiones, al igual que a su diferenciación con las Fuerzas Militares, la que ha dejado consignada así:

"La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial." (sent. C-024/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En igual sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-453/94 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al señalar las implicaciones que se derivan del carácter civil que la Constitución le ha atribuído a la Policía, estas son:

"a. La misión de la policía es eminentemente preventiva y consiste en evitar que el orden público sea alterado.

"b. El policía es un funcionario civil, que escoge voluntariamente su profesión.

"c. Los miembros del cuerpo de policía están sometidos al poder disciplinario y de instrucción que legalmente le corresponde al funcionario civil ubicado como superior jerárquico."

De otra parte, la Corte también reconoció en la sentencia últimamente citada, que existen algunas dificultades derivadas de condiciones fácticas que impiden hacer la separación aludida, lo que la condujo a señalar que "en la práctica esta división conceptual encuentra limitaciones derivadas del aumento de la violencia social, entre otros factores perturbadores del desarrollo institucional. La existencia de agentes internos de violencia organizada desestabiliza la distinción entre lo civil y lo militar". En otras palabras, la distinción deseable entre estos dos ámbitos, vital en un Estado de derecho, puede verse obstaculizada por la necesidad de responder a fuentes de violencia internas que comprometen tanto el orden constitucional (cuya defensa es fin primordial de las fuerzas militares, según el artículo 217 de la Constitución Política), como las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (que corresponde a la policía nacional, de acuerdo con el artículo 218 de la Carta); "estas circunstancias han determinado la existencia de una especie de 'zona gris' o 'fronteriza' en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa."

7.2. El debate sobre la naturaleza de la policía en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. El fuero penal militar.

La tensión producida por la distinción conceptual entre lo civil y lo militar, por un lado, y las necesidades fácticas de seguridad y defensa en la sociedad colombiana, por el otro, estuvieron presentes durante todas las discusiones sostenidas alrededor del tema de la fuerza pública en la Asamblea Nacional Constituyente.

El debate inicial, llevado a cabo en la Subcomisión IV de la Comisión III, dio como resultado una posición mayoritaria de respaldo a la inclusión de la Policía Nacional dentro del régimen general de la fuerza pública, que fue plasmado en un proyecto de artículo cuyo texto es idéntico al del actual artículo 216 de la Constitución. En el informe final de la Subcomisión IV, se justificó la aprobación de la norma propuesta, así:

"En esta norma se pretende consagrar expresamente la composición de la Fuerza Pública, circunscrita a las Fuerzas Militares en sus tres ramas: Ejército, Armada y Fuerza Aérea, y la Policía Nacional, para evitar la proliferación de organismos armados que se han querido asimilar a ella, tales como el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, Resguardo de Aduanas, Dirección General de Prisiones, etc., que no tienen las mismas exigencias de imparcialidad de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que por esta razón y por sus fines objetivos, se les asigna un fuero especial." (Gaceta Constitucional No. 44 del 12 de abril de 1991, p. 11).

Dentro del mismo informe se hizo referencia al texto del actual artículo 218 de la Constitución, en cuyo inciso segundo define a la policía nacional como "un cuerpo armado permanente de naturaleza civil"; es pues evidente que el constituyente enfrentó la disyuntiva entre la distinción conceptual de lo civil y lo militar, y el mantenimiento de un régimen común para los dos ámbitos, y que la solución adoptada por mayoría fue de tipo intermedio, esto es, se reafirma el carácter civil de la institución *y* se aplican a sus miembros las mismas disposiciones que rigen a la fuerza pública. La fórmula de consenso fue expresada de la siguiente manera en el informe aludido:

"Después de una larga deliberación sobre el tema, se llegó al acuerdo mayoritario, de que la Policía Nacional no puede ser deliberante y tendrá un fuero especial *y debe ser, junto con el Ejército, parte integrante de la Fuerza Pública." (Gaceta Constitucional No. 44, p. 12).*

Fue inequívoca la voluntad del constituyente, en el sentido de aplicar el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que cometan en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. Así lo demuestra el hecho de que la Subcomisión IV haya redactado el texto del actual artículo 221 de la Carta, en similares términos a los consignados en el artículo 170 de la Constitución anterior, reemplazando la expresión "militares" por "miembros de la Fuerza Pública". En dicho informe se encuentra la razón de este proceder:

"Para el estudio de este capítulo (fuero penal militar)...se analizaron detenidamente las propuestas que sobre el tema se presentaron...encontrándose sus textos coincidentes y de acuerdo con el contenido del artículo 170 de la Constitución actual; en consecuencia, se acogió el texto del artículo cambiando el vocablo 'militares' por 'miembros de la Fuerza Pública'". (Gaceta Constitucional No. 44, p. 12).

Las decisiones tomadas en el seno de la Subcomisión IV en relación con la naturaleza de la Policía Nacional, la integración de la fuerza pública y el fuero penal militar fueron respaldadas mayoritariamente durante los debates de la Comisión III y posteriormente aprobadas por la Asamblea. Es interesante recordar que la presunta contradicción entre el carácter civil de la policía y la aplicación a sus miembros del fuero penal militar, fue advertida por el constituyente José Matías Ortiz Sarmiento quien presentó a dicha Comisión una propuesta alternativa sobre el artículo que consagraba el fuero penal militar, en el sentido de aplicarlo sólo a las fuerzas militares, pero no recibió ningún voto de apoyo. (Gaceta Constitucional No. 102 del 19 de junio de 1991. p. 18-20).

En conclusión, el Constituyente de 1991 fue consciente de la "zona gris" a la que ha hecho alusión la Corte, situada en los límites entre lo militar y lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales. Ese régimen intermedio puede ser resumido así:

- Se le asigna a la Policía Nacional el carácter de cuerpo armado de naturaleza civil, cuya misión es eminentemente preventiva y dirigida a mantener "las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (art. 218 C.N.).

- La ausencia en su seno de disciplina castrense determina que la responsabilidad de los miembros de la Policía Nacional, por infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, no pueda ser excusado por la obediencia debida, por cuanto no están sujetos a ella. (art. 91 C.N.)

- Se incluye a la Policía Nacional como parte integrante de la fuerza pública junto con las fuerzas militares, estableciéndose un régimen común para todos en cuanto respecta a su carácter no deliberante (art. 219 C.P.), a la reserva legal sobre la privación de grados, honores y pensiones (art. 220 C.P.), al fuero penal (art. 221 C.P) y a la promoción profesional, cultural y social (art. 222 C.P.).

7.3. El fuero penal militar. Interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales.

El argumento central de la demanda contra las normas acusadas, está fundado en la supuesta contradicción entre varias disposiciones constitucionales, y la interpretación que la Corte debe dar a éstas, la que en criterio del demandante, ha de conducirla a preferir la aplicación de unas -las que establecen el carácter civil de la policía, la prohibición del juzgamiento de civiles por militares y el ejercicio de funciones judiciales por parte de particulares, salvo en los casos establecidos en la ley-, sobre otras -las que consagran un régimen uniforme para las fuerzas militares y la policía, particularmente en materia de fuero penal-, y para solucionar, según él, la "antinomia constitucional" que se presenta considera que debe darse aplicación a unas disposiciones constitucionales, en detrimento de otras.

Las normas de la Constitución que, según la demanda, están en contradicción con el fuero penal militar para los miembros de la policía, establecido en el artículo 221 y desarrollado en las

disposiciones legales acusadas, son: el artículo 113 que consagra la separación de las ramas del poder público, el 116 que señala quiénes administran justicia, y el 218 que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil.

Pues bien: no encuentra la Corte que exista contradicción alguna entre los artículos 113 y 116 del Estatuto Superior frente al artículo 221 y, por el contrario, advierte que estas disposiciones son congruentes. Veamos: el artículo 113 trata sobre las ramas del poder público; el artículo 116 señala cuáles órganos administran justicia, refiriéndose, en primer término, a la denominada justicia ordinaria e incluyendo luego a la justicia penal militar, la que al tenor de lo dispuesto en el artículo 221 constituye una jurisdicción especial, cuya misión principal es conocer de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en desarrollo del servicio o por razón de éste, quedando así contemplada la voluntad del Constituyente de sustraer de la justicia penal ordinaria el juzgamiento de quienes integran tales cuerpos armados, para asignarlo a las Cortes Marciales o Tribunales Militares.

En lo que sí le asiste razón al demandante es en que existe una incongruencia de caracter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil (art. 218 C.N.) y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares (art. 221 C.N.) pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, esta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y ss. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. (art. 374 ibidem).

Ante casos como éste la Corte debe dar aplicación al denominado "*principio de armonización*"[1], para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aún ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218 ibidem que consagra el carácter civil de la Policía Nacional.

De otro lado, cabe aclarar al demandante que la teoría alemana de las "antinomias constitucionales"[2], que considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, no tiene cabida en este proceso, pues ella se funda en la jerarquía entre disposiciones constitucionales (v.g. supremacía de normas dogmáticas sobre normas orgánicas), y está destinada a aplicarse sólo en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización.

---

1 Cf. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. p. 291-192: " Una norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad...Las normas constitucionales están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser 'armonizadas', ser puestas en concordancia la una con la otra...De la unidad de la constitución se deduce la tarea de optimización o armonización de las normas constitucionales..."

2 La teoría es defendida en la actualidad especialmente por Peter Häberle. Una exposición sucinta de su contenidose encuentra en Klaus Stern, op. cit. p. 293.

En cuanto atañe al argumento de la demanda según el cual el fuero penal militar para los miembros de la policía, desconoce la prohibición del último inciso del artículo 213 de la Constitución Política, que prescribe: "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar", disposición que, según el actor, es especial frente a la norma general del fuero militar del artículo 221, considera la Corte que justamente de la confrontación de esas dos disposiciones, surge la regla de armonización. En efecto, la relación lógica entre los dos preceptos es la inversa de la propuesta en la demanda: pues mientras que en el artículo 213 se utiliza un cuantificador universal negativo ("ningún"), en el 221 se regula un caso específico exceptivo (en lógica formal, se afirmaría que "existe" un caso particular afirmativo). La relación entre las dos normas es de regla-excepción, de tal forma que tanto el artículo 213 como el 218, deben ser interpretados de manera armónica con la excepción contenida en el artículo 221. Si bien una primera aproximación, guiada por el sentido aislado de las palabras, puede indicar una contradicción en el texto de la Constitución, la labor del intérprete deja clara la posibilidad de armonizar las normas aludidas.

En este orden de ideas, no le cabe duda a la Corte de que los miembros de la policía nacional y de las fuerzas militares tienen un fuero especial de carácter penal conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo o en relación con el mismo servicio, según lo establece el artículo 221 de la Ley Suprema. En consecuencia, las normas acusadas son exequibles puesto que se limitan a reproducir y desarrollar dicho mandato constitucional señalando el juez competente para conocer en primera instancia de los procesos aludidos.

Los argumentos históricos y de conveniencia aducidos en la demanda, si bien tienen valor dentro de un examen de la idoneidad del régimen establecido por el Constituyente de 1991, no pueden llevar a la Corte, como lo pretende el demandante, a desconocer su sujeción a los preceptos del Estatuto Máximo.

8. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. LA GARANTIA DEL JUEZ NATURAL.

De acuerdo con la demanda, las normas acusadas desconocen también el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, así como en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente en cuanto contrarían la garantía del juez natural.

Afirma el demandante que el "juez natural" para juzgar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que cometan en servicio activo o por razón del mismo, es únicamente el "juez penal ordinario", argumentación que puede tener validez dentro del contexto concebido por la demanda, pero que para la Corte no tiene aceptación dada la existencia del artículo 221 de la Constitución. En efecto, el "juez natural" es aquél que la Constitución o la ley han instituido para conocer de determinados asuntos; en el caso de debate, el "juez natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos aludidos, está expresamente establecido en la mencionada disposición constitucional, y lo son, las cortes marciales o tribunales militares.

Esta Corporación en sentencia reciente (C-141/95, M.P. Antonio Barrera Carbonell), se refirió a dicho juez natural cuando expresó: "Pero dicho fuero -el penal militar- sí debe ser conside-

rado bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial - las competentes Cortes Marciales o Tribunales Militares- que es el juez natural a quien constitucional y legalmente se ha confiado la misión del juzgamiento de los referidos delitos."

En consecuencia, no encuentra la Corte que las normas demandadas violen el artículo 29 de la Constitución, que prescribe: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, *ante juez o tribunal competente* y con observancia de la plenitud de las formas propias e cada juicio" (cursivas fuera del texto), pues el "juez o tribunal competente" o "juez natural", no es otro que el establecido por la Constitución o la Ley para conocer y decidir determinados asuntos.

En cuanto a la presunta violación del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, y en los artículos 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantizan el mismo principio, observa la Corte que el trato diferente entre el juzgamiento de los civiles y los miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos en servicio activo, y en razón de éste, no proviene de las normas acusadas sino del fuero establecido en el artículo 221 de la Constitución Política. Ante esta circunstancia no puede la Corte, sin desconocer la misión a ella encomendada por el artículo 241 de la Carta y la supremacía normativa de los textos constitucionales (artículo 4), entrar a juzgar la objetividad y razonabilidad de una diferencia de trato establecida por el propio Constituyente; situación distinta se presentaría si no fuera la Constitución sino la ley quien la estableciera.

Para finalizar, es conveniente aclarar que el presente caso difiere del estudiado por la Corte en la sentencia C-141 de 1995 que resolvió la acusación contra el artículo 656 del Decreto 2550 de 1988. En efecto, en esa oportunidad la Corte consideró que la conformación de consejos verbales de guerra con oficiales en servicio activo violaba la garantía de la imparcialidad judicial por cuanto, en el seno de las fuerzas militares, los inferiores están obligados a obedecer el mandato superior -obediencia debida- de acuerdo con los términos del artículo 91 de la Constitución; entonces es claro que la garantía de imparcialidad e independencia judicial se ven comprometidas cuando quien imparte la orden superior, que no puede ser desconocida por el inferior (salvo casos excepcionalísimos, pues la obediencia no puede ser irreflexiva o ciega, como lo expresó la Corte en la sentencia T-409/92), sea el mismo que deba juzgar al inferior por las conductas ilícitas que cometa en ejercicio de sus funciones o por razón de las mismas, incluyendo las que se deduzcan de dicha orden.

En el caso bajo examen la situación cambia; primero, porque aquí se trata del juzgamiento de miembros de la Policía Nacional, quienes al tenor de lo dispuesto en el artículo 91 de la Constitución Política no están sujetos a la obedicencia debida, como sí acontece con los militares y, por tanto, su responsabilidad no recae sobre el superior que dio la orden, sino que cada uno responde por sus propios actos; segundo, porque esta misma razón impide que la imparcialidad en el desempeño de la función de administrar justicia se vea alterada, de manera que bien puede asignarse el juzgamiento, en primera instancia, de los delitos cometidos por ciertos miembros de la institución policial en ejercicio del servicio o por razón del mismo, a algunos de sus superiores jerárquicos como los que se señalan en las normas acusadas; y tercero, porque contra la providencia dictada por el fallador de primera instancia en procesos penales militares, procede el recurso de

apelación o la consulta ante el Tribunal Superior Militar y en los casos señalados taxativamente por el legislador el recurso de casación y revisión ante la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Luego, frente a tantas oportunidades de reexamen de los procesos penales militares por parte de autoridades distintas, mal podría arguirse la violación del principio de imparcialidad.

En este orden, considera la Corte que las normas acusadas son exequibles y así se declarará.

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

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 114 del Decreto-ley 041 de 1994, salvo la expresión "y personal del nivel ejecutivo", sobre la cual se ordena estar a lo resuelto en la sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994.

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos 14 en lo demandado, 352, 353, 354 y 355 del Decreto-ley 2550 de 1988.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-Con aclaración de voto-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-444 octubre 4 de 1995

POLICIA NACIONAL-Carácter de fuerza pública/**FUERO MILITAR PARA MIEMBROS DE LA POLICIA** (Aclaración de voto)

Teniendo en cuenta que la Policía Nacional está integrada a la Fuerza Pública, ello no le quita el carácter de Fuerza Pública, y por consiguiente, de los delitos cometidos por los ***"Miembros de la Fuerza Pública"****, entre los cuales se encuentran los Miembros de la Policía Nacional, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocen las Corte Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, no por su carácter de naturaleza civil sino por estar integrada la Fuerza Pública, con lo cual no se da a mi entender la incongruencia de carácter constitucional.*

Referencia: Expediente No. D-869.

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 114 del Decreto Ley 041 de 1994 y los artículos 14 parcial, 352, 353, 354 y 355 del Decreto-ley 2550 de 1988.

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la parte resolutiva de la sentencia, me permito manifestar que he consignado la aclaración de voto de la misma providencia, referente a la afirmación que se hace en el fallo, en el sentido de que: "en lo que sí le asiste razón al demandante es en que existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil (artículo 218 CN.) y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las Cortes Marciales o Tribunales Militares (artículo 221 CN.) pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles".

A juicio del suscrito, no existe incongruencia de carácter constitucional, pues debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 216 de la misma Constitución Política, según el cual: "***La Fuerza Pública*** estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares ***y la Policía Nacional***" (la negrilla fuera de texto).

Así mismo, el artículo 221 de la Carta Política establece que: "De los delitos cometidos por los miembros de la ***Fuerza Pública*** en servicio activo, y en relación con el mismo servicio,

conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (la negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige que teniendo en cuenta que la Policía Nacional está integrada a la Fuerza Pública, según lo establece el artículo 216 de la Carta Fundamental, aunque su naturaleza sea civil, ello no le quita el carácter de Fuerza Pública, y por consiguiente -tal como lo ordena la disposición citada-, de los delitos cometidos por los "***Miembros de la Fuerza Pública***", entre los cuales se encuentran los Miembros de la Policía Nacional, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocen las Corte Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, no por su carácter de naturaleza civil sino por estar integrada la Fuerza Pública, con lo cual no se da a mi entender la incongruencia de carácter constitucional, como se afirma en la aludida sentencia, la que surge de la interpretación aislada de lo previsto en el artículo 218 de la Constitución Política, al haberse omitido en esta parte lo previsto en el artículo 216 de la misma.

Atentamente,

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

SENTENCIA No. C-445
octubre 4 de 1995

COSA JUZGADA MATERIAL-Ausencia/**TRANSITO CONSTITUCIONAL**

Las normas tributarias que podían ser constitucionales, conforme a la Carta anterior, pueden por el contrario resultar opuestas a las disposiciones de la Carta de 1991. Pues "decisiones adoptadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia antes de la vigencia de la Carta de 1991, no hacen tránsito a cosa juzgada material, toda vez que el examen realizado por esa Corporación no comprendió las disposiciones de la actual Constitución.

OBLIGACION TRIBUTARIA-Mecanismos de cobro anticipado/**PRINCIPIO DE EFICIENCIA TRIBUTARIA/OBLIGACION TRIBUTARIA**-Hechos de extinción

La ley tributaria ordena, en determinados casos, el abono anticipado de ciertos tributos. Así, de un lado, y con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto a la renta y complementarios, la ley autoriza la retención en la fuente de ciertos cobros y abonos, los cuales serán considerados como buena cuenta o anticipo del pago del respectivo tributo. De esa manera, la ley pretende que en forma gradual el impuesto se recaude, en lo posible, en el mismo ejercicio gravable en que se cause. El examen de estos modos de extinción anticipada de la obligación tributaria debe hacerse a la luz de los principios constitucionales que gobiernan el sistema fiscal, y en particular, del principio de eficiencia, pues la efectividad de los derechos de las personas es uno de los principios esenciales del Estado social de derecho, que orienta además la actividad de la Administración. Este principio de eficiencia implica que el Estado debe controlar la evasión y elusión tributarias en la mejor forma posible, puesto que de poco sirve promulgar leyes tributarias si se permite que los contribuyentes desconozcan sus obligaciones fiscales.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Principios tributarios

La función de las autoridades es no sólo proclamar los derechos fundamentales sino, y tal vez sobre todo, hacer efectivos esos derechos en la vida cotidiana de las personas. Sólo de esa manera se puede lograr que la igualdad entre las personas sea real y efectiva. Ahora bien, para poder desarrollar sus actividades, cumplir sus fines y realizar los valores que encarna el ordenamiento constitucional, las autoridades públicas requieren permanentemente de recursos, puesto que no sólo ciertas necesidades sólo pueden ser satisfechas mediante prestaciones públicas sino que, además, muchos de los derechos fundamentales que en

apariencia implican un deber estatal de simple abstención -los llamados derechos humanos de primera generación o derechos civiles y políticos- en la práctica requieren también intervenciones constantes del Estado. En efecto, el goce de estos derechos por las personas requiere, por ejemplo, una eficaz administración de justicia y una diligente labor de la Fuerza Pública, a fin de que se garantice una convivencia pacífica entre los colombianos.

RETENCION EN LA FUENTE

La retención es un sistema tributario que permite un recaudo poco costoso, pues los agentes retenedores perciben grandes cantidades de dinero con poco esfuerzo administrativo para el Estado y para los propios particulares. Es además un mecanismo relativamente cómodo para el propio contribuyente pues el impuesto le es descontado en el momento mismo en que recibe su ingreso. Igualmente, estas rentenciones permiten que el Estado perciba un flujo relativamente constante de ingresos fiscales, lo cual le permite a las autoridades no sólo racionalizar sus políticas de gasto sino además garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos. Finalmente, en la práctica, la retención ha demostrado ser un eficaz sistema de control de la evasión. Por ello, la Corte ya había señalado que la ampliación de la retención en la fuente, lejos de ir en contra de la Constitución , se ajustaba a ella, pues "favorece el recaudo y elimina algunas posibilidades de evasión y elusión fiscal", lo cual armoniza plenamente con el principio de eficiencia y de equidad. En efecto, "es claro que la retención en la fuente obedece al principio de eficiencia, y no es contraria a los de equidad y progresividad".

RETENCION EN LA FUENTE/ANTICIPO/PRINCIPIO DE EFICIENCIA TRIBUTARIA

Estos mecanismos de extinción anticipada de la obligación tributaria -como las retenciones y los anticipos- encuentran amplio sustento en el principio de eficiencia tributaria.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN MATERIA TRIBUTARIA/ CONTRIBUYENTE-Saldos a favor

Una simple lectura de las normas muestra que ellas precisamente establecen mecanismos para que los contribuyentes puedan reclamar o compensar saldos a su favor, una vez liquidado de manera definitiva el impuesto. En efecto, ellas admiten la existencia de saldos en favor del contribuyente y fijan un término para la reclamación de los mismos.

IGUALDAD-Juicio constitucional

El juicio constitucional de igualdad debe ser débil o poco estricto, con el fin de no vulnerar la libertad política del Legislador, en campos como el económico, en donde la propia Carta establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado. El reconocimiento de que los juicios de igualdad deben ser más o menos estrictos, según la materia a la cual se apliquen resulta de la naturaleza misma del control constitucional y de la ponderación entre diferentes valores incorporados en el propio ordenamiento.

DERECHO A LA IGUALDAD-Test de igualdad

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 Estado. En cambio, en otros eventos, por ejemplo cuando el Estado regula la actividad económica, el juicio de igualdad debe ser débil, y por ende, son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional. Finalmente, también se considera que en ciertos campos -como los relativos a las acciones afirmativas- son procedentes las pruebas intermedias del respeto a la igualdad por las autoridades, en virtud de las cuales es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante.

Referencia: Expediente No. D-872

Normas acusadas: Artículos 816 (parcial) y 854 (parcial) del Decreto Ley 624 de 1989.

Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry.

Temas:
Principios tributarios, Estado social de derecho y formas anticipadas de extinción de la obligación tributaria.
Justicia tributaria y seguridad jurídica en la compensación y devolución de saldos a favor del contribuyente.
Las prerrogativas tributarias del Estado y los diversos juicios constitucionales de igualdad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santafé de Bogotá, cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, 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 Jorge Hernán Gil Echeverry presenta demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 816 inciso primero y 854 inciso primero del Decreto Ley 624 de 1989, la cual fue radicada con el número D-872. 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.

1. De los textos legales objeto de revisión.

Los artículos 816 inciso primero y 854 inciso primero del Decreto Ley 624 de 1989 preceptúan:

Art. 816. -Término para solicitar la compensación. *La solicitud de compensación de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.*

Art. 854. -Término para solicitar la devolución de saldos a favor. *La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.*

2. De los argumentos de la demanda.

El actor comienza por precisar que las normas demandadas fueron ya declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No 17 del 15 de febrero de 1990. Sin embargo, según su criterio, en este caso no opera la cosa juzgada constitucional, por cuanto la entrada en vigor de una nueva constitución hace procedente un nuevo examen de constitucionalidad.

El actor considera entonces que las normas acusadas violan el artículo 363 de la Constitución Política, que consagra a los principios sobre los cuales se estructura el sistema tributario, específicamente los relativos a equidad y progresividad de los tributos. Para probar su aserto, el demandante explica que el principio de equidad va más allá de la simple proporcionalidad o progresividad de los impuestos. Según su criterio:

"La progresividad simplemente enseña que los contribuyentes están sujetos a unas tarifas fijas y proporcionales que aumentan progresivamente a medida que aumentan los ingresos. Por tanto, el principio de equidad, que desborda los linderos de la simple progresividad, se explica como la tasación justa del impuesto (prohibiendo impuestos confiscatorios por ejemplo) y la estricta relación entre la base gravable y la tarifa aplicable de tal manera que ningún contribuyente pague más impuestos que los causados conforme a la tasación legal correspondiente."

En ese orden de ideas, el actor explica que los saldos que pueden existir en favor del contribuyente derivan de que la ley contempla el pago de anticipos y consignaciones con anterioridad a la liquidación definitiva del impuesto, nociones que el actor considera "poco ortodoxas cuando se trata de aplicar el principio de equidad". En efecto, según su criterio, "el contribuyente solamente está obligado a pagar el monto del impuesto efectivamente ***realizado*** y ***causado*** por haberse

dado los presupuestos generadores del tributo". Por ello, considera el demandante, los saldos en favor del contribuyente son impuestos no causados y por lo tanto, no debidos. Por consiguiente, concluye el actor, si la ley "obliga ***al pago de lo no debido*** está rompiendo abiertamente el principio de la ***equidad*** pues está facilitando un enriquecimiento ilícito".

En tales circunstancias, señala el actor, "el saldo en favor del contribuyente corresponde a una suma recibida de más por la administración que no tiene sustento ni en la equidad ni en la progresividad; por eso, es deber de la Administración proceder a devolverla, sin que de ninguna manera se pueda condicionar el término de su devolución o compensación." Por tal razón el demandante considera que los artículos acusados son inconstitucionales, pues permiten una apropiación por el Estado de los saldos, cuando el contribuyente no los reclama en el término establecido por esas disposiciones. Según su criterio, no puede alegarse que es necesario establecer un término corto de caducidad para que no se vea afectada seriamente la colectividad, "pues en todo caso, hay normas generales que tratan sobre la prescripción de los derechos y la caducidad de las acciones." Por ello, según el actor, la igualdad y la equidad resultan vulneradas pues la ley establece un término de caducidad para que el particular reclame a la administración la devolución de esos dineros que es menor que el término con que cuenta la administración para cobrar los impuestos. Al respecto, dice el actor:

"Si la equidad, igualmente, supone un tratamiento igualitario, no puede afirmarse abiertamente que resulta justo y equitativo que la Administración tenga cinco años para reclamar a los contribuyentes las deudas a su favor (Art.. 817 E.T.) y por el contrario, el contribuyente solamente tenga dos años para reclamarle a la Administración las deudas en su favor. Aquí tampoco es viable aceptar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que pregona que no hay desigualdad por tratarse de dos fenómenos sustancialmente diferentes. No, para efectos de aplicar la equidad, estamos frente al mismo supuesto: El contribuyente le debe a la Administración o la Administración le aebe al contribuyente."

3. Intervención de Autoridades Públicas

La ciudadana Ivonne Edith Gallardo Gómez, en su calidad de apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, interviene en el proceso y solicita, en primer término, que la Corte declare que en este caso opera la cosa juzgada constitucional. Según su criterio, si bien la Corte Suprema examinó la norma acusada frente a la Constitución derogada, lo cierto es que "es pertinente hablar de la cosa juzgada constitucional puesto que si se analiza detenidamente el artículo 363 de la actual Constitución Política, se encuentra que estos principios no son nuevos, ya que en tiempos pretéritos se había dado aplicación a los mismos" tal y como se desprende de los fundamentos de la demanda resuelta por la Honorable Corte Suprema de Justicia. Según esta ciudadana la nueva Constitución se limitó a incorporar en el texto tales principios "dado que antes eran de elaboración jurisprudencial y doctrinal". Concluye entonces esta ciudadana que como son idénticos "los fundamentos para la constitucionalidad de las normas demandadas debe darse tránsito a cosa juzgada constitucional en el presente caso".

De otro lado, desde el punto de vista material, la ciudadana considera que las normas acusadas son constitucionales, pues no quebrantan los principios que gobiernan el sistema tributario. Según su criterio, con el mecanismo de anticipos, el Estado no busca apropiarse de sumas no

debidas por el ciudadano pues precisamente la ley prevé la existencia de saldos en favor del contribuyente y fija un término para la reclamación de los mismos. El Estado brinda así a los administrados la oportunidad para "retirar de las arcas del Estado los dineros pagados más allá de lo previsto en la ley y de su capacidad contributiva, dándose aplicación dentro de la norma legal a los principios constitucionales de la equidad, eficiencia y progresividad prescritos en el artículo 363 de la Constitución Política."

Según la ciudadana interviniente, la norma acusada tampoco viola la igualdad pues se aplica "a todos los administrados que se hallen bajo la misma situación, sin distinción de ninguna naturaleza, pues todos los contribuyentes que presenten saldo a favor en sus declaraciones pueden hacer las solicitudes de compensación o devolución dentro de los plazos fijados en las normas legales como son las demandadas. Cosa distinta hubiere sido que la norma dispusiera términos distintos para personas en la misma situación jurídica."

En ese mismo orden de ideas, esta ciudadana considera que no viola la igualdad que las disposiciones acusadas establezcan un término distinto al de la prescripción de la acción de cobro en el sistema tributario pues ésta "es una figura jurídica bien distinta de la compensación o devolución de saldo a favor". Así, señala la ciudadana, con base en la precitada sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

> *"En la prescripción de la acción de cobro se fija el término que tiene el Estado para perseguir de los administrados el tributo que legalmente le correspondería pagar para el cumplimiento de su función que es el bienestar de la comunidad, velando por los intereses de la sociedad que deben tener preferencia sobre el interés particular, tal y como se lee a lo largo y ancho de la Constitución Política. Situación bien distinta al término fijado para devolver al contribuyente el dinero recibido a título de impuesto que resulte ir más allá de la previsión legal, aquí el Estado en aras de equilibrar el sistema tributario y en aplicación del principio de progresividad, dispone devolver esos valores, que si no son reclamados dentro de los términos previstos no puede considerarse un pago de lo no debido ni un enriquecimiento ilícito de la Administración como afirma el demandante, porque es la actitud negligente o quizás la anuencia del administrado la que permite la permanencia de esos dineros en las arcas públicas."*

Concluye entonces esta ciudadana que las normas acusadas no sólo no implican un enriquecimiento ilícito del Estado sino que armonizan con los principios rectores del sistema tributario, pues no sólo garantizan "una eficaz percepción de los tributos por parte del Estado sino un reconocimiento a la capacidad contributiva de los asociados al no pretender obtener más de lo debido". Esto además permite una aplicación del principio de progresividad pues el Estado prevé la posibilidad de que se generen saldos a favor del declarante y señala un procedimiento para su devolución, con lo cual tiene "en cuenta la capacidad contributiva del administrado a fin de no romper la progresividad del tributo."

4. Del concepto del Procurador General de la Nación.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que se pronuncie de fondo, pues en este caso no opera la cosa juzgada constitucional ya que la entrada en vigor de una nueva Carta Política obliga a un nuevo examen de la norma acusada.

Luego el Ministerio Público interpreta los alcances de los principios rectores del sistema tributario contenidos en el artículo 363 de la Constitución y concluye que las normas acusadas armonizan plenamente con ellos, por lo cual solicita que sean declaradas exequibles. Así, según el Procurador, esos artículos son de naturaleza procedimental, pues incluyen dentro del Estatuto Tributario la compensación, como modo de extinguir las obligaciones jurídicas, y brindan a todos los administrados la posibilidad de solicitar la devolución de saldos a su favor, dentro de un término de dos años. Esto muestra, según la vista fiscal, que "la Administración no persigue el recaudo de cargas fiscales superiores a las previstas en la ley" sino que busca la devolución de aquellos excedentes pagados por los contribuyentes más allá de su obligación económica, lo cual se adecua a los principios del sistema tributario consignados en el artículo 363 de la Carta Política.

Ahora bien, señala el Procurador, si se produce la caducidad del derecho y los dineros permanecen en las arcas públicas, ésto se debe a "la anuencia del administrado o su actitud negligente" y constituye "una sanción ante la inactividad del administrado", la cual tiene un natural fundamento en razones de seguridad jurídica a fin de "evitar la prolongación indefinida de las relaciones jurídicas."

De otro lado, considera Ministerio Público que ese término de dos años no viola la igualdad pues "se aplica igualmente a todos los administrados que estén en la misma situación sin distinción de ninguna naturaleza. Otra cosa hubiera ocurrido si la norma previera términos distintos para personas ubicadas en las mismas circunstancias, en donde se apreciaría una notoria violación al principio de igualdad."

Finalmente, según el Ministerio Público, no afecta la constitucionalidad de las normas acusadas que la ley establezca términos distintos para que los contribuyentes soliciten la devolución de sus saldos a favor (dos años) y para que la Administración cobre sus deudas (cinco años) pues se trata de fenómenos jurídicos diversos. Así, según la vista fiscal:

"La fijación por parte del legislador de un término de cinco (5) años para el ejercicio de esta acción de cobro coactivo por parte del Estado, no es arbitraria, sino que surge de la necesidad imperiosa de recaudar las obligaciones incumplidas por los administradores en el plazo previsto en la ley, y en aras de proteger los intereses de la comunidad, se le otorga un término más amplio de tiempo a la Administración.

Ahora, bien, la situación regulada en el anterior precepto diverge por completo de aquella que contempla la compensación y la devolución del saldo a favor del administrador."

II. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia y ausencia de cosa juzgada constitucional.

1- Conforme al artículo 241 ordinal 5° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 816 inciso primero y 854 inciso primero del Decreto Ley 624 de 1989, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra un decreto con fuerza de ley, expedido con base en facultades extraordinarias.

2- Según uno de los ciudadanos intervinientes, la Corte Constitucional debería en este caso estarse a lo resuelto en la sentencia No 17 del 15 de febrero de 1990, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia examinó y declaró constitucionales las diposiciones acusadas. Según su criterio, si bien la Corte Suprema examinó estas normas frente a la Constitución derogada, los principios que tuvo en cuenta son exactamente los mismos que consagra la Carta de 1991 en materia tributaria, a saber la progresividad, la equidad y la eficiencia del sistema tributario, por lo cual existe cosa juzgada constitucional.

Esta Corporación no comparte el criterio de este interviniente y considera que procede un pronunciamiento de fondo sobre las disposiciones acusadas, ya que en este caso no opera la cosa juzgada material, puesto que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se efectuó con base en la Constitución derogada. En tales circunstancias, incluso si los principios que rigen el sistema tributario en el actual ordenamiento constitucional fueran los mismos que aquellos de la Carta derogada, sería necesario un nuevo examen de constitucionalidad por esta Corporación. En efecto, es deber de la Corte Constitucional confrontar las normas acusadas no únicamente en relación con los cargos aducidos por el actor sino frente a la totalidad de la Carta que hoy nos rige, con el fin de determinar si se ajustan o no a sus mandatos. Los principios que gobiernan el sistema tributario no pueden ser interpretados aisladamente sino integrados al conjunto de la normativa constitucional. En tales circunstancias, es obvio entonces que normas tributarias que podían ser constitucionales, conforme a la Carta anterior, pueden por el contrario resultar opuestas a las disposiciones de la Carta de 1991. Por ello, en anteriores ocasiones, esta Corporación ya había establecido que las "decisiones adoptadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia antes de la vigencia de la Carta de 1991, no hacen tránsito a cosa juzgada material, toda vez que el examen realizado por esa Corporación no comprendió las disposiciones de la actual Constitución[1]".

Por tales razones, procede entonces la Corte Constitucional a pronunciarse de fondo sobre la conformidad o no de las disposiciones legales impugnadas frente a la Constitución vigente.

Estado social de derecho, principios tributarios y mecanismos de cobro anticipado de obligaciones tributarias.

3- Según la demanda, los términos procesales estatuidos por la ley tributaria para la solicitud de la compensación y la devolución de los saldos a favor del contribuyente violan los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, pues permiten que el Estado se apropie de un tributo no causado. El actor cuestiona incluso la legitimidad constitucional de los mecanismos de cobro anticipado de impuestos, como las retenciones en la fuente o los anticipos, pues el Estado estaría percibiendo un tributo antes de que éste se haya causado materialmente y sea exigible, lo cual contradice los principios de justicia tributaria. Por el contrario, el Ministerio Público y la ciudadana interviniente consideran que esa

---

1 Corte Constitucional, Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Gaceta de la Corte Constitucional 1992, Tomo7, p 46. Ver igualmente sentencia C-153/94 MP Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-060/94 MP Carlos Gaviria Díaz.

regulación se ajusta a la Carta, pues estas formas anticipadas de extinción de la obligación tributaria son un mecanismo legítimo y eficiente de cobro tributario, y la ley permite al ciudadano reclamar los saldos a su favor, en caso de que éstos existan. Según su criterio, elementales razones de seguridad jurídica, que encuentran sustento en la Carta, obligan a fijar un término de caducidad a estas acciones de reclamación, con el fin de conferir firmeza a las relaciones jurídicas.

4- En reciente decisión, esta Corporación señaló que la actual regulación legal de uno de los mecanismos más usuales de cobro anticipado -a saber la retención en la fuente- no desconocía el debido proceso[2]. Igualmente indicó la Corte en esa sentencia que ese instrumento tributario no vulneraba la Carta. A pesar de ello, esta Corporación considera necesario examinar con mayor detalle la legitimidad genérica de los mecanismos de cobro anticipado de impuestos en un Estado social de derecho, puesto que no sólo el actor impugna la constitucionalidad de esas figuras sino que, además, ello constituye un paso necesario para determinar si vulnera la Carta la regulación legal por las normas acusadas de los plazos para que el contribuyente pueda compensar o reclamar los saldos a su favor.

5- La ley tributaria ordena, en determinados casos, el abono anticipado de ciertos tributos. Así, de un lado, y con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto a la renta y complementarios, la ley autoriza la retención en la fuente de ciertos cobros y abonos, los cuales serán considerados como buena cuenta o anticipo del pago del respectivo tributo (Cf arts 365 y ss del decreto 624 de 1989). De esa manera, la ley pretende que en forma gradual el impuesto se recaude, en lo posible, en el mismo ejercicio gravable en que se cause. De otro lado, la ley tributaria también establece que los contribuyentes del impuesto a la renta deberán abonar un determinado porcentaje de su liquidación privada a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente gravable (Art. 807 ibidem).

Según el actor, este tipo de mecanismos desconoce el principio de equidad, por cuanto el ciudadano estaría obligado a cancelar impuestos que no han sido causados, puesto que, según su criterio, lo propio de la rentención en la fuente y los anticipos es que la obligación tributaria se hace exigible antes de que haya acaecido el hecho gravado o elemento generador del tributo.

6- La Corte considera que el examen de estos modos de extinción anticipada de la obligación tributaria debe hacerse a la luz de los principios constitucionales que gobiernan el sistema fiscal, y en particular, del principio de eficiencia, pues la efectividad de los derechos de las personas es uno de los principios esenciales del Estado social de derecho, que orienta además la actividad de la Administración (CP arts. 1°, 2° y 209). La función de las autoridades es no sólo proclamar los derechos fundamentales sino, y tal vez sobre todo, hacer efectivos esos derechos en la vida cotidiana de las personas. Sólo de esa manera se puede lograr que la igualdad entre las personas sea real y efectiva (CP art. 13°). Ahora bien, para poder desarrollar sus actividades, cumplir sus fines y realizar los valores que

---

2 Sentencia C-421/95. MP Jorge Arango Mejía.

encarna el ordenamiento constitucional, las autoridades públicas requieren permanentemente de recursos, puesto que no sólo ciertas necesidades sólo pueden ser satisfechas mediante prestaciones públicas sino que, además, muchos de los derechos fundamentales que en apariencia implican un deber estatal de simple abstención -los llamados derechos humanos de primera generación o derechos civiles y políticos- en la práctica requieren también intervenciones constantes del Estado. En efecto, el goce de estos derechos por las personas requiere, por ejemplo, una eficaz administración de justicia y una diligente labor de la Fuerza Pública, a fin de que se garantice una convivencia pacífica entre los colombianos.

7- Estos recursos provienen en lo esencial del sistema tributario, por lo cual el Estado goza de la facultad de imponer unilateralmente tributos (CP art. 388), y todas las personas están obligadas a contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (CP art. 95). Además, es natural que el sistema tributario busque captar esos recursos en la forma más eficiente posible, puesto que de ello depende en gran parte el propio éxito de la actividad estatal. El principio de eficiencia es entonces la materialización en el sistema tributario (CP art. 363) del principio de efectividad propio del Estado social de derecho (CP arts 1° y 2°).

8- Este principio de eficiencia tributaria incluye diversos componentes. Así, recoge dos de los viejos principios de la Hacienda Pública, formulados ya por Adam Smith: de un lado, el principio de la economía de los tributos, según el cual el Estado debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible, a fin de que la cantidad de dinero retirada a los contribuyentes sea casi la misma que la que entra al tesoro del Estado. De otro lado, incorpora el principio de la comodidad, según el cual toda contribución debe ser recaudada en la época y forma que más convenga al contribuyente[3].

Pero igualmente la Corte considera que este principio de eficiencia implica que el Estado debe controlar la evasión y elusión tributarias en la mejor forma posible, puesto que de poco sirve promulgar leyes tributarias si se permite que los contribuyentes desconozcan sus obligaciones fiscales. Además, la evasión termina afectando en la práctica, de manera profunda, la propia equidad horizontal en materia fiscal, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, puesto que se puede constatar una "diferencia en la carga tributaria para contribuyentes con igual capacidad económica, originada en la mayor facilidad que exhiben ciertos grupos de contribuyentes para evadir o eludir el impuesto, en relación con otros como los que perciben sueldos y salarios.[4]"

9- Es a la luz de este principio de eficiencia tributaria que se debe analizar la constitucionalidad de los mecanismos de extinción anticipada de la obligación tributaria.

Así, la retención es un sistema tributario que permite un recaudo poco costoso, pues los agentes retenedores perciben grandes cantidades de dinero con poco esfuerzo administrativo

---

3 Adam Smith. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Libro V, capítulo II, parte II.

4 Sentencia C-015/93 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

para el Estado y para los propios particulares. Es además un mecanismo relativamente cómodo para el propio contribuyente pues el impuesto le es descontado en el momento mismo en que recibe su ingreso. Igualmente, estas rentenciones permiten que el Estado perciba un flujo relativamente constante de ingresos fiscales, lo cual le permite a las autoridades no sólo racionalizar sus políticas de gasto sino además garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos (CP art. 365). Finalmente, en la práctica, la retención ha demostrado ser un un eficaz sistema de control de la evasión. Por ello, la Corte ya había señalado que la ampliación de la retención en la fuente, lejos de ir en contra de la Constitución, se ajustaba a ella, pues "favorece el recaudo y elimina algunas posibilidades de evasión y elusión fiscal"[5], lo cual armoniza plenamente con el principio de eficiencia y de equidad. En efecto, "es claro que la retención en la fuente obedece al principio de eficiencia, y no es contraria a los de equidad y progresividad"[6].

En ese mismo orden de ideas, La Corte considera que el anticipo también es un mecanismo destinado a acelerar el recibo de impuestos por parte del gobierno, que de igual forma responde a consideraciones de eficiencia tributaria.

En tales circunstancias, la Corte considera que estos mecanismos de extinción anticipada de la obligación tributaria -como las retenciones y los anticipos- encuentran amplio sustento en el principio de eficiencia tributaria.

10- La Corte no desconoce con lo anterior que estos mecanismos de retención y anticipo pueden comportar, en ocasiones, el abono de una obligación tributaria no causada en su totalidad. Así, en el caso de la retención, la doctrina considera que la obligación tributaria ha sido causada materialmente -pues la persona ha recibido un ingreso, que es el hecho generador del impuesto a la renta-, pero la obligación no ha sido causada formalmente, pues no ha culminado el período correspondiente de recaudo[7]. La situación es aún más clara en el caso de los anticipos, puesto que en estos eventos el impuesto no ha sido ni siquiera causado materialmente, ya que el contribuyente anticipa el pago del impuesto del siguiente período tributario. El anticipo se funda entonces en un hecho hipotético, aunque perfectamente razonable, pues la ley supone que el contribuyente tendrá una renta global por lo menos igual a la obtenida en el anterior período.

Este carácter anticipado de estos abonos tributarios no afecta *per se* la legitimidad constitucional de estas figuras, puesto que en ninguna parte la Constitución prohíbe estos mecanismos y el Legislador tiene una amplia libertad de regulación en este campo. En efecto, esta Corporación ya había señalado que "la Constitución no entra en el detalle de cómo se recaudan los impuestos decretados por el Congreso, porque ello sería contrario a la técnica jurídica"[8]. Sin embargo, la Corte considera que estos fenómenos jurídicos deben ser tenidos en cuenta por el Legislador, con el fin de evitar eventuales violaciones del

---

5 C-015/93 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-421/95. MP Jorge Arango Mejía. Consideración Jurídica sexta.

7 Ver Alejandro Ramírez Cardona. *Derecho Tributario*. (4 Ed) Bogotá: Temis, 1990, pp 254 y ss.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-421/95. MP Jorge Arango Mejía. Consideración jurídica sexta.

principio de equidad tributaria. En efecto, es perfectamente posible que las sumas retenidas al contribuyente o aquellas que éste mismo ha anticipado al presentar su declaración excedan el monto que, una vez terminado el período y liquidado de manera definitiva su impuesto, le corresponde por ley cancelar, de acuerdo a su capacidad de pago. En tales circunstancias, si la ley no permitiera al contribuyente compensar estas sumas u obtener su devolución, podría vulnerarse el principio de equidad tributaria, puesto que el contribuyente terminaría por cancelar un impuesto mayor del que por ley le debería corresponder. Pero lo cierto es que el Estatuto Tributario prevé esos mecanismos y que tales son precisamente las normas demandadas por el actor.

Seguridad jurídica y justicia tributaria.

11- Por las consideraciones hechas en los puntos anteriores de esta sentencia, la Corte no encuentra de recibo el argumento del demandante según el cual las normas acusadas permiten un enriquecimiento ilícito del Estado, puesto que una simple lectura de las mismas muestra que ellas precisamente establecen mecanismos para que los contribuyentes puedan reclamar o compensar saldos a su favor, una vez liquidado de manera definitiva el impuesto. En efecto, ellas admiten la existencia de saldos en favor del contribuyente y fijan un término para la reclamación de los mismos.

Tampoco encuentra la Corte que el establecimiento de un término de caducidad de dos años para el ejercicio de tales acciones vulnere la Carta, pues son evidentes las razones de seguridad jurídica que justifican el establecimiento de tales plazos, ya que la incertidumbre tributaria puede afectar de manera importante la actividad económica estatal.

12- Además, el Legislador tiene una amplia libertad para determinar el alcance de estos términos de caducidad. Por ello a la Corte únicamente compete examinar si se trata de términos que permitan, de manera razonable, que el contribuyente ejercite sus acciones, puesto que sólo una manifiesta irracionalidad de los términos podría determinar la inexequibilidad de estas regulaciones.

En ese orden de ideas, esta Corporación considera que se trata de términos razonables, puesto que las normas acusadas establecen un plazo de dos años, contados a partir de la fecha de vencimiento del término para declarar, para que el particular presente la solicitud de compensación o devolución. Esto significa, por ejemplo, que el contribuyente puede imputar esos saldos en su siguiente declaración de renta. Ahora bien, esta Corte considera necesario señalar que este plazo es razonable, en el entendido de que es deber de la Administración de Impuestos facilitar y no obstaculizar a los contribuyentes el ejercicio de las acciones de reclamación y compensación, puesto que ello es una consecuencia obvia de la finalidad de las autoridades en un Estado social de derecho, en donde la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad.(CP arts. 1° y 209).

Todo lo anterior muestra, como bien lo señalan el Ministerio Público y la ciudadana interviniente, que la eventual pérdida de estas sumas por el contribuyente deriva de su inactividad o de su anuencia tácita, y no de las normas impugnadas, por lo cual la Corte

no encuentra objeciones constitucionales por este aspecto. Por ello coincide la Corte Constitucional con lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia al declarar conformes a la Constitución derogada estas mismas disposiciones. Dijo esa Corporación:

"No sobra anotar que el término de caducidad de las acciones o derechos corresponde señalarlo al legislador y que el fin primordial de este instituto jurídico, es el de dar seguridad a la colectividad, la cual se vería seriamente afectada si se prolongan en el tiempo en forma indefinida las relaciones jurídicas, debido no solo a la negligencia, inactividad o incuria del titular de los derechos, sino al vencimiento objetivo del plazo. Es que en el campo del Derecho, las personas deben obrar con diligencia y cuidado para defender sus intereses (jusvigilantibus scriptum) y si la ley ha estatuído un plazo para que se inicie una acción, se cumpla un deber, o se ejecute un acto y el interesado lo deje vencer, pierde definitivamente la posibilidad para reclamar posteriormente el reconocimiento del derecho.[9]"

Las prerrogativas tributarias del Estado y el principio de igualdad.

13- Según el actor, las normas acusadas también violan el principio de equidad e igualdad, pues confieren sólo dos años a los contribuyentes para solicitar la compensación o la devolución de sus saldos a favor, mientras que la Administración cuenta con cinco años para ejercer su acción de cobro de las obligaciones fiscales. Por tal razón, entra esta Corporación a examinar si la consagración de esos plazos diversos viola los principios de igualdad y equidad tributarios, para lo cual considera necesario reiterar ciertos criterios elementales pero de gran trascendencia en relación con el juicio de igualdad en materia constitucional.

14- Esta Corporación ha señalado, en repetidas ocasiones, que la consagración de una regulación diferenciada de un asunto por una ley no implica una violación del principio de igualdad, cuando esa diversidad de trato tiene un fundamento objetivo y razonable de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma. A partir de ello, la Corte ha señalado los elementos que permiten determinar si existe ese fundamento objetivo y razonable, tales como, la existencia de supuestos de hecho diversos; que la finalidad de la norma sea legítima desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad y eficacia interna; y, finalmente, que el trato diferente sea proporcionado con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.[10]

15- Una de las mayores dificultades de ese examen de la razonabilidad de un trato diferente es hasta qué punto y con qué intensidad debe el juez constitucional, y en particular la Corte Constitucional, llevar a cabo su análisis del respeto del principio de igualdad por la auto-

---

9 Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 1980. Sentencia del 15 de febrero de 1990. MP Jaime Sanín Greiffenstein. *Gaceta Judicial*. Tomo CCI, p 226.

10 Ver, entre otras, sentencias No. C- 530/93, T-230/94, C-318/95.

ridad pública y, en especial, por el Legislador. En efecto, toda regulación legal y toda intervención de las autoridades implica, en general, el establecimiento de clasificaciones y la consagración de tratamientos jurídicos diversos conforme a tales clasificaciones. Por consiguiente, el control constitucional del respeto a la igualdad por una ley consiste, en última instancia, en determinar si la autoridad podía o no establecer un trato diferenciado como medio para alcanzar un determinado fin. O, formulado de otra forma, el gran interrogante en materia de igualdad es hasta qué punto debe avalar el juez constitucional -en función del pluralismo político y del principio de mayoría- los criterios de diferenciación establecidos por la ley o por las autoridades políticas como mecanismos para alcanzar determinados objetivos estatales o sociales, puesto que los resultados del examen varían de manera sustantiva si el tribunal constitucional aplica criterios rigurosos o más flexibles en el examen de la igualdad.

16- Ahora bien, un juicio constitucional de igualdad estricto, en todos los campos, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador, pues resulta poco probable que las numerosas clasificaciones efectuadas por las diversas leyes sean siempre estrictamente necesarias. En tales circunstancias, si el juez constitucional lleva su examen de la igualdad con el mismo rigor en todos los campos termina por vaciar la función normativa del Legislador, con lo cual no sólo se desconoce el pluralismo político sino que se afecta la propia capacidad del ordenamiento jurídico para regular en forma diferenciada la vida en sociedad. Pero, de otro lado, un análisis constitucional de la igualdad demasiado flexible y amplio puede hacer perder toda eficacia jurídica al principio de igualdad, que es una norma y un derecho fundamental de aplicación inmediata (CP art. 13), cuya integridad y supremacía debe ser, entonces, garantizada por el juez constitucional.

Una conclusión se impone: el examen de la eventual violación de la igualdad por una ley o una autoridad pública no debe hacerse siempre de la misma manera y con el mismo rigor. En efecto, no puede el juez constitucional examinar con la misma intensidad una ley que, por ejemplo, consagra clasificaciones de servicios y productos para efectos económicos o tributarios, que otra disposición jurídica que limita un derecho fundamental o establece una diferencia de trato basada en la raza, el sexo o el origen familiar.

Así, en relación con la primera hipótesis, esta Corporación ya había señalado que por regla general el juicio constitucional de igualdad debe ser débil o poco estricto, con el fin de no vulnerar la libertad política del Legislador, en campos como el económico, en donde la propia Carta establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado. En efecto, en tales esferas, un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la función legislativa del Congreso, pues no es función del tribunal constitucional sino de los órganos políticos entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o resultan necesarias. Así, ha dicho al respecto esta Corporación, que no se viola la igualdad ni la equidad "si dentro de la obligación constitucional que corresponde al Estado de dirigir la economía, mediante los mecanismos que la misma Constitución le otorga, debe gravar en forma diferente o especial a un sector concreto de la economía[11]". Y, en general, sobre la regulación de las libertades económicas ha señalado la Corte:

[11] Sentencia C- 556/93. MP Jorge Arango Mejía.

"El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma.[12]"

La situación es diferente, en cambio, cuando las clasificaciones efectuadas por el Legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios, como la raza o el origen familiar, desconocen mandatos específicos de igualdad consagradas por la Carta, restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. 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 sus derechos y libertades (CP art. 13). Y, finalmente, la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifesta (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"[13].

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 diferente[14]. Así, frente a las diferen-

---

12 Sentencia C-265/94. MP Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencia T-230/94. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sobre los diversos "test" o juicios de igualdad en la doctrina y la jurisprudencia comparadas ver, entre otros: para el caso estadounidense Laurence Tribe. *American Constitucional 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.

ciaciones 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 Estado. En cambio, en otros eventos, por ejemplo cuando el Estado regula la actividad económica, el juicio de igualdad debe ser débil, y por ende, son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional. Finalmente, también se considera que en ciertos campos -como los relativos a las acciones afirmativas- son procedentes las pruebas intermedias del respeto a la igualdad por las autoridades, en virtud de las cuales es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante.

Como es obvio, las consecuencias que derivan de la aplicación de estas diversas pruebas de igualdad son diferentes, pues una norma que sería admisible si se aplicara un "test" débil podría resultar inconstitucional si el control es fuerte o estricto. En el juicio débil basta que la clasificación sea potencialmente adecuada para obtener resultados admisibles, mientras que, conforme al "test" estricto, la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser imperioso.

18- En este caso específico, las normas acusadas regulan de manera diversa los términos de caducidad y prescripción en el campo fiscal. Para esta Corporación es claro que esa regulación económica que consagra una aparente diferencia de trato no se funda en categorías potencialmente discriminatorias, no desconoce cláusulas específicas de igualdad, no afecta a minorías, ni tiene consecuencias directas sobre los derechos fundamentales de las personas. En efecto, el Estatuto Tributario no establece diferenciaciones entre los contribuyentes sino que consagra un término de caducidad menor para las acciones de reclamación de los ciudadanos frente al término de prescripción de la acción de cobro del Estado. Por ende, y conforme a lo señalado en los numerales anteriores de esta sentencia, la Corte no debe efectuar un escrutinio fuerte y riguroso del respeto por esas disposiciones al principio de igualdad, puesto que la Carta reconoce que en esta materia el Legislador tiene una amplia libertad de configuración. Basta entonces que esa diferencia de trato sea potencialmente adecuada para alcanzar objetivos constitucionales admisibles para que pueda ser considerada razonable y constitucional.

Ahora bien, para la Corte son evidentes los fundamentos que justifican el establecimiento de una diferencia entre, de un lado, el término de caducidad de la solicitud de compensación y reclamación de saldos por los particulares y, del otro, la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones. En efecto, el Estado ejerce su acción de cobro para obtener recursos para satisfacer necesidades de interés general, mientras que el particular está reclamando en función de un interés patrimonial particular, por lo cual es legítimo que el ordenamiento confiera prerrogativas a la Administración a fin de que ésta pueda recaudar los tributos necesarios para el funcionamiento de los poderes públicos. Además, tales prerrogativas son razonables ya que nos encontramos frente a situaciones diversas, pues

en los eventos de reclamación o compensación, el contribuyente tiene la oportunidad de conocer desde el inicio el saldo a su favor, mientras que el Estado tiene que, en muchos casos, determinar las obligaciones tributarias para poder recaudarlas, cuando el término de prescripción ya está en curso, ya que la ley señala que éste empieza a contarse a partir de la fecha en que tales obligaciones sean legalmente exigibles.

Esta diferencia de trato encuentra entonces un fundamento constitucional suficiente en la prevalencia del interés general (CP art. 1°) y en la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP art. 2°), ya que tales normas justifican la concesión de prerrogativas al Estado en materia tributaria, por lo cual las disposiciones acusadas son exequibles.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los artículos 816 inciso primero y 854 inciso primero del Decreto Ley 624 de 1989

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-446
octubre 4 de 1995

RECURSO DE APELACION DE AUTOS-Alcance/**RECURSO DE APELACION DE AUTOS**-Efecto

La Constitución no regula el recurso de apelación de los autos que se dictan en el proceso civil. Y mal podría hacerlo porque ésta, la de los procedimientos, es materia que corresponde a la ley. Son "las formas propias de cada juicio", es decir, la ley procesal. El determinar si la apelación contra un auto se concede en el efecto devolutivo o diferido, es asunto que también corresponde al legislador, al dictar la ley procesal. Como le corresponde, igualmente, determinar qué autos son susceptibles del recurso de apelación, y cuáles no lo son. Y bien podría establecer que en un proceso no fuera apelable ninguno de los autos que se dictaran, y no por ello quebrantaría la Constitución. Si al momento de dictarse sentencia, hay apelaciones de autos no resueltos, podrá el superior resolver sobre ellas al decidir la que se interponga contra la sentencia, o al fallar la consulta. Con lo cual no se quedan sin resolver. Si el asunto es de única instancia, naturalmente, no podrán haberse interpuesto recursos de apelación contra autos. Por lo tanto, no existe la inconstitucionalidad alegada.

Referencia: Expediente No. D-867

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 1o., numeral 172, incisos 10 y 11 del decreto ley 2282 de 1989 "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil"

Actor: Franklyn Liévano Fernández

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., según consta en acta número cuarenta y cuatro (44), a los cuatro (4) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Franklyn Liévano Fernández, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 5, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de

inconstitucionalidad en contra del artículo 1o., numeral 172, incisos 10 y 11 del decreto 2282 de 1989.

Por auto del cuatro (4) de abril de 1995, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación del negocio en lista para asegurar la intervención ciudadana dispuesta en los artículos 242, numeral 1, de la Constitución y 7, inciso segundo, del decreto 2067 de 1991. Igualmente dispuso, el envío de copia de la demanda al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, y al 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 Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. NORMA ACUSADA

El siguiente es el texto de la norma acusada, con la advertencia de que se subraya lo demandado:

"DECRETO NUMERO 2282 DE 1989
(octubre 7)

" Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil."
"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora por ella establecida,

"DECRETA:

"Artículo 1o: Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

"...
"172. El artículo 354, quedará así:

"Efectos en que se concede la apelación. Podrá concederse la apelación:

"1. En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del inferior se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obedecimiento a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo que se refiere a secuestro y conservación de bienes y al depósito de personas, siempre que la apelación no verse sobre alguna de estas cuestiones.

"Las apelaciones en el efecto suspensivo contra autos, se otorgarán a medida que se interpongan, pero no suspenderán la competencia del juez sino cuando el proceso se encuentre en estado de proferir sentencia, momento en el cual por auto que no tendrá recurso ordenará enviar el proceso al superior para que resuelva las concedidas; no obstante, el juez conservará competencia para los efectos indicados en la segunda parte del inciso anterior.

"Se exceptúan las apelaciones concedidas en el efecto suspensivo contra autos que resuelvan incidentes, o trámites especiales que los sustituyen, las que suspenderán la competencia del inferior desde la ejecutoria del auto que la concede, como se dispone en el primer inciso.

"2. En el efecto devolutivo. En este caso, no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.

"3. En el efecto diferido. En este caso, no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella.

"La apelación de la sentencia se otorgará en el efecto suspensivo, salvo disposición en contrario; la de autos en el devolutivo, a menos que la ley disponga otra cosa. Cuando la apelación deba otorgarse en el efecto suspensivo, el apelante puede pedir que se le otorgue en el diferido o en el devolutivo; y cuando procede en el diferido, puede pedir que se le otorgue en el devolutivo.

"Cuando la apelación en el efecto suspensivo o diferido se haya interpuesto expresamente contra una o varias de las decisiones contenidas en la providencia, las demás se cumplirán, excepto cuando sean consecuencia de las apeladas, o si la otra parte hubiere interpuesto contra ellas apelación concedida en el efecto suspensivo o en el diferido.

"Con las mismas salvedades, si la apelación tiene por objeto obtener más de lo concedido en la providencia recurrida, podrá pedirse el cumplimiento de lo que ésta hubiere reconocido.

"En los dos últimos casos se procederá en la forma prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 356.

"La circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, no impedirá que se dicte la sentencia. Si la que se profiera no fuere apelada ni tuviere consulta, inmediatamente el secretario comunicará este hecho al superior, sin necesidad de auto que lo ordene, para que declare desiertos dichos recursos; en caso de apelación o de consulta de la sentencia, el superior decidirá en ésta todas las apelaciones cuando fuere posible.

"Quedarán sin efecto las decisiones del superior que hayan resuelto apelaciones de los mencionados autos, cuando el inferior hubiere proferido la sentencia antes de recibir la comunicación de que trata el inciso segundo del artículo 359 y aquélla no hubiere sido apelada ni tuviere consulta. Si la comunicación fuere recibida antes, el inferior no podrá proferir sentencia mientras no se haya notificado el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior; si a pesar de ello la profiere y éste hubiere revocado alguno de dichos autos, deberá declararse sin valor la sentencia por auto que no tendrá recursos."

B. LA DEMANDA.

En concepto del actor, los incisos acusados del numeral 172 del artículo demandado vulneran los derechos a la igualdad y al debido proceso, consagrados en los artículos 13 y 29 de la Constitución.

Según el demandante, la facultad que se le da al juez de primera instancia para que dicte sentencia antes que el superior jerárquico resuelva los recursos de apelación concedidos en el efecto devolutivo o diferido contra los autos dictados en un proceso, desconoce el derecho al debido proceso, porque la regla general en esta materia establece que una vez concedido el recurso de apelación en cualquiera de estos dos efectos, la competencia del juez está circunscrita a aquellos asuntos que no dependan directamente de la providencia recurrida. Por tanto, si se admite que el *a quo* falle antes de que se resuelvan estos recursos, lo hace sin poseer competencia para ello, hecho éste que rompe el principio de la competencia funcional y desconoce el derecho al debido proceso.

Así mismo, señala que la norma acusada favorece a la parte no apelante, pues ésta sabe que a pesar de existir recursos pendientes, el proceso será fallado, lo que en su concepto crea una desigualdad en el trato a las partes dentro de un proceso.

Finalmente, el actor trae el siguiente ejemplo, para demostrar su cargo:

"Carecería de sentido en estricto derecho, asumir que la extensión del término para las excepciones del proceso ejecutivo que establece el artículo 509 que se citó (Código de Procedimiento Civil) deba entenderse en término, circunscrito exclusivamente a los diez días siguientes de la notificación del auto del inferior que resuelva la reposición, pues dejaría de lado la verdadera realización de los derechos sustanciales y por cuya realización deba velar el Estado, puesto que carece de todo sentido la discriminación que así resuelva entre los recursos de reposición y el de apelación y menos aún, el que sólo frente a uno de ellos (el de reposición) procediera la ampliación del término, cuando el interesado bien puede en algunos casos prescindir del de reposición, formulando directamente apelación y por lo general se propongan ambos, siendo el segundo subsidiario del primero."

C. INTERVENCIONES.

De conformidad con el informe secretarial del veintisiete (27) de abril del año en curso, el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma demandada venció en silencio.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Por medio de oficio número 637, de mayo veinticinco (25) de 1995, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** los incisos 10 y 11 del numeral 172, del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989.

En concepto del Procurador, el recurso de apelación como mecanismo de acceso a una segunda instancia, sólo puede ser considerado como elemento fundamental del debido proceso en los asuntos penales, en razón a los intereses que allí están involucrados.

En los procesos civiles dado que sólo existen intereses particulares en conflicto, y que la impulsión del mismo corresponde a las partes, el principio de la doble instancia no es elemento fundamental del debido proceso. Por ello, el legislador, tal como lo establece el artículo 31 de la Constitución, puede establecer excepciones a este principio, tal como lo hizo el legislador extraordinario en la norma parcialmente acusada, pues en aplicación a otros principios que hacen parte integral del derecho al debido proceso, tales como los de celeridad y economía procesal, el legislador podía facultar al *ad quo* para dictar sentencia, a pesar de la existencia de recursos de apelación sin resolver, sin que, por este hecho, se desconozca derecho fundamental alguno.

Finalmente, señala que no se vulnera el derecho a la igualdad, porque la parte a la que no se le resolvieron los recursos, una vez se dicte sentencia y ésta sea apelada, sabe que el *ad quem* está en la obligación de pronunciarse sobre las apelaciones que fueron concedidas pero no resueltas. Es decir, las apelaciones no resueltas en la primera instancia, lo serán en la segunda instancia, hecho éste que se constituye en una garantía para el apelante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Procede la Corte Constitucional a resolver sobre este proceso, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente para conocer de este proceso, por haberse dirigido la demanda contra una norma que hace parte de un decreto con fuerza de ley, dictado por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias (numeral 5 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Según el actor, la norma acusada quebranta el artículo 13 de la Constitución, lo mismo que el 29. El primero, porque al permitirse al inferior dictar sentencia cuando el superior aún no ha resuelto apelaciones de autos concedidas en el efecto devolutivo o en el diferido, se favorece a la parte que no recurrió. Y el segundo, porque por lo mismo, se quebranta el debido proceso, como ocurre también cuando no se extiende el plazo para proponer excepciones en el proceso ejecutivo hasta cuando el superior decida la apelación interpuesta contra el mandamiento ejecutivo, como ocurre en el caso de la reposición (art. 509 del C. de P.C., numeral 1).

Tercera.- Por qué la disposición acusada no quebranta la Constitución.

En tratándose del recurso de apelación, la única referencia que hace la Constitución es la del artículo 31, según el cual "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley".

La inconformidad del actor no se refiere a la apelación de las sentencias, sino a la de los autos, que se concede en el efecto devolutivo, "a menos que la ley disponga otra cosa". Concretamente, él considera que se viola la Constitución cuando se permite al inferior dictar sentencia no habiéndose resuelto antes la apelación de un auto concedida en el efecto devolutivo o en el diferido.

A juicio de la Corte, no existe la inconstitucionalidad alegada, por las siguientes razones.

La primera, que la Constitución, como se dijo no regula el recurso de apelación de los autos que se dictan en el proceso civil. Y mal podría hacerlo porque ésta, la de los procedimientos, es materia que corresponde a la ley. Son "las formas propias de cada juicio", es decir, la ley procesal.

La segunda, que el determinar si la apelación contra un auto se concede en el efecto devolutivo o diferido, es asunto que también corresponde al legislador, al dictar la ley procesal. Como le corresponde, igualmente, determinar qué autos son susceptibles del recurso de apelación, y cuáles no lo son. Y bien podría establecer que en un proceso no fuera apelable ninguno de los autos que se dictaran, y no por ello quebrantaría la Constitución.

En cuanto al argumento relativo a la inexistencia de la igualdad entre el litigante que apela y el que no lo hace, debe decirse que carece de todo sustento ¿Por qué? Sencillamente porque es razonable, es lógico, que la situación de quien recurre contra una providencia sea diferente a la de quien no lo hace.

Obsérvese, de otra parte, que si al momento de dictarse sentencia, hay apelaciones de autos no resueltos, podrá el superior resolver sobre ellas al decidir la que se interponga contra la sentencia, o al fallar la consulta. Con lo cual no se quedan sin resolver. Si el asunto es de única instancia, naturalmente, no podrán haberse interpuesto recursos de apelación contra autos.

Y si a pesar de ser la sentencia apelable, la parte que apeló contra los autos no apela contra la sentencia, hay que entender que tácitamente desiste de tales recursos.

Para ratificar todo lo dicho, piénsese en la supuesta inconstitucionalidad del artículo 509, originada, según el actor, en la manera como se cuenta el término para proponer excepciones en el proceso ejecutivo, según se haya apelado el mandamiento de pago, o se haya interpuesto el recurso de reposición contra él. ¿Por qué se quebranta la Constitución al establecer que si se apela el mandamiento de pago, apelación que se concede en el efecto devolutivo, el término de diez días para proponer excepciones empieza a correr el día de la notificación del auto ejecutivo; y que, en cambio, si se interpone el recurso de reposición, tal término empieza a correr al notificarse el auto que resuelve la reposición? No, la Constitución tampoco ha fijado los términos o plazos procesales, porque tal fijación es asunto de los códigos de procedimiento.

Sólo cuando una norma procesal quebranta el debido proceso porque, por ejemplo, impide que se ejerza el derecho de defensa, o vulnera el principio de la contradicción de la prueba, es posible sostener que tal norma viola la Constitución. Por ello, pueden imaginarse muchas normas de procedimiento para regular el mismo asunto, en este caso, los recursos ordinarios, normas diferentes entre sí pero todas acordes con la Constitución. Dicho en otras palabras: es erróneo

sostener que la Constitución determina inflexiblemente qué normas procesales pueden dictarse, con exclusión de cualquiera que sea diferente.

En el caso que nos ocupa, la parte demandada del artículo 354, en nada quebranta la Constitución. Así lo declarará la Corte en esta sentencia.

De otra parte, como los incisos demandados tienen una relación inescindible con lo restante del mismo artículo 354, relación que hace necesario estudiar la norma en su integridad, y como nada en ella es contrario a la Constitución, así lo declarará la Corte en relación con el artículo 354 del C. de P.C.

Esta declaración de exequibilidad, además, se hace después de examinar la norma acusada a la luz de todas las disposiciones de la Constitución.

III.- DECISION.

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

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó al ser modificado por el numeral 172, del artículo 1o., del decreto 2282 de 1989.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-447
octubre 4 de 1995

CONCEJO MUNICIPAL-Facultades/**COMUNAS/CORREGIMIENTOS**

Los concejos municipales tienen una atribución facultativa para dividir el territorio de su jurisdicción en "comunas" en el sector urbano y "corregimientos" en el sector rural, dependiendo de las necesidades y particularidades propias de cada territorio y dentro de los parámetros normativos que dicte el legislador, que lo autoriza para categorizar los municipios y crear para ellos sistemas diferentes de su organización, gobierno y administración.

MUNICIPIOS-Facultad del legislador de organizarlos

Si el legislador está constitucionalmente facultado para darles una organización distinta a los municipios, nada le impedía hacerlo respecto a los de quinta y sexta categoría, como ocurrió en el presente caso, al no permitir que en el sector urbano se creen "comunas", debido al reducido número de habitantes y a su condición socio-económica.

ALCALDE MUNICIPAL-Autorización para diseñar mecanismos de participación/ **PARTICIPACION CIUDADANA**

La autorización que en la norma demandada se concede a los alcaldes municipales para diseñar mecanismos de participación con el fin de permitir a la ciudadanía de los municipios de quinta y sexta categoría participar en la solución de sus problemas y necesidades, no vulnera la Constitución pues desarrolla uno de los fines del Estado, cual es el de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" y, como en el artículo 311 ib, se les asigna a los municipios la tarea de "promover la participación comunitaria", quién mejor para hacerlo que el alcalde municipal, quien es su representante. Si la Constitución de 1991 se caracteriza precisamente por ser "democrática y participativa", nada impide que se establezcan otros instrumentos distintos a los estatuídos por el Constituyente para lograr que el ciudadano se interese por los asuntos locales, y mediante una relación más estrecha con la administración participe activamente en la búsqueda de soluciones para la satisfacción de sus propias necesidades y el bienestar social de la comunidad.

Referencia: Expediente No. D-829

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del parágrafo del artículo 117 de la Ley 136 de 1994.

Demandantes: Katherine Alexandra Cruz Faraco y otras.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Acta No. 44

1. ANTECEDENTES

Las ciudadanas Katherine Alexandra Cruz Faraco, Juana Duque Alonso, Paula Jiménez Sanz y Diana Rios García en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicitan a la Corte que declare inexequible el inciso segundo del parágrafo del artículo 117 de la Ley 136 de 1994, por infringir el artículo 318 del Estatuto Superior.

Por auto del 28 de febrero de 1995, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación en lista del negocio y, simultáneamente, el traslado del expediente al Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor. Igualmente, comunicó la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y al Ministro de Gobierno.

Posteriormente, ante el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, la Sala Plena de la Corte profirió el 23 de marzo siguiente un auto aceptándolo y ordenando el envio del expediente al Viceprocurador, para que rindiera el concepto.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales estatuídos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

2. NORMA ACUSADA

El texto del artículo 117 de la Ley 136 de 1994, subrayada la parte demandada, es el siguiente:

*"Artículo 117: **Comunas y corregimientos.** Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.*

"En el acuerdo mediante el cual se divida el territorio del municipio en comunas y corregimientos se fijará su denominación, límites y atribuciones, y se dictarán las demás normas que fueren necesarias para su organización y funcionamiento.

"Parágrafo: *En los municipios y distritos clasificados en categoría especial, primera y segunda, los concejos municipales podrán organizar comunas con no menos de diez mil (10.000) habitantes y en los clasificados en las categorías tercera y cuarta con no menos de cinco mil (5.000) habitantes.*

"En los demás municipios, los alcaldes diseñarán mecanismos de participación ciudadana a través de los cuales la ciudadanía participe en la solución de sus problemas y necesidades."

3. LA DEMANDA

Manifiestan las demandantes que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 de la Constitución, corresponde a los concejos municipales crear, sin importar el tamaño del municipio, comunas en el sector urbano y corregimientos en el sector rural, con sus correspondientes juntas administradoras locales; sin embargo, la norma acusada excluye a los municipios más pequeños o menos poblados -los de quinta y sexta categoría- de la posibilidad de subdividirse en comunas y, por tanto, de tener juntas administradoras locales, lo cual viola el canon superior citado, disposición en la que no se hace distinción alguna, además, "quien puede determinar si conforma o no la comuna y crea por tanto la junta administradora local es el concejo y no la ley".

Luego agregan que la ley 136 de 1994, por la cual se busca modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, al categorizar los municipios según sus ingresos y el número de habitantes, y disponer en el precepto que es objeto de demanda, que los de quinta y sexta categoría pueden tener corregimientos en su área rural, mas no comunas en el sector urbano, crea una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta.

Finalmente, se aduce en la demanda que la norma acusada al atribuir a los alcaldes municipales la competencia para diseñar mecanismos de participación ciudadana sustitutivos de las comunas, riñe con el precitado artículo 318, pues dicha potestad está radicada en los concejos municipales y, por tanto, "en esta materia específica el tipo de participación ciudadana lo regula en concreto, el concejo y no el alcalde como lo establece el inciso segundo del parágrafo demandado".

4. INTERVENCION CIUDADANA

El Ministro de Gobierno presentó un escrito en el cual expone las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad de la norma demandada, las cuales se resumen a continuación:

- Afirmar, como lo hacen las demandantes, que cuando el artículo 318 de la Carta defiere a los concejos municipales la competencia para crear comunas y corregimientos excluye la posibilidad de que el legislador regule la materia, es un equívoco producto del análisis aislado de la norma, pues dicha disposición debe interpretarse en concordancia con el artículo 287 ibidem, que consagra la autonomía de las entidades territoriales dentro de los límites constitucionales y legales. En consecuencia, resulta improcedente el cargo formulado por usurpación de facultades, ya que el legislador al señalar un régimen aplicable a los municipios, está cumpliendo con el mandato constitucional.

- La diferenciación que la ley establece entre los municipios de quinta y sexta categoría con respecto a la posibilidad de crear comunas, encuentra plena justificación dadas las notables diferencias que existen entre los distintos municipios del país; y si bien el principio de igualdad obliga al legislador a dar un trato igual a situaciones de hecho similares, así como un trato desigual a supuestos de hecho diferentes, en el caso de los municipios de

quinta y sexta categoría, que no superan los quince mil habitantes, resulta excesivo obligarlos "*a establecer comunas para facilitar la prestación de servicios públicos y la participación de la ciudadanía, condición ya dada por su mismo tamaño, el cual permite una relación más cercana entre la administración municipal y la ciudadanía*".

- En cuanto a la adscripción de competencia a los alcaldes municipales para diseñar mecanismos alternativos de participación ciudadana, no es cierto que exista la contradicción denunciada, pues a tales funcionarios no se les está autorizando para crear las comunas y corregimientos, labor que la Constitución ha asignado en forma exclusiva a los concejos. Por otra parte, el legislador en ejercicio de la facultad contenida en el numeral 10 del artículo 315 de la Carta, bien podía señalar funciones específicas a los alcaldes sin infringir la Ley Suprema, tal como sucede en el caso que se demanda.

5. CONCEPTO FISCAL

El Viceprocurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 638 del 30 de mayo de 1995, y en él solicita a la Corte declarar exequible la norma acusada. Son estos los argumentos en que fundamenta su solicitud:

- El artículo 320 Superior dispone que la ley puede establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalarles distinto régimen para su organización, gobierno y administración. La ley 136 de 1994, parcialmente demandada, estableció varias categorías de municipios con el objeto de racionalizar la administración municipal, lo que constituye un claro desarrollo de la norma constitucional citada.

- La diferenciación de los municipios respecto de la posibilidad de crear comunas "adquiere sentido bajo la consideración de que existen municipios cuyas vastas dimensiones dificultan las tareas de administración y gobierno, lo cual hace necesaria no solamente la división del territorio de modo que se faciliten, en primer orden, la prestación de los servicios y la participación democrática de la ciudadanía; sino también, y en esa medida, la instauración de instancias de mediación de las relaciones de poder entre la administración y sus administrados, ejemplos de lo cual lo constituyen las juntas administradoras locales. Sin embargo, hay municipios cuyas características no justifican la adopción de este tipo de medidas, toda vez que las propias dimensiones tanto de la extensión territorial como de la población implican una relación más directa con las autoridades, lo cual permite un mayor acercamiento a las necesidades y problemas de la comunidad, la injerencia de ésta en el manejo de lo público y un estrechamiento de los vínculos entre gobierno y gobernados".

- En un ámbito pequeño como el de los municipios de sexta categoría, por ejemplo, el campo de acción de las juntas administradoras locales prácticamente coincidiría con el del concejo y el alcalde; comparten con ellos funciones tales como la supervisión y control de la prestación de servicios públicos, la presentación de planes y programas de inversión y el diseño de mecanismos de participación democrática.

- La limitación para constituir juntas administradoras locales no implica la supresión de otros mecanismos de participación ciudadana. En primer lugar, porque la "limitación

para subdividir el territorio no opera respecto de zonas rurales, en las cuales la dispersión poblacional ampara la necesidad de establecer instancias de intermediación que representen los intereses y necesidades de los habitantes de sectores alejados, sino exclusivamente para zonas urbanas, en donde se halla concentrada una población relativamente escasa". Y en segundo lugar, porque continúa vigente el principio de participación democrática, garantizado a través de mecanismos como la elección popular, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato, la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, cívicas, sindicales y comunitarias, etc.

- El deber del alcalde de diseñar otros mecanismos de participación ciudadana, como lo ordena la norma acusada, no es extraño a sus funciones "si se considera que con la participación se pretende la intervención de la población en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, como son la mejora en la prestación de los servicios y la solución de los problemas y necesidades de la comunidad, actividades de clara índole adminsitrativa, cuya dirección está asignada constitucionalmente al alcalde como primera autoridad ejecutiva del municipio"; además, dicha función no se encuentra radicada en cabeza de ningún otro organismo.

- "Cuando la ley 136 de 1994 trata lo pertinente a la creación de comunas y corregimientos y a la constitución de J.A.L., está determinando el marco jurídico para que los concejos desarrollen la competencia que la Constitución les atribuye en virtud del artículo 318, por lo cual no es dable afirmar que se esté usurpando dicha competencia, ya que la ley no toma directamente la decisión de dividir el territorio en comunas".

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

Por dirigirse la acusación contra un precepto que forma parte de una ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4 del Estatuto Superior.

6.2. Facultades de los concejos municipales para crear "comunas" y "corregimientos"

Al municipio, como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, le corresponde "prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes" (art. 311 C.N.)

Con el fin de mejorar la prestación de los servicios en tales entes territoriales y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, el Constituyente les confirió facultades a los concejos municipales para "dividir sus municipios en comunas, cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos, en el caso de las zonas rurales" y ordenó que en cada uno de ellos debe existir una junta administradora local, elegida popularmente e integrada por el número de miembros que señale la ley, encargada de cumplir las funciones

que allí claramente se señalan, las que se relacionan, principalmente, con su participación en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas; la vigilancia y control de la prestación de los servicios municipales en su respectivo territorio y de las inversiones que se realicen con recursos públicos; la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los planes de inversión; la distribución de las partidas globales que se les asignen en el presupuesto municipal; y todas las demás funciones que el concejo municipal y otras autoridades locales les deleguen. (art. 318 C.N.)

La autorización que se concede en este canon constitucional a los concejos municipales para subdidir el territorio de sus municipios en "comunas" y "corregimientos", no es nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues antes de expedirse la Carta de 1991, la ley 11 de 1986, en su artículo 16, ya la contemplaba, en términos similares a los de hoy; al igual que lo relativo a la creación de juntas administradoras locales en cada uno de esos entes territoriales (art. 17), algunas de cuyas funciones fueron objeto de modificación. Cabe agregar también, que la creación de juntas administradoras locales por parte de los concejos municipales aparecía consagrada en el inciso final del artículo 196 del Estatuto Superior antes vigente.

Por otra parte, el artículo 320 de la Constitución Nacional, autoriza al legislador para establecer categorías de municipios, de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y "señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración", disposición que proviene de la reforma constitucional de 1945 y que aparecía codificada en la Constitución anterior en el inciso primero del artículo 198.

Pues bien: al analizar los dos preceptos constitucionales cuyo contenido se acaba de describir (arts. 318 y 320), advierte la Corte que guardan íntima relación y, en consecuencia, han de interpretarse en forma conjunta. Y es así como se llega a la conclusión de que los concejos municipales tienen una atribución facultativa para dividir el territorio de su jurisdicción en "comunas" en el sector urbano y "corregimientos" en el sector rural, dependiendo de las necesidades y particularidades propias de cada territorio y dentro de los parámetros normativos que dicte el legislador con fundamento en el artículo 320 precitado, que lo autoriza para categorizar los municipios y crear para ellos sistemas diferentes de su organización, gobierno y administración.

En desarrollo de este precepto superior se expidió la ley 136 de 1994, que aquí se demanda parcialmente, en cuyo artículo 6o. se categorizaron los municipios, atendiendo a su población y recursos fiscales como indicadores de sus condiciones socio-económicas, así:

- *Categoría especial,* compuesta por los municipios con población superior a 500.000 habitantes y cuyos ingresos anuales superen los 400.000 salarios mínimos legales mensuales.
- *Primera categoría,* los municipios con población comprendida entre 100.001 y 500.000 habitantes, con ingresos anuales que oscilen entrre 100.000 y 400.000 salarios mínimos legales mensuales.
- *Segunda categoría,* los municipios con población comprendida entre 50.001 y 100.000 habitantes y cuyos ingresos anuales oscilen entre 50.000 y 100.000 salarios mínimos legales mensuales.

- *Tercera categoría,* los municipios con población comprendida entre 30.001 y 50.000 habitantes y cuyos ingresos anuales oscilen entre 30.000 y 50.000 salarios mínimos legales mensuales.
- *Cuarta categoría,* los municipios con población comprendida entre 15.001 y 30.000 habitantes y cuyos ingresos anuales oscilen entre 15.000 y 30.000 salarios mínimos legales mensuales.
- *Quinta categoría,* los municipios con población comprendida entre 7.001 y 15.000 habitantes, y cuyos ingresos mensuales oscilen entre 5.000 y 15.000 salarios mínimos legales mensuales.
- *Sexta categoría,* los municipios con población inferior a 7.000 habitantes y con ingresos anuales no superiores a 5.000 salarios mínimos legales mensuales.

Y el parágrafo del artículo 117, prescribe: "En los municipios y distritos clasificados en categoría especial, primera y segunda, los concejos municipales podrán organizar comunas con no menos de diez mil (10.000) habitantes y en los clasificados en las categorías tercera y cuarta con no menos de cinco mil (5.000) habitantes", señalando en el inciso segundo, que: "*En los demás municipios, los alcaldes diseñarán mecanismos de participación ciudadana a través de los cuales la ciudadanía participe en la solución de sus problemas y necesidades*", siendo esta última parte la acusada, por infringir el artículo 318 de la Constitución pues, en criterio de las demandantes, la autorización que se concede a los concejos municipales para crear "comunas" en la zona rural de los municipios, no contiene restricción o condicionamiento alguno y, por tanto, no puede ser abolida para los municipios de quinta y sexta categoría como se hace en la norma demandada. Además, consideran que con tal proceder se establece una discriminación entre los municipios pequeños frente a los grandes y se despoja al concejo de una facultad exclusiva que no puede ser desconocida por la ley.

Yerran las demandantes en su apreciación y ello se debe a la interpretación aislada que hacen de los preceptos constitucionales reguladores del asunto materia de debate, ya que se limitan a analizar el contenido del artículo 318 de la Ley Suprema, ignorando por completo el artículo 320 ibidem, con el cual guarda íntima conexidad. Por esa razón, tienen que interpretarse en una forma coordinada y armónica, como se expresó en párrafos anteriores.

Cierto es, que en el artículo constitucional citado en primer término, se les confiere a los concejos municipales una facultad potestativa para dividir el territorio de su jurisdicción en "comunas" en el sector urbano y "corregimientos" en el sector rural, pero no es menos cierto que en el artículo 320 del mismo Ordenamiento, es el mismo Constituyente quien autoriza al legislador para establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica y *"señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración"* (destaca la Corte), lo cual significa que la ley puede con base en esas particularidades objetivas crear distintas categorías de municipios y estatuir tratamientos diferenciales, atendiendo a las necesidades y realidades propias de cada región.

Si el legislador está constitucionalmente facultado para darles una organización distinta a los municipios, nada le impedía hacerlo respecto a los de quinta y sexta categoría, como ocurrió en el presente caso, al no permitir que en el sector urbano se creen "comunas", debido al reducido número de habitantes y a su condición socio-económica.

Ahora bien: la presunta uniformidad o igualdad en los regímenes municipales, que las demandantes aducen, queda desvirtuada no solamente por el mandato del artículo 320 Superior

que permite hacer diferenciaciones entre los municipios de acuerdo con su categoría y los demás items allí enunciados, sino también por la existencia de otros regímenes especiales que la misma constitución consagra para el Distrito Capital, los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla (arts. 322 y 328); y normas del mismo ordenamiento en las que se regulan situaciones como la asignación de regalías para los municipios de acuerdo con su situación geográfica (arts. 331 y 360), la determinación de porcentajes de participación en los ingresos corrientes de la Nación (art. 357), etc. Además, considera la Corte que si se asignara idéntico régimen para todos los municipios sin tener en cuenta ciertas diferenciaciones objetivas que existen entre ellos, como por ejemplo sus necesidades básicas insatisfechas, su situación geográfica, el número de habitantes, sus condiciones económicas y sociales, se crearía una evidente desigualdad en detrimento de los mismos municipios, lo cual atentaría contra la misma Constitución que exige que la "igualdad sea real y efectiva".

En este orden de ideas, no les asiste razón a las demandantes, pues la norma demandada en lugar de contrariar la Constitución la respetó.

6.3 Participación ciudadana en los municipios

Se afirma en la demanda que la norma acusada también infringe el artículo 318 Superior, al atribuir a los alcaldes municipales la función de diseñar mecanismos de participación ciudadana en los municipios de quinta y sexta categoría, ya que esta tarea les corresponde ejecutarla a los concejos municipales. No comparte la Corte el argumento de las demandantes, pues no es cierto que en la disposición constitucional citada se haya tomado esa determinación; allí simplemente se faculta a los concejos municipales para dividir el territorio en "comunas" y "corregimientos", se señala cuál es la finalidad o propósito de esta medida -mejorar la prestación de los servicios públicos y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local- y se instituyen las denominadas juntas administradoras locales con sus respectivas funciones.

La no autorización para crear comunas en las zonas urbanas y, por ende, juntas administradoras locales, "no implica la supresión de los mecanismos de participación ciudadana, pues continúan vigentes los que consagra la Constitución y la ley", como acertadamente lo manifiesta el Viceprocurador General de la Nación, y que en sentir de la Corte se constituyen en instrumentos o mecanismos igualmente idóneos y eficaces para asegurar la presencia de la comunidad en el manejo, control y vigilancia de los asuntos locales; además, las juntas administradoras locales son un medio para garantizar la participación de la ciudadanía, pero no son el único medio instituído para ello.

Esta Corporación se ha referido ampliamente a los mecanismos de participación ciudadana que consagra nuestro ordenamiento constitucional, en los diferentes campos. Ver entre otras, C-089/94 y C-180/94, algunos de cuyos apartes vale la pena transcribir, con el único fin de mostrar a las accionantes la multiplicidad de medios con que cuentan los ciudadanos para participar activamente en el manejo de los asuntos nacionales y locales, en la toma de decisiones, en el control y vigilancia de la gestión pública, en la prestación de los servicios públicos, etc.

"En el campo de la organización política electoral se amplían los mecanismos existentes antes de la expedición de la Carta de 1991. El artículo 40 consagra el derecho a participar en la

conformación, ejercicio y control del poder político no sólo mediante la facultad de elegir y ser elegido sino también a través del ejercicio de mecanismos de participación directa, votaciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato (art. 103 C.P.). Por otra parte, se asegura la participación de partidos y movimientos minoritarios en la mesas directivas de los cuerpos colegiados (art. 112 C.P.) y se permite la participación de los partidos o movimientos políticos que no hacen parte del gobierno en los organismos electorales (art. 112 C.P.). La Carta Política también establece el voto programático (art. 259) y adiciona los mecanismos de participación en el proceso de reforma constitucional, permitiendo que grupos representativos de ciudadanos presenten proyectos de actos legislativos (art. 375) o soliciten someter a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular (art. 377)".

"En cuanto al ejercicio de la función administrativa, se deberá dar participación efectiva a la mujer en los niveles decisorios de la administración (art. 40-2 C.P.). Por mandato constitucional el legislador está llamado a organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública en los diferentes niveles administrativos y sus resultados (art. 270)".

"Mención especial merece la proyección de la democracia participativa en el campo de los servicios públicos. Al Estado, con la participación de los particulares y de la comunidad, le ha sido confiado el incremento progresivo de la cobertura de la seguridad social (art. 48 C.P.) y la prestación del servicio público de la salud (art. 49 C.P.). La participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones de educación (art. 68 C.P.) y el fomento de las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación (art. 41) son signos distintivos del servicio público de la educación. En general, la gestión y fiscalización de las empresas estatales de servicios públicos deberá ser determinada por la ley (art. 369 C.P.) de manera que se haga realidad la participación de los miembros de la comunidad en las decisiones que más directamente los afectan".

"A nivel de la rama legislativa del poder público se otorga a los grupos significativos de ciudadanos la posibilidad de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional (art. 155 C.P.) y de participar a través de organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernan en materia del control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad (art. 78 C.P.)"

"En lo que respecta al régimen territorial la Constitución hace extensivo el principio democrático a la órbita departamental y municipal, mediante la elección directa de alcaldes y gobernadores (arts 303 y 314 C.P.), la realización de consultas populares a iniciativa de los respectivos jefes del ente territorial (art. 105 C.P.), la participación ciudadana en los asuntos públicos de carácter local (art. 314 C.P), la participación de las juntas administradoras locales en los planes y programas municipales de desarrollo económico y social, y la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas en la conformación y el gobierno de los territorios indígenas, especialmente en lo que concierne a la explotación de los recursos naturales (arts. 229 y 230)".

"En materia económica, presupuestal y de planeación, también ha operado un fenómeno de proliferación de espacios y mecanismos de participación democrática, superando la antinomia

entre capital y trabajo, la Constitución otorga al legislador la posibilidad de establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (art. 57). El Estado, por su parte, en los procesos de privatización de las entidades en las que tiene participación deberá tomar las medidas conducentes para democratizar la titularidad de las acciones (art. 60).

Igualmente, es deber del Estado promover el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra (art. 64 C.P.) y garantizar la igualdad de oportunidades en el uso del espectro electromagnético, interviniendo para evitar prácticas monopolísticas (art. 78 C.P.). De manera deliberada el Constituyente ha buscado la democratización de la sociedad colombiana y la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (arts. 1 y 13 C.P.) al acoger como rutero para la distribución del gasto público y la participación en los ingresos corrientes de la Nación aquél que tiene en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas (arts. 350 y 357). Por su parte, el legislador es responsable de la determinación de los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo (art. 342 C.P.). A su vez, diversos sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales integrán junto con representantes de las entidades territoriales el Consejo Nacional de Planeación, organismo de carácter consultivo y foro para la discusión del plan nacional de desarrollo (art. 340 C.P.)"

"En cuanto a la democratización de las organizaicones privadas, la Constitución exige de los colegios profesionales, de los sindicatos y de los gremios una estructura interna y un funcionamiento acordes con los principios democráticos (arts. 26 y 39 C.P.) y así mismo obliga a las organizaciones deportivas a adoptar una estructura y propiedad democráticas (art. 52 C.P.). Es deber del Estado contribuir a la constitución de mecanismos democráticos que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales de manera que se ejerza un control y vigilancia más efectivos de la gestión pública desarrollada por aquéllas (art. 103 C.P.)"

"Finalmente, el legislador está llamado a garantizar la participación de la comunidad en la toma de decisiones que pueden afectar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (art. 79 C.P.)" (sent. 089/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

La autorización que en la norma demandada se concede a los alcaldes municipales para diseñar mecanismos de participación con el fin de permitir a la ciudadanía de los municipios de quinta y sexta categoría participar en la solución de sus problemas y necesidades, no vulnera la Constitución pues desarrolla uno de los fines del Estado, cual es el de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" (art. 2) y, como en el artículo 311 ib, se les asigna a los municipios la tarea de "promover la participación comunitaria", quién mejor para hacerlo que el alcalde municipal, quien es su representante. Si la Constitución de 1991 se caracteriza precisamente por ser "democrática y participativa", nada impide que se establezcan otros instrumentos distintos a los estatuídos por el Constituyente para lograr que el ciudadano se interese por los asuntos locales, y mediante una relación más estrecha con la administración participe activamente en la búsqueda de soluciones para la satisfacción de sus propias necesidades y el bienestar social de la comunidad.

Finalmente, cabe agregar que los mecanismos de participación ciudadana en algunos casos son creados directamente por el Constituyente como se expresó en la sentencia antes transcrita, y

en otros se autoriza a la ley para hacerlo. Así, a la ley le corresponde organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (art. 270 C.N.); fijar los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo y las modificaciones correspondientes (art. 342 C.N.); determinar los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; definir la participación de los municipios o de sus representantes en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369 C.N.); garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el derecho a un ambiente sano (art. 79 C.N.), etc.

Así las cosas, no encuentra la Corte que el precepto acusado vulnere la Constitución y, en consecuencia, será declarado exequible.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del parágrafo del artículo 117 de la ley 136 de 1994.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-448
octubre 4 de 1995

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Extralimitación de facultades/**FISCAL GENERAL DE LA NACION**-Límite temporal para asignar funciones a jueces

Al confrontar el precepto legal acusado con el mandato constitucional, se advierte claramente, sin necesidad de efectuar mayor análisis, que el Presidente de la República excedió las facultades concedidas en lo que respecta al límite temporal fijado en la norma superior, pues la asignación de competencias para el caso de los jueces penales municipales podía extenderse por un término que no excediera de 4 años, contados a partir de la expedición de la Constitución, hecho que tuvo ocurrencia el día 7 de julio de 1991, fecha de su promulgación. En consecuencia, la asignación de competencias, en relación con los juzgados penales municipales, tenía como fecha límite el día 7 de julio de 1995, y la disposición demandada la extendió hasta el 30 de noviembre de 1995. Así las cosas, la violación del límite temporal fijado en la Carta, por la norma acusada, constituye infracción del mandato superior y, en consecuencia, habrá de declararse su inexequibilidad.

FISCALIAS LOCALES-Término para iniciar funcionamiento

Las autoridades competentes del Estado se hallan obligadas, de manera perentoria, al exacto, estricto y puntual cumplimiento del término máximo consagrado en el artículo transitorio 27 de la Constitución para la implantación plena de las dependencias que hayan de ejercer la función fiscal a nivel de los municipios y la consiguiente operatividad integral del sistema acusatorio; ese término no puede exceder de cuatro años contados a partir del 7 de julio de 1991, fecha de entrada en vigencia de la Carta Política".

Referencia: Expediente No. D-892

Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 193 parcial del Decreto 2699 de 1991.

Demandante: Faride Guerrero Mosquera

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana FARIDE GUERRERO MOSQUERA solicita a la Corte que declare inexequible la parte final del artículo 193 del Decreto 2699 de 1991, por infringir el artículo 27 transitorio de la Constitución.

Cumplidos los trámites previstos en la Constitución y en la ley para esta clase de asuntos, procede la Corte a decidir.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

El aparte demandado es el que se resalta dentro del texto al que pertenece:

DECRETO 2699 DE 1991

"Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación"

"Artículo 193. El presente Decreto ley deroga las disposiciones que le sean contrarias y tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación. La competencia de los distintos despachos judiciales que se incorporan a la Fiscalía se irá asignando por el Fiscal General de la Nación a medida que las condiciones concretas lo permitan sin exceder del 30 de junio de 1992, salvo para los jueces penales municipales cuya implantación se extiende por el término de cuatro (4) años a partir de la publicación de este Decreto ley."

III. RAZONES DE LA DEMANDA

Dada la brevedad de la demanda ésta se trascribirá en su integridad, aclarando que la actora cita como precepto constitucional infringido el artículo 27 transitorio.

"Confrontando la norma legal con la norma Constitucional se denota que la primera (art. 193 D.2699-91 parte final) otorga la posibilidad de asignar por parte del Fiscal General de la Nación, funcionarios de esta dependencia a las diferentes esferas de la rama jurisdiccional en materia penal; sin embargo como se observa en el artículo transcrito, la ley da la opción a la Fiscalía de extender esta IMPLANTACION a los jueces penales municipales por el término de 4 años a partir de la publicación de ese decreto- ley."

"Esta publicación se realizó en el Diario Oficial el día 30 de noviembre de 1991, luego; como especifica el artículo en mención, la extensión de la implantación de fiscales a nivel penal municipal se empezaría a contar desde el 30 de noviembre de 1991, cuyos 4 años de plazo se vencerían el 30 de noviembre de 1995."

"Es así como en contraposición con lo que estipula el artículo anterior, el artículo Transitorio de la Constitución ya mencionado afirma que la extensión de esta implantación a nivel penal municipal se correrá por 4 años a partir de la expedición de la reforma Constitucional, expedición esta que se realizó los primeros días de julio de 1991."

"Así de esta manera es claro que la facultad otorgada por la nueva Constitución sólo iría hasta el 7 de julio de 1995 y no hasta el 30 de noviembre del mismo año, como intenta hacerlo ver el art. 193 del decreto 2699 de 1991".

IV. INTERVENCIONES

El término de fijación en lista transcurrió, sin que se presentara intervención ciudadana, ni de las entidades públicas a quienes se les comunicó la iniciación del proceso.

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación solicita declarar inexequible el aparte final del artículo 193 del Decreto 2699 de 1991, con fundamento en las mismas consideraciones que presenta la demandante, y que él expresa así:

"La disposición objeto de revisión, tal como lo anota la demandante, consagra un término más prolongado que aquel al que se refiere el artículo transitorio 27 constitucional, el cual de forma clara y expresa señala el término de cuatro (4) años contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución para la asignación de la competencia de las Fiscalías en los diferentes despachos de los juzgados penales municipales... ".

"De tal manera que es el 7 de julio de 1995 la fecha límite para la asignación de dicha competencia en los diversos despachos de los jueces penales municipales y no el 30 de noviembre de 1995, tal como lo establece la disposición impugnada al señalar que los cuatro años se contarían a partir de la fecha de la expedición del Decreto-ley 2699 de 1991 (publicado en el Diario Oficial No. 40190 del 30 de noviembre de 1991), afectándose con tal previsión la validez de la norma parcialmente acusada".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

a. Competencia

La Corte es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma demandada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 transitorio de la Constitución, en concordancia con el artículo 5 transitorio ibidem.

b. Facultades al Presidente de la República para organizar la Fiscalía General de la Nación.

La Carta Fundamental creó la Fiscalía General de la Nación, como órgano de la Rama Judicial del poder público, encargado de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes (artículos 249 y siguientes); institución que entraría a funcionar una vez el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le concedió el Constituyente en el literal a) del artículo 5 transitorio, expidiera los decretos extraordinarios que la organizaran y los que establecieran los nuevos procedimientos penales. Tales atribuciones

vencían, según lo prescrito en el artículo 11 transitorio, el día en que se instalara el Congreso elegido el 27 de octubre de 1991, esto es, el 1o. de diciembre del mismo año.

En desarrollo de la precitada habilitación, el Presidente de la República, respetando el término fijado por el Constituyente, expidió el 30 de noviembre de 1991 el Decreto 2699 de 1991 (Diario Oficial No. 40190), denominado estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y en su artículo 193 dispuso:

"El presente Decreto ley deroga las disposiciones que le sean contrarias y tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación. La competencia de los distintos despachos judiciales que se incorporan a la Fiscalía se irá asignando por el Fiscal General de la Nación a medida que las condiciones concretas lo permitan sin exceder del 30 de junio de 1992, ***salvo para los jueces penales municipales cuya implantación se extiende por el término de cuatro (4) años a partir de la publicación de este Decreto ley",*** *siendo este último aparte el demandado, por infringir el término señalado en el artículo 27 transitorio del Estatuto Superior.*

Pues bien: el artículo 27 transitorio de la Carta en cuanto se refiere al tema objeto de debate, prescribe:

"La Fiscalía General de la Nación entrará a funcionar cuando se expidan los decretos extraordinarios que la organicen y los que establezcan los nuevos procedimientos penales, en desarrollo de las facultades concedidas por la Asamblea Nacional Constituyente al Presidente de la República."

"En los decretos respectivos se podrá, sin embargo, disponer que la competencia de los distintos despachos judiciales se vaya asignando a medida que las condiciones concretas lo permitan, sin exceder del 30 de junio de 1992, salvo para los jueces penales municipales, cuya implantación se podrá extender por el término de cuatro años contados a partir de la expedición de esta reforma, *según lo dispongan el Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación". (Destaca la Corte).*

Al confrontar el precepto legal acusado con el mandato constitucional transcrito, se advierte claramente, sin necesidad de efectuar mayor análisis, que el Presidente de la República excedió las facultades concedidas en lo que respecta al límite temporal fijado en la norma superior, pues la asignación de competencias para el caso de los jueces penales municipales podía extenderse por un término que no excediera de 4 años, contados a partir de la expedición de la Constitución, hecho que tuvo ocurrencia el día 7 de julio de 1991, fecha de su promulgación. En consecuencia, la asignación de competencias, en relación con los juzgados penales municipales, tenía como fecha límite el día 7 de julio de 1995, y la disposición demandada la extendió hasta el 30 de noviembre de 1995. Así las cosas, la violación del límite temporal fijado en la Carta, por la norma acusada, constituye infracción del mandato superior y, en consecuencia, habrá de declararse su inexequibilidad.

En igual sentido se había pronunciado la Corte en la sentencia C-396/94, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, al resolver la demanda de inconstitucionalidad

contra los artículos 11, 12 y 19 de la ley 81 de 1993, cuando al referirse al contenido del artículo 27 transitorio del Estatuto Superior, expresó: "Advierte la Corte, eso sí, que las autoridades competentes del Estado se hallan obligadas, de manera perentoria, al exacto, estricto y puntual cumplimiento del término máximo consagrado en el artículo transitorio 27 de la Constitución para la implantación plena de las dependencias que hayan de ejercer la función fiscal a nivel de los municipios y la consiguiente operatividad integral del sistema acusatorio; ese término -se repite- no puede exceder de cuatro años contados a partir del 7 de julio de 1991, fecha de entrada en vigencia de la Carta Política".

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

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el aparte del artículo 193 del Decreto 2699 de 1991, que dice: "salvo para los jueces penales municipales cuya implantación se extiende por el término de cuatro (4) años a partir de la publicación de este decreto-ley".

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-449
octubre 4 de 1995

NULIDAD PROCESAL-Oportunidad para declararla

Las partes pueden alegar la nulidad, dentro de la instancia, aun después de dictada la sentencia, cuando aquélla se origina en la propia sentencia. Hay diversidad de oportunidades para alegar la nulidad. Pero lo que no podría permitirse, porque sería contrario a la seguridad jurídica, sería el dejar abierta la puerta para que en cualquier tiempo el juez que hubiera conocido de un proceso declarara oficiosamente su nulidad. Ello implicaría la destrucción de la cosa juzgada.

Referencia: Expediente No. D-877

Demanda de inconstitucionalidad del numeral 85 (parcial) del artículo 1o. del decreto ley 2282 de 1989 "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil"

Actor: Jorge Luis Pabón Apicella.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cuarenta y cuatro (44), de cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Jorge Luis Pabón Apicella, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6 y 241, numeral 5, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1o., numeral 85 (parcial) del decreto ley 2282 de 1989.

Por auto del diez y siete (17) de abril de 1995, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación del negocio en lista para asegurar la intervención ciudadana dispuesta en los artículos 242, numeral 1, de la Constitución, y 7, inciso segundo, del decreto 2067 de 1991. Igualmente, dispuso el envío de copia de la demanda al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, y al 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 Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. NORMA ACUSADA.

El siguiente es el texto de la norma acusada, con la advertencia que se subraya la expresión demandada:

"DECRETO NUMERO 2282 DE 1989
(octubre 7)

" Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora por ella establecida,

"DECRETA:

"Artículo 1o: Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

"85. El artículo 157, quedará de 145, así:

"Declaración oficiosa de la nulidad. En cualquier estado del proceso ***antes de dictar sentencia****, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1 y 2 del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará."*

B. LA DEMANDA.

En concepto del actor, la expresión demandada vulnera la prevalencia del interés general consagrado en el artículo 1o., de la Constitución, así como el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 del mismo estatuto.

Para el demandante, las nulidades dentro del ordenamiento jurídico son un mecanismo que el legislador ha instituído para garantizar no sólo el debido proceso, sino el interés general que, como principio fundamental de nuestro Estado Social de Derecho, está involucrado en cada proceso. Interés cuya prevalencia es aún más evidente, en la nulidades que tienen el carácter de insaneables.

En consecuencia, la expresión demandada desconoce tanto la prevalencia del interés general como el derecho al debido proceso, al impedir que el juez, por la existencia de una sentencia que ha puesto fin al proceso, decrete la existencia de una nulidad insaneable.

Una sentencia viciada por una nulidad insaneable no puede tener efecto vinculante para las partes ni para el juez. En consecuencia, no existe razón alguna para que el juzgador que encuen-

tra una nulidad insaneable no la pueda declarar oficiosamente, pues él, está en la obligación de hacer prevalecer el interés general y el respeto por el orden constitucional.

Finalmente, se argumenta que con la expresión acusada, se desconoce la obligación que tienen las autoridades de proteger, entre otros, los bienes de los ciudadanos, deber consagrado en el artículo 2o. de la Constitución, porque con fundamento, por ejemplo, en un proceso ejecutivo nulo, se pueden rematar bienes sin respaldo constitucional alguno y con el desconocimiento ostensible del derecho al debido proceso.

C. INTERVENCIONES

De conformidad con el informe secretarial del cuatro (4) de mayo del año en curso, el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma demandada venció en silencio.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Por medio de oficio número 630, de mayo dieciocho (18) de 1995, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar *EXEQUIBLE* la expresión "antes de dictar sentencia" contenida en el numeral 85, del artículo 1o., del decreto 2282 de 1989.

El Procurador explica que en razón del *principio de la seguridad jurídica*, la facultad del juez para decretar las nulidades consideradas por el legislador como insaneables, debe tener un límite, y ese no es otro que la existencia de la sentencia que ha puesto fin al proceso respectivo.

Según el Ministerio Público, el juez está obligado a desarrollar el proceso cumpliendo los principios de celeridad y economía procesal, evitando cualquier actuación que pueda causar una nulidad. Por tanto, la posibilidad de que éste pueda decretar nulidades aun después de dictada la sentencia, no sólo implicaría el desconocimiento de estos principios, sino una extralimitación en sus funciones, pues, como sujeto procesal que es, está obligado a respetar etapas procesales, términos y a desplegar la actividad que sea necesaria para subsanar cualquier vicio que por su omisión o de las partes puedan entorpecer el proceso. Al respecto afirma:

"En el juez, quien sólo es sujeto procesal mas no parte, no existe interés diferente al de cumplir con la función que a través de él desarrolla el Estado para la realización del orden jurídico. Por ello, debe presumirse en su actuar el cuidado y el conocimiento de quien tiene a su cargo la delicada misión de administrar justicia, interés que se cristaliza al dictar la sentencia que desata las pretensiones de la acción."

Finalmente, y en relación con el ejemplo que presenta el actor, en relación con los procesos ejecutivos, afirma que existen dentro del mismo Código de Procedimiento Civil, mecanismos para dejar sin efectos, las diligencias de remate viciadas de nulidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Corte Constitucional a resolver sobre este proceso, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, pues la demanda fue presentada contra una norma que hace parte de un decreto con fuerza de ley, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- El fundamento de la demanda.

Como se ha visto, el actor considera que la limitación establecida por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, al determinar que el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe antes de dictar sentencia, es contraria a la Constitución. Concretamente, él afirma que tal restricción viola el principio de la prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado, y el debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución.

Será menester examinar, en consecuencia, la norma acusada, a la luz de los artículos 1o. y 29 de la Constitución.

Tercera.- Razón de ser de la limitación contenida en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil.

La limitación que el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil impone al juez en cuanto a la oportunidad para declarar de oficio la nulidad insaneable que observe, es una aplicación del principio de la eventualidad o de la preclusión. Según este principio, el proceso está dividido en períodos o etapas, dentro de los cuales pueden cumplirse determinados actos o realizarse determinadas conductas. Es éste un principio fundamental para el orden que debe existir en el proceso.

En consecuencia, vencido el término señalado para el cumplimiento de una actividad procesal, ésta ya no puede, en general, realizarse y si se realiza carece de valor o de eficacia.

En este principio de la eventualidad o de la preclusión, están fundados los términos diversos que se establecen en los procesos: para contestar la demanda, para interponer los recursos, para pedir la práctica de pruebas, para alegar, etc.

En el caso que nos ocupa, vemos que la norma acusada concuerda con el inciso primero del artículo 142, según el cual "Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta, si ocurrieron en ella".

De todo lo anterior se deduce que las partes pueden alegar la nulidad, dentro de la instancia, aun después de dictada la sentencia, cuando aquélla se origina en la propia sentencia.

Existen, además, otras limitaciones nacidas del principio de la eventualidad. Así, de conformidad con el inciso primero del artículo 143, "No podrá alegar la nulidad quien.... no la alegó como excepción previa, habiendo tenido oportunidad para hacerlo".

De otra parte, conviene recordar el origen histórico de algunas de las normas del actual Código de Procedimiento Civil. Cuando éste se dictó, en 1970, se buscaba reaccionar contra la mala costumbre generalizada de dilatar los procesos por diversos medios, entre ellos la proposición

injustificada de recursos e incidentes de nulidad. Era frecuente, por ejemplo, promover incidentes para que se declararan supuestas nulidades de orden constitucional.

Contra esos malos hábitos reaccionó, con buenos resultados, el Código de 1970.

Cuarta.- Por qué la norma acusada no quebranta el artículo primero de la Constitución.

En el proceso civil, en principio, se debate sobre intereses particulares. Es cierto que hay un interés general en que se administre justicia. Pero esta consideración no puede llegar hasta el extremo de estimar que todas las normas procesales deban analizarse solamente a la luz del interés general. Basándose exclusivamente en el interés general, alguien podría sostener que cualquiera estaría llamado a intervenir en un proceso civil, aunque nada tuviera que ver con los derechos en él controvertidos.

Principios generales, como el de la prevalencia del interés general y el de la vigencia de un orden justo, se satisfacen cuando se cumple el procedimiento señalado, es decir, cuando se respeta el debido proceso. Dicho en otros términos, cuando la pretensión que el actor aduce o la defensa que el demandado opone, se juzga por el juez competente, conforme al derecho vigente, y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Quinta.- Por qué la norma demandada no viola el artículo 29 de la Constitución.

Lo dicho hasta ahora puede bastar para desechar la acusación contenida en la demanda. Sin embargo, conviene exponer otras razones para demostrar su exequibilidad.

La primera: la oportunidad señalada en el inciso primero del artículo 142 no clausura la posibilidad que tienen las partes de alegar la nulidad. En efecto, veamos.

Según el inciso tercero del mismo artículo 142 "la nulidad por indebida representación o falta de notificación y emplazamiento en legal forma, podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión..." E igual ocurre, según el inciso final, con la nulidad originada en la sentencia que ponga fin al proceso, contra la cual no proceda recurso alguno.

En relación con el recurso de revisión, el artículo 380, al establecer sus causales, repite lo previsto por el artículo 142.

No hay que olvidar que el recurso extraordinario de revisión procede contra todas la sentencias ejecutoriadas, con excepción de las dictadas por los jueces municipales en única instancia.

De otra parte, la nulidad también puede alegarse en casación, según el numeral quinto del artículo 368 del Código, que consagra como causal de este recurso el "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado".

Hay, pues, diversidad de oportunidades para alegar la nulidad. Pero lo que no podría permitirse, porque sería contrario a la seguridad jurídica, sería el dejar abierta la puerta para que en

cualquier tiempo el juez que hubiera conocido de un proceso declarara oficiosamente su nulidad. Ello implicaría la destrucción de la cosa juzgada.

En síntesis, la manera como el legislador reglamente los procesos, corresponde al ejercicio de sus facultades, y no tiene límite constitucional diferente al respeto, en términos generales, del derecho de defensa. De éste son manifestaciones las normas relativas a las notificaciones, los recursos, las nulidades, la contradicción de las pruebas, etc.

Sexta.- Conclusión.

La expresión demandada no viola, como se ha explicado, los artículos 1o. y 29 de la Constitución. Y tampoco se observa que sea contraria a norma alguna de la misma Constitución.

En consecuencia, la Corte Constitucional la declarará EXEQUIBLE.

III.- DECISION

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

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE la expresión **"antes de dictar sentencia"**, contenida en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1o. numeral 85.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-450
octubre 4 de 1995

DERECHO DE HUELGA-Concepto

El derecho de huelga constituye un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de asegurar la creación de un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa.

DERECHO DE HUELGA-Límites

La huelga no constituye un derecho absoluto, pues está sujeto a limitaciones que emergen de la misma Constitución. El carácter no absoluto del derecho de huelga se explica por la repercusión que su ejercicio puede causar, hasta el punto de que llegue a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas que no son actoras del conflicto. De esta manera, no es posible concebir la huelga como una simple afirmación de la libertad sindical ni como una relación privada entre trabajadores y empleadores, porque normalmente sus objetivos, la magnitud del conflicto, y las condiciones y características de su ejecución, rebasan los aludidos ámbitos, de manera tal que se pueden ver vulnerados o amenazados los derechos e intereses de la comunidad y del propio Estado, como ocurre cuando se afecta el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Alcance/**DERECHO DE HUELGA**-Límites

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. El derecho de los trabajadores a hacer la huelga con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo y sociales, si bien representa un derecho constitucional protegido, en el sentido de que contribuye a la realización efectiva de principios y valores consagrados en la Carta, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos, por el mayor rango que estos tienen en el ordenamiento constitucional. Además, es mayor el perjuicio que se causa en sus derechos fundamentales a los usuarios, cuando aquéllos son afectados, que los beneficios que los trabajadores derivan de la huelga para mejorar sus condiciones de trabajo.

SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Definición legal

A juicio de la Corte no resultan irrazonables ni desproporcionadas las normas jurídicas mencionadas, en punto a considerar que, bajo el presente examen, en principio, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales.Sin embargo ello no obsta, para que el Legislador en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 56 de la Constitución y con base en la experiencia y la realidad nacionales pueda hacer una redefinición total o parcial de dichas actividades como servicios públicos esenciales.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO EN CONFLICTOS COLECTIVOS/SENTENCIA CONDICIONADA

Es inconstitucional la letra a) del art. 452 del C.S.T., en cuanto de modo general somete a arbitramento obligatorio los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos, sin sujeción a las prescripciones generales sobre la materia, previstas en los arts. 444, incisos 1 y 2, 445 numerales 2, y 448 numerales 3 y 4 del C.S.T. y 3 numeral 4 de la ley 48 de 1968, cuando en virtud del art. 56 de la Constitución, la huelga sólo no está garantizada en los servicios públicos esenciales, definidos por el legislador. De este modo, haciendo obligatorio el arbitramento de manera general en los servicios públicos, se comprende tanto a los que no son esenciales, en los cuales está permitida la huelga, como a los que son esenciales en los cuales no está garantizada. Como la norma es constitucional, en cuanto se entienda referida a los servicios públicos esenciales, se declarará exequible, siempre que se interprete en el sentido de que ella alude única y exclusivamente a los servicios públicos esenciales y no a los demás servicios públicos.

Referencia: Expediente No. D-849

Peticionario: Jaime Antonio Díaz Martínez

Norma Acusada: Código Sustantivo del Trabajo artículo 430 subrogado por el Decreto 753 de 1956, literales b) y h), y 452, subrogado por el Decreto ley 2351 de 1965 artículo 34, numeral 1°.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a proferir el fallo correspondiente en relación con la demanda presentada por el ciudadano Jaime Antonio Díaz Martínez.

II. LA NORMA ACUSADA

Se transcriben a continuación los textos de las normas de los artículos 430, subrogado por el art. 1o. del decreto 753 de 1956, y 452, subrogado por el art. 34 del decreto Ley 2351 de 1965, resaltando en negrilla los apartes de dichas normas que se acusan:

ARTICULO 430.- PROHIBICION DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PUBLICOS.- Subrogado por el Decreto 753 de 1956, artículo 1°.- De conformidad con la Constitución Nacional está prohibida la huelga en los servicios públicos.

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;

b) ***Las empresas de transporte por tierra, agua y aire****; y de acueducto, energía eléctrica y* ***telecomunicaciones****;*

c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;

d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;

e) Las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados;

f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;

g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;

h) ***Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno;***

ARTICULO 452.- PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO. Subrogado D.L. 2351 de 1965, art. 34.

1.- ***Serán sometidos a arbitramento obligatorio:***

a) Los conflictos colectivos del trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación.

III. LA DEMANDA.

Según el demandante los apartes de las normas que se acusan son violatorias de los artículos 1, 2, 4, 25, 39, 53, 55 y 56 de la Constitución Política. El concepto de la violación lo expone en la siguiente forma:

- La normatividad acusada tenía un relativo sustento constitucional en la anterior Constitución que garantizaba el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos. En cambio,

en la nueva Constitución desaparece el aludido sustento ya que la huelga sólo se ha excluido de los servicios públicos esenciales.

- Luego de citar una parte de la sentencia C-473 de 1994 de la Corte, en relación con el derecho de huelga y el principio *"in dubio pro libertate"* que se desprende naturalmente de los artículos 2o. y 5o. de la Constitución, dice el demandante que en Colombia se ha extremado la restricción al derecho de huelga por razones eminentemente políticas, al considerar arbitrariamente cualquier actividad como de servicio público, de modo que la huelga se "ha convertido en algo excepcional y sólo vigente en sectores sin incidencia económica".

- Alude la demanda al conflicto entre el derecho de los usuarios a la prestación del servicio y el derecho de los trabajadores a ejercer el derecho colectivo (organización, contratación y huelga) y después de citar otros apartes de dicha sentencia, expresa:

  "Los derechos de los usuarios, no siempre se deben imponer sobre los derechos de los trabajadores a ejercer la huelga. Los derechos de los usuarios, sólo en aquellos casos que se refieran a la vida, salubridad y seguridad se imponen al derecho de huelga. Los usuarios tienen el derecho a que la sociedad y el Estado presten un servicio, pero a su vez éste puede ser corriente (no público), público y público esencial. Cuando estamos ante el corriente o el público, se podría pensar en que el servicio se debe prestar, si no existe una razón jurídica que pueda impedirlo. Esa razón jurídica es un derecho superior, que es el derecho de huelga. Cuando se coloca en la balanza el derecho a la vida, a la seguridad, a la salubridad (derechos esenciales), frente al derecho de los trabajadores a la huelga, obviamente se impone el derecho del usuario a su servicio esencial".

  La noción de servicio público esencial es algo objetivo y material que debe ser definido por el legislador, pero es obvio que si una actividad no es materialmente un servicio público esencial no podrá el legislador prohibir o restringir la huelga porque estaría violando el art. 56 de la Carta.

- En relación con la letra b) del art. 430 del C.S.T., dice el demandante que la suspensión del servicio del transporte por tierra, agua o aire, no pone en peligro la vida, la salubridad o la seguridad de las personas, aunque sí reconoce que "afecta a sectores de la economía nacional" como igualmente los afecta toda huelga.

- En cuanto hace relación con el literal h) de la norma en referencia, igualmente afirma el demandante que las actividades indicadas tampoco ponen en peligro la vida ni la salubridad ni la seguridad de las personas. Se podría destacar que las actividades de explotación refinación, transporte, distribución de petróleo y sus derivados, son de importancia económica para el país, pero de ahí a pasar a negar el derecho de huelga, con ese argumento es abiertamente inconstitucional, en razón de que todas las actividades, en mayor o menor escala son importantes para el país. El problema que se debe resolver, en materia de huelga es el conflicto entre la categoría de derechos de los usuarios, que entran en tensión con el derecho de huelga.

- Complementa el actor su acusación con respecto a los apartes normativos acusados del art. 430, de la siguiente manera:

*" En los artículos 39 y 55, como un desarrollo del art. 25, se ha establecido el derecho a la organización sindical y a la contratación colectiva, respectivamente. Pues la Doctrina Internacional, ha considerado que establecer el derecho a la organización sindical y el derecho a la contratación colectiva, sin permitir el derecho a la huelga, **como regla**, equivale en la práctica a negar la organización y la contratación colectiva, ya que dichos tres elementos, forman parte de un mismo derecho **organización, contratación y huelga**".*

En cuanto al derecho de huelga de los trabajadores oficiales, afirma el demandante que la Constitución Política, restringió el derecho a la huelga sin tomar en cuenta si el vínculo contractual es con el Estado o con los particulares. El criterio único fue el de estar o no vinculado con actividades catalogadas como servicio público esencial.

- Finalmente dice el actor que el derecho de huelga sufre una restricción en cuanto somete a tribunales de arbitramento obligatorio los conflictos colectivo de trabajo que se presenten en los servicios públicos, pues "a los mencionados tribunales, sólo serían sometidas las diferencias que subsistieran una vez terminada la etapa de "conversaciones", pero solo en aquellas actividades definidas como servicios públicos esenciales. No podríamos pensar que en materia de Tribunales de Arbitramento Obligatorio, todo sigue igual, ya que ello significaría que no hubo cambios a nivel constitucional, en cuanto hace referencia al derecho de huelga en los servicios no esenciales".

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

El ciudadano Pedro Nel Londoño Cotes, interviniente en favor del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, solicitó a la Corte declarar exequibles las normas demandadas y, en subsidio la declaración de su exequibilidad, pero condicionada a la expedición de la ley de servicios públicos esenciales por el Congreso, en los términos del artículo 56 de la Constitución.

Los argumentos del interviniente se resumen así:

El derecho de huelga no es de aplicación inmediata, si se tiene en cuenta que el art. 56 que lo garantiza condiciona su ejercicio a lo que determine la regulación legislativa.

Podría aducirse entonces que respecto de la norma acusada en cuanto prohíben la huelga en las actividades calificadas como servicios públicos, se estaría frente a la denominada por la doctrina "inconstitucionalidad sobreviniente" o derogatoria automática, porque la norma constitucional garantiza la huelga salvo en los servicios públicos esenciales.

Igualmente el interviniente dice que el Estado no podría garantizar el deber de prestación de los servicios públicos esenciales y no esenciales, en los términos del art. 365 de la Constitución, si no cuenta con las herramientas legales necesarias para asegurar dicha prestación, como es la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales. De ahí concluye, que deben

mantenerse las normas acusadas mientras el legislador no haga la definición de las actividades que se consideran servicios públicos esenciales.

Sobre la acusación que el demandante hace a los dos literales del art. 430, afirma:

"....es necesario precisar que el criterio internacional sobre el tema de los servicios públicos esenciales, expuestos por la Organización Internacional del Trabajo O.I.T. a que se refiere el demandante, es a título doctrinal, conceptual, y vale decir, son conceptos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de esa Organización, pero de manera alguna norma positiva o Convenio Internacional vigente".

La simple aseveración del demandante de que la suspensión del servicio de transporte por tierra y aire o de las actividades relativas a la explotación, refinación y distribución del petróleo y sus derivados no pone en peligro derechos fundamentales como la vida y la salud, es meramente subjetiva, no consulta la realidad nacional que es diferente a la de otros países mucho más avanzados. Es por esta circunstancia que no existe "una reglamentación a nivel internacional, pues necesariamente -y así lo ha expresado la O.I.T.-, existen condiciones y citaciones especiales de cada país, que debe recoger la legislación nacional ...".

Finalmente agrega:

"De las anteriores consideraciones de orden constitucional, así como de la Jurisprudencia que se ha transcrito, claramente se infiere que existen en el presente asunto principios y derechos constitucionales que no requieren per-se de una reglamentación o desarrollo legal tales como: el interés general, la garantía de prestación de servicios públicos, los deberes sociales del Estado y eventualmente, atentar contra derechos fundamentales como el derecho a la vida, que se verían conculcados frente a una norma que la propia Carta exige desarrollo legal, frente a lo cual deben primar los primeros".

"Así las cosas, resulta procedente diferir una decisión definitiva sobre el asunto, hasta tanto el legislador haya definido la noción de servicio público esencial, lo cual permitiría un pronunciamiento total sobre el mismo....".

V. INTERVENCION DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación en su concepto de rigor, solicitó a la Corte declarar exequibles las normas demandadas. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Si bien la calificación de servicio público otorgada a las actividades señaladas en los literales impugnados pertenece a un texto legal anterior a la expedición del actual ordenamiento constitucional, no es menos cierto que las actividades correspondientes no han sido desvirtuadas como servicio público esencial por el Congreso, y mientras eso no suceda resulta conveniente y razonable reputarlas como servicios públicos esenciales.

Debe ser el Congreso de la República como legislador ordinario y no el ejecutivo o la Corte Constitucional quienes definan cuales son los servicios públicos esenciales, de manera que se haga una regulación a tono con la nueva Ley Fundamental, porque la calificación de servicio público dada a una determinada actividad, comporta complejos juicios de conocimiento -mas que de valor- que deben resultar de una discusión abierta y pública en el seno del Congreso antes que del arbitrio político o de los temores y prejuicios del Ejecutivo, como ocurrió en el pasado, "o de la sabiduría mas ético -normativa que empírico- positiva del juez constitucional".

De todas formas, es menester que la Corte Constitucional nuevamente exhorte al legislador para que adopte la legislación correspondiente, de manera que no se vuelva, por la supervivencia inercial de disposiciones que empiezan a ser inadecuadas, nugatorio el derecho de huelga y de negociación colectiva, que debe amparar a buena parte de los servidores públicos en el marco de la nueva Constitución.

El artículo 452 literal a) del C.S.T. contempla la institución del arbitramento obligatorio para los conflictos del trabajo que se presenten en los servicios públicos, y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o conciliación. Este precepto legal no puede seguir produciendo los mismos efectos absolutos que se le reconocieron en el pasado si se admite que con ocasión de la expedición de la Carta de 1991 se amplió el derecho a la huelga a los trabajadores oficiales que laboran en entidades cuyo objeto no sea la prestación de un servicio público esencial.

"En efecto, el establecimiento de los tribunales de arbitramento obligatorio en los conflictos colectivos del trabajo suscitados en los servicios públicos tuvo justificación la imposibilidad jurídica para los servidores públicos que laboraban en empresas de servicios públicos de ejercer el derecho de huelga. Por lo tanto, basta con saber si la actividad desarrollada por una empresa significaba la prestación de un servicio público, independientemente de si el mismo era atendido por una entidad estatal o del sector privado, para someter forzosamente el conflicto colectivo, una vez agotada la etapa de arreglo directo, al tribunal de arbitramento"

Los trabajadores oficiales actualmente tienen la posibilidad de ejercer el derecho de huelga, con la única excepción de los que tengan a su cargo la prestación de los servicios esenciales definidos por el legislador (sentencia C-110/94). Por lo tanto es indudable, que el art. 452 del C.S.T. "ha sufrido una sustancial modificación porque en adelante ha de entenderse que solamente los conflictos colectivos del trabajo surgidos en las empresas de servicios públicos esenciales quedan sometidos al arbitramento obligatorio, una vez se agote la instancia del arreglo directo sin obtener solución, por cuanto los servidores públicos que allí laboren no pueden ejercer el derecho a la huelga. Esta interpretación le permite al precepto en cuestión avenirse a los dictados superiores sobre la materia".

En razón de lo dicho, los trabajadores oficiales que no estén vinculados a una empresa dedicada a la prestación de un servicio público esencial, pueden escoger entre la realización de la huelga o la convocatoria a un tribunal de arbitramento voluntario "el cual se torna obligatorio al tenor de lo dispuesto en el literal b) del art. 452 bajo examen".

Hay que precisar, que los empleados públicos no podían ni pueden actualmente pensar en arbitramento obligatorio, porque constitucionalmente carecen de ese derecho a la negociación

colectiva y a la huelga; solamente pueden elevar peticiones respetuosas a las autoridades en materia laboral.

En síntesis, el literal a) del art. 452 del C.S.T. permite dos interpretaciones: una contraria a la Constitución, según la cual el tribunal de arbitramento obligatorio sigue vigente para los conflictos que se presenten en todos los servicios públicos. La otra, acorde con aquélla, que se enunciaría diciendo que el arbitramento obligatorio sólo procede en los servicios públicos esenciales.

Se observa finalmente, que los empleados públicos que laboren en empresas que presten servicios públicos no esenciales, no adquieren la misma facultad de los trabajadores oficiales para optar por el arbitramento o la huelga, porque ellos tienen restringidos los derechos a la huelga y a la negociación colectiva.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Esta Corte es competente, según el art. 241-4 de la Constitución para conocer de la demanda contra los apartes normativos acusados del art. 430, del C.S.T., porque las normas del decreto 753 de 1956 que lo reformaron, fueron adoptadas como legislación permanente por la ley 141 de 1961. Igualmente la Corte es competente conforme al artículo 241-5 de la Carta para conocer de la demanda en relación con el art. 452 del C.S.T. por tratarse de normas pertenecientes a un decreto-ley.

2. Delimitación de la problemática que se debate en el proceso.

El actor en su demanda plantea la inconstitucionalidad de los literales b) y h) del art. 430 del C.S.T., porque prohíbe la huelga en las actividades de servicio público concernientes a "las empresas de transporte por tierra agua y aire y telecomunicaciones" y a la "explotación, refinación, transporte y explotación de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del Gobierno", que materialmente no son servicios esenciales. De este modo, resulta quebrantado el art. 56 de la Constitución que únicamente no garantiza la huelga en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, pero sí en los demás servicios.

Igualmente, el demandante juzga inconstitucionales el encabezamiento del numeral 1 y la letra a) del mismo correspondientes al art. 452 del C.S.T., porque somete a arbitramento obligatorio todos los conflictos colectivos del trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo, cuando sólo es procedente dicho arbitramento en aquellas actividades definidas por el legislador como servicios públicos esenciales.

Con el fin de determinar la constitucionalidad de los segmentos normativos acusados, la Corte concentrará su estudio en la temática que a continuación se desarrolla.

3. El derecho de huelga en la Constitución.

La huelga es un derecho garantizado y excepcionalmente limitado por la Constitución y la ley, que faculta a la mayoría de los trabajadores de una empresa, sindicalizados o no, para sus-

pender colectivamente y en forma temporal y pacífica sus labores, previa la observancia de ciertos requisitos de procedimiento, con el fin de lograr el equilibrio de sus derechos e intereses colectivos de naturaleza económica y social frente al patrono.

En la sentencia C-009 de 1994[1] se dijo que el derecho colectivo dentro de la perspectiva constitucional comprende: la libertad de asociación sindical (art. 39 C.P.); la institución de la asociación profesional; el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga. Con respecto a este último se expresó que "constituye un medio para que los trabajadores y las asociaciones sindicales defiendan sus intereses económicos y sociales, en lo relativo a la obtención de mejoras en las condiciones de trabajo y reivindicaciones en el ámbito de la respectiva profesión u oficio, como también en la implementación de políticas gubernamentales en el campo social y económico".

En épocas pasadas la huelga era la resultante de la suspensión del trabajo cumplida mediante una unión meramente material de los trabajadores. Su fundamento jurídico, explica el tratadista Mario de la Cueva[2] "era el derecho natural del hombre a no trabajar sin su pleno consentimiento, pero justamente por este fundamento, la huelga era un derecho individual, pues pertenecía a cada trabajador; el estado de huelga resultaba del ejercicio simultáneo de muchos derechos individuales". En estas circunstancias, la realización de la huelga constituía una situación de hecho, cuyos efectos jurídicos consistían en que la suspensión de labores por el trabajador era un acto contrario al derecho, esto es, ilícito y generador de responsabilidad, porque implicaba el incumplimiento de su obligación de prestar el servicio.

El mismo tratadista[3] explica el tránsito de la huelga como hecho a la huelga como acto jurídico, cuando dice que "en el pasado, la suspensión de labores no producía, como efectos jurídicos, los buscados por los obreros; éstos, en efecto, pretendían imponer su voluntad a los no huelguistas y al empresario y mantener vigente las relaciones individuales de trabajo en tanto se decidía el conflicto que motivó la huelga, pero los efectos atribuídos por el derecho eran, precisamente, los contrarios, pues la voluntad predominante era la de los no huelguistas y del empresario; es cierto que en ocasiones, por ser mayoría los huelguistas y por razones técnicas que impedían la continuación de las labores o por la solidaridad obrera que no permitía la sustitución de los huelguistas, los trabajos, de la empresa podían quedar totalmente suspendidos, pero esto ocurría por cuestiones de hecho y no como efecto jurídico...".

En cambio, en el presente la huelga como acto jurídico produce los efectos jurídicos queridos por los trabajadores en cuanto al reconocimiento de sus derechos e intereses comunes, con arreglo al derecho colectivo del trabajo. Así entonces, la huelga considerada como un acto jurídico exige su encuadramiento dentro del ordenamiento jurídico, que determina a nivel constitucional y legal el conjunto de las reglamentaciones requeridas para el ejercicio del derecho.

El derecho de huelga constituye un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los

---

1 Antonio Barrera Carbonell.

2 Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II pág. 766, novena edición, Editorial Porrua S.A.

3 Obra citada págs. 767 y 768.

trabajadores, con el fin de asegurar la creación de un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa.

El art. 56 de la Constitución alude al derecho de huelga, en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La Ley reglamentará este derecho".

Sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la huelga y sus limitaciones esta Corte en la sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994[4], expresó lo siguiente:

"La lectura de la norma muestra que ella consagra un principio general y una limitación a tal principio. En efecto, de un lado, el artículo reconoce y garantiza la huelga mientras que, de otro lado, señala que este derecho no está constitucionalmente garantizado en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Este análisis estructural de la norma tiene una gran importancia hermenéutica, ya que la excepción a la garantía constitucional de un derecho debe ser siempre interpretada de manera restrictiva, a fin de que ella sea lo menos gravosa posible. De lo contrario, se corre el riesgo no sólo de convertir la excepción en regla sino, además, se puede eliminar toda eficacia normativa a la consagración constitucional del derecho, contrariando con ello el principio hermenéutico de la "in dubio pro libertate", el cual se desprende naturalmente de los artículos 2° y 5° de la Constitución".

"Conforme a lo anterior, la Constitución reconoce, como principio general, la huelga como un derecho que está radicado en cabeza de los trabajadores y de las asociaciones de trabajadores. Esta consagración es fruto de una evolución jurídica que comenzó por el abandono de la teoría de la huelga-delito, según la cual estos ceses de concertados de actividades de parte de los trabajadores eran punibles por cuanto atentaban contra las libertades económicas. Posteriormente, el constitucionalismo colombiano, desde la reforma de 1936, superó la concepción de que las huelgas eran simplemente toleradas por el Estado en circunstancias que éste podía definir discrecionalmente, para incorporar la noción de la huelga-derecho, según la cual ésta es una facultad legítima que no puede ser limitada sino de acuerdo a los criterios establecidos por la propia Constitución, y sin que se pueda vulnerar su contenido esencial. Finalmente, la Constitución de 1991, por las razones señaladas en el numeral anterior, confirió un lugar esencial y relevante al derecho de huelga en el nuevo orden constitucional."

"La Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio. Así, los trabajadores pueden entonces efectuar huelgas para reivindicar mejoras en las condiciones

---

4 MP Alejandro Martínez Caballero.

económicas de una empresa específica, o para lograr avances de las condiciones laborales de un determinado sector, y en general para la defensa de los intereses de los trabajadores."

No obstante, la huelga no constituye un derecho absoluto, pues está sujeto a limitaciones que emergen de la misma Constitución, como tuvo ocasión de advertirlo la Corte en la sentencia T-443 de 1992[5], en la cual se dijo:

"Pero, desde luego, también con arreglo a los principios constitucionales, el derecho de huelga ha de ejercerse dentro del presupuesto del marco jurídico invocado por el Preámbulo, atendiendo a la prevalencia del interés general, como lo estatuye el artículo 1° de la Carta Política y en el entendimiento de que todo derecho tiene deberes correlativos, como con meridiana claridad se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 2° y 95 de la Constitución".

"No se trata, entonces, de un derecho ajeno al sistema jurídico sino, por el contrario, de un instituto definido por preceptos constitucionales y legales dentro ae contornos que de tiempo atrás ha subrayado la jurisprudencia, en orden a garantizar, de una parte, la eficaz garantía de su legítimo ejercicio por los trabajadores y de la otra, la defensa del interés colectivo, que no puede verse perjudicado por aquél; ambos son derechos constitucionales de clara estirpe democrática que no tienen por qué provocar, con base en desmesuradas concepciones, la ruptura de la normal y armónica convivencia social".

"Es en concordancia con este criterio, de ningún modo extraño a las consideraciones del Constituyente tanto en 1936 como en 1991, que la Carta Política en vigor determinó la garantía del derecho de huelga como principio general y señaló, por razones de interés colectivo, la salvedad de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, agregando que la ley reglamentará este derecho".

El carácter no absoluto del derecho de huelga se explica por la repercusión que su ejercicio puede causar, hasta el punto de que llegue a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas que no son actoras del conflicto. De esta manera, no es posible concebir la huelga como una simple afirmación de la libertad sindical ni como una relación privada entre trabajadores y empleadores, porque normalmente sus objetivos, la magnitud del conflicto, y las condiciones y características de su ejecución, rebasan los aludidos ámbitos, de manera tal que se pueden ver vulnerados o amenazados los derechos e intereses de la comunidad y del propio Estado, como ocurre cuando se afecta el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Las circunstancias anotadas explican las razones por las cuales el art. 56 superior defiere al legislador la reglamentación del ejercicio del derecho de huelga y la definición de los servicios públicos esenciales en los cuales la huelga no se garantiza.

La determinación de dichos servicios comporta la necesidad de sopesar el derecho de los trabajadores a interrumpir el trabajo y los derechos de los usuarios de los servicios públicos

---

5 MP José Gregorio Hernández Galindo.

esenciales en que se mantenga la continuidad de la prestación de los mismos. Ello lo observó la Corte en la aludida sentencia C-473/94, en los siguientes apartes:

"El artículo 56 superior resulta de una tensión valorativa, propia a todo Estado social de derecho, entre, de un lado, el reconocimiento del derecho de los trabajadores a efectuar suspensiones del trabajo para defender sus intereses y lograr un mayor equilibrio en las relaciones laborales y, de otro lado, la necesidad que tiene el Estado de garantizar la continuidad en la prestación de ciertos servicios públicos esenciales, por los graves efectos que su interrupción total podría tener en los derechos de los ciudadanos. Hay pues un conflicto eventual entre, de un lado, los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que sin ser parte en el conflicto laboral como tal, se pueden ver afectados y perjudicados por ceses generales de actividades; y, de otro lado, los derechos de los trabajadores que laboran en tales servicios, quienes se pueden ver enventualmente despojados de instrumentos legítimos para la defensa de sus intereses, como la huelga. Tal conflicto lo resuelve la Constitución no garantizando la huelga en los servicios públicos esenciales, lo cual muestra que fue voluntad expresa del Constituyente proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que aparecen así como una limitación constitucional al derecho a la huelga de los trabajadores".

"El derecho comparado muestra que este tipo de restricciones a la huelga se encuentra en la mayoría de los países. Así sucede, por ejemplo, en Italia, en donde la Ley 146 del 12 de junio de 1990 autoriza la huelga en los servicios esenciales pero con limitaciones a fin de proteger los derechos constitucionales de los usuarios de tales servicios: así, como en Italia ha predominado el principio de la autodisciplina sindical, la Ley establece que los códigos de autorreglamentación sindical deben prever en estas actividades preavisos no inferiores a diez días y garantizar un nivel de prestaciones mínimas compatible con la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios[6]. La regulación constitucional, legal y jurisprudencial española tiene orientaciones similares: se autoriza también la huelga en los servicios esenciales a la comunidad pero se estable un sistema de garantías para el mantenimiento de un mínimo de servicios que evite la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios[7]. Según el Tribunal Constitucional español debe buscarse "un razonable equilibrio entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los sacrificios soportados por los usuarios del servicio"[8]. En Francia, el Consejo Constitucional ha señalado que corresponde al legislador, bajo el control del juez constitucional, conciliar el derecho de huelga con la continuidad del servicio público, puesto que ambos son principios constitucionales de igual valor[9]".

---

6 Ver Temistocles Martínez. Diritto Costitutzionale (7 Ed). Milano: Giuffré Editore, 1992. pp 747 y ss.

7 Ver los artículos de Fernando Valdés Dal-Re. "El derecho de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad" y de Manuel Alarcón Caracuel "Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad" en VV.AA. Los derechos fundamentales y libertades públicas. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, Tomo pp 953 y ss.

8 Ver entre otras, Tribunal Constitucional. Sentencia 53/86 del 5 de mayo de 1986.

9 Ver Consejo Constitucional, decisión 105 del 25 de julio de 1979 en Louis Favoreu. Loic Philip. Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel. París: Sirey. 1991, pp 391 y ss.

"Todo este demuestra que las limitaciones constitucionales al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales con el derecho de huelga de los trabajadores. En efecto, estamos en presencia de una colisión entre principios y derechos fundamentales protegidos por la Constitución. En tales casos, en virtud del principio de efectividad de los derechos fundamentales (CP art. 2), siempre se debe preferir la interpretación que permita la armonización y la compatibilidad de los derechos sobre aquella que imponga un sacrificio excesivo a alguno de ellos, tal y como esta Corte lo ha establecido en numerosas oportunidades. Así, esta Corporación ha sostenido que "el intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en el sopesamiento de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y función que cada derecho cumple en una sociedad democrática.[10]"

4. La función del legislador en la definición de los servicios públicos esenciales.

En la referida sentencia C-473/94, la Corte se pronunció en el sentido de que no se puede admitir "una discrecionalidad política del legislador para definir la limitación en el derecho de huelga", por la circunstancia de que corresponde al Congreso señalar las actividades que constituyen servicios públicos esenciales.

La Corte en dicha sentencia optó por la fórmula, según la cual, "la Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que ésta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella".

Si bien es cierto que la norma del art. 56 no confiere al legislador una competencia arbitraria y absolutamente discrecional para hacer la referida definición, es obvio que la voluntad política del Congreso en dicha tarea debe estar dirigida a expedir una regulación que consulte la filosofía propia del Estado Social de Derecho y los principios, valores y derechos constitucionales, de modo que se busque un punto de equilibrio entre el derecho que tienen los trabajadores a la huelga como instrumento para mejorar sus condiciones económicas y sociales y lograr la justicia en las relaciones laborales, e igualmente el derecho que tienen los usuarios de los servicios públicos esenciales a que se mantenga su continuidad de modo que no se afecten sus libertades y derechos fundamentales.

Acorde con dicha concepción, estima la Corte que la definición de los servicios públicos esenciales, atendiendo a su materialidad, debe consultar, entre otros, los siguientes criterios, no taxativos o exhaustivos, sino meramente indicativos:

La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o

---

[10] Corte Constitucional, C-473/94. MP Alejandro Martínez Caballero.

prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquélla puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad.

El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios.

El derecho de los trabajadores a hacer la huelga con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo y sociales, si bien representa un derecho constitucional protegido, en el sentido de que contribuye a la realización efectiva de principios y valores consagrados en la Carta, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos, por el mayor rango que estos tienen en el ordenamiento constitucional. Además, es mayor el perjuicio que se causa en sus derechos fundamentales a los usuarios, cuando aquéllos son afectados, que los beneficios que los trabajadores derivan de la huelga para mejorar sus condiciones de trabajo. Es obvio, que la balanza de los intereses y derechos en conflicto debe inclinarse en favor de los derechos fundamentales.

De lo dicho se infiere, que al valorar los intereses en conflicto, a efectos de hacer la definición de los servicios públicos esenciales, el Legislador debe partir de bases serias, objetivas y razonables, de modo que la respectiva regulación guarde proporcionalidad entre el respeto a los derechos fundamentales de los usuarios y el derecho de los trabajadores a la huelga.

Hasta la presente, han sido definidos como servicios esenciales los siguientes: la actividad de la banca central (inciso 2 del art. 39 de la ley 31 de 1992, declarado exequible según sentencia C-521/94. M.P. Jorge Arango Mejía), los servicios públicos domiciliarios (ley 142/94) y el servicio de seguridad social en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud y con respecto al sistema general de pensiones, "en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones" (art. 4o, ley 100/93).

5. Cargos de la demanda.

En anterior oportunidad, la Corte mediante la sentencia C-473 de 1994, varias veces citada, había resuelto "declarar exequible el inciso primero del art. 430 del Código Sustantivo del Trabajo, siempre que se trate, conforme al art. 56 de la Constitución Política, de servicios esenciales definidos por el Legislador". En dicha oportunidad, deliberadamente la Corte se abstuvo, por insuficiencia de la pretensión del demandante, de determinar si materialmente las actividades allí enlistadas correspondían o no a definiciones de servicios públicos esenciales y si éstas desde el punto de vista material se adecuaban o no a la preceptiva constitucional.

Pero como en esta ocasión precisamente se cuestiona la constitucionalidad de los literales b) y h) del art. 430 del C.S.T., en razón de que a juicio del demandante las actividades que allí se mencionan no constituyen servicios públicos esenciales, la Corte procede a resolver de fondo la cuestión planteada, así:

Con respecto al literal b) de la mencionada disposición estima que las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, indudablemente son servicios públicos esenciales, porque están destinadas a asegurar la libertad de circulación (art. 24 C.P.), o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc).

En relación con las empresas de telecomunicaciones, igualmente sus actividades constituyen servicios esenciales, porque ellas tienden a garantizar la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones y la de informar y recibir información. Igualmente, pueden resultar necesarias o constituir medios para asegurar el ejercicio o el amparo de otros derechos fundamentales, tales como los mencionados anteriormente.

En lo atinente a las actividades de explotación, refinación y transporte de petróleo y sus derivados, a que alude la letra h), estima la Corte que éstas son actividades básicas y fundamentales para asegurar a su vez otras actividades esenciales, como el transporte, la generación de energía, etc., todas ellas dirigidas a asegurar igualmente el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. Por consiguiente, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales.

Por lo demás, a juicio de la Corte no resultan irrazonables ni desproporcionadas las normas jurídicas mencionadas, en punto a considerar que, bajo el presente examen, en principio, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales.Sin embargo ello no obsta, para que el Legislador en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 56 de la Constitución y con base en la experiencia y la realidad nacionales pueda hacer una redefinición total o parcial de dichas actividades como servicios públicos esenciales.

Consecuente con los anteriores razonamientos la Corte declarará la exequibilidad de los literales b) y h) del art. 430 del C.S.T. Pero debe advertir, que la decisión adoptada en el presente proceso sólo se contrae a la consideración como servicios públicos esenciales de las actividades a que aluden los referidos literales, pues en cada caso concreto sometido a su consideración la Corte examinará si una determinada actividad, atendiendo a su contenido material, corresponde o no a un servicio público esencial.

En lo que concierne con el cargo que se formula contra el encabezado del numeral 1 y la letra a) del art. 452 la Corte considera, que dicho aparte no es inconstitucional, porque su enunciado preceptivo no sólo cobija al arbitramento obligatorio en los servicios públicos sino, a los demás casos de arbitramento que se prevén en sus restantes literales.

No obstante, estima la Corte que es inconstitucional la letra a) en referencia, en cuanto de modo general somete a arbitramento obligatorio los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos, sin sujeción a las prescripciones generales sobre la materia, previstas en los arts. 444, incisos 1 y 2, 445 numerales 2, y 448 numerales 3 y 4 del C.S.T. y 3 numeral 4 de la ley 48 de 1968, cuando en virtud del art. 56 de la Constitución, la huelga sólo no está garantizada en los servicios públicos esenciales, definidos por el legislador. De este modo, haciendo

obligatorio el arbitramento de manera general en los servicios públicos, se comprende tanto a los que no son esenciales, en los cuales está permitida la huelga, como a los que son esenciales en los cuales no está garantizada.

Como la norma es constitucional, en cuanto se entienda referida a los servicios públicos esenciales, se declarará exequible, siempre que se interprete en el sentido de que ella alude única y exclusivamente a los servicios públicos esenciales y no a los demás servicios públicos.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados de los literales b) y h) del art. 430 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto 753 de 1956.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE la expresión "serán sometidos a arbitramento obligatorio" del art. 452 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965. Igualmente declarar EXEQUIBLE el literal a) del mismo artículo, pero bajo el entendido de que el arbitramento obligatorio sólo procede en los conflictos colectivos que se presenten en los servicios públicos esenciales, definidos por el legislador en los términos del art. 56 de la Constitución Política.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-451
octubre 4 de 1995

HONORARIOS DE ARBITROS-Condición negativa/**LAUDO ARBITRAL**-Nulidad

Contraído el examen al segundo pago de honorarios, su regulación legal no vulnera la Constitución. En ejercicio de la anotada libertad legislativa, podía configurarse la obligación de pagar este segunda parte de los honorarios sujetándola a una condición negativa, como en efecto se hizo. Así como respecto del primer pago, se prefirió establecer una obligación pura y simple de pagar la mitad de los honorarios, en relación con el segundo, bien podía optarse por contemplar una obligación condicional. En el presente caso, la determinación legal de los hechos que constituyen la condición negativa a la que se supedita el pago de la segunda parte de los honorarios, es razonable si se tiene en cuenta que los mismos configuran causales objetivas de anulabilidad del laudo. En todo caso, la situación del primer pago es diferente, ya que éste se cancela con anterioridad a la sentencia de nulidad del laudo, la cual sólo alcanza a impedir que se configure el derecho a exigir la segunda parte de los honorarios y es por eso que únicamente como hecho constitutivo de la condición negativa despliega sus efectos sobre la obligación referida a dicha porción.

RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS

La firmeza del pago de la primera parte de los honorarios, corresponde al derecho a la remuneración que tienen los árbitros, pero ella no es óbice para que los mismos puedan ser condenados judicialmente a resarcir los perjuicios que su conducta culposa o dolosa - y por error grave - inflija a las partes.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Los árbitros, como autoridades públicas, deben ceñir su conducta a los postulados de la buena fe. La declaración de nulidad del laudo, evidencia que de una u otra manera éste viola la ley. Empero, de la sentencia de nulidad no puede traslucirse necesariamente que los árbitros obraron de mala fe, asumiendo un comportamiento desleal que desvirtúa la expectativa legítima que normalmente cabe esperar de una persona encargada de administrar justicia. La mala fe no puede presumirse. Requiere ser probada e individualizada.

HONORARIOS DE ARBITROS-Pago en dos contados/**PRINCIPIO DE EQUIDAD**

La escisión del pago de los honorarios en dos contados, supeditando el último instalamento al cumplimiento de ciertas condiciones, traduce un criterio de conveniencia y oportunidad

que se fundamenta en una determinada visión de equilibrio y equidad en la distribución de los derechos, deberes, cargas y riesgos derivados del pacto arbitral. La justicia arbitral, por la circunstancia de ser pagada, no se torna inmune a las causales de nulidad ni las partes que acuden a ella pueden pretender que, por haber cancelado los honorarios, adquieren el derecho a que se profiera un laudo exento de todo vicio, como si éste fuese una mercancía y la obligación de los árbitros la de obtener ese resultado.

Referencia: Expediente No. D-889

Actor: Héctor Rodríguez Pizarro

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34 (parcial), 40 (parcial) y 44 (parcial) del Decreto 2279 de 1989 "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares, y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Aprobado por Acta N° 44

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, 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 de constitucionalidad contra los artículos 34 (parcial), 40 (parcial) y 44 (parcial) del Decreto Legislativo 2279 de 1989 "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones".

I. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Decreto Número 2279 de 1989
(octubre 7)

"Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones"

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora en ella establecida,

DECRETA:

(...)

Artículo 34. *El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, aun por quienes hayan salvado el voto y por el secretario; si alguno se negare, perderá* ***el saldo de*** *los honorarios que le corresponda, el cual se devolverá a las partes.*

(...)

Artículo 40. *Vencido el término de los traslados el tribunal dictará sentencia. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes con arreglo a lo previsto para los procesos civiles.*

Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los números 1,2,3,4,5 y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del Laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará.

Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 ó 6 del artículo 38, los árbitros no tendrán derecho a ***la segunda mitad de*** *los honorarios.*

Parágrafo. *De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales.*

(...)

Artículo 44. *Terminado el proceso, el presidente del tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos; entregará a los árbitros y al secretario la segunda mitad de sus honorarios, cubrirá los gastos pendientes y, previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.*

Los árbitros y el secretario no tendrán derecho a ***la segunda mitad de*** *sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido el laudo.*

(La negrilla corresponde a las expresiones demandadas)

II. ANTECEDENTES

1. Con base en las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República a través de la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora en ella establecida, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 2279 de octubre 7 de 1989, publicado en el Diario Oficial N° 29.012 de octubre 7 de 1989.

2. El 31 de enero de 1995, el ciudadano HECTOR RODRIGUEZ PIZARRO, presentó ante la Corte Constitucional demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34 (parcial), 40 (parcial) y 44 (parcial) del Decreto Ley 2279 de 1989, por considerarlos violatorios de los artículos 1, 2, 4, 25, 29, 83, 229, 6, 123, 124, 228 y 230 de la C.P.

3. El 3 de mayo de 1995, el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, GONZALO SUAREZ BELTRAN, sometió a consideración de esta Corporación un memorial dirigido a defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

4. El ciudadano JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY impugnó los cargos de la demanda mediante escrito presentado ante la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 18 de mayo de 1995.

5. El señor Procurador General de la Nación, en oficio de mayo 22 de 1995, rindió el concepto de rigor.

III. CARGOS E INTERVENCIONES

Para una mayor claridad expositiva, se resumirán, en primer término, los cargos que el actor endilga a las normas acusadas seguidos, cada uno de ellos, de los apartes pertinentes de los escritos del Ministerio Público, del apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, y del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry. Si respecto de un cargo en particular no se menciona la posición de cualquiera de las intervenciones mencionadas, ello obedece a que en el respectivo escrito no se encontró el correlativo argumento.

Primer cargo: Violación de los artículos 1, 4 y 25 de la Constitución Política. Presunta vulneración de la dignidad del trabajo y de la solidaridad

El trabajo que desempeñan los árbitros y el secretario de un tribunal de arbitramento los dignifica, y debe generar algún provecho para las partes y la comunidad. Este supuesto no se da en aquellos eventos en los cuales el laudo es anulado, o se presentan las causales de pérdida del 50% de los honorarios. Si así llegare a ocurrir, los árbitros y el secretario deberían devolver los honorarios percibidos y perder el derecho a recibir la suma pendiente.

En efecto, según los postulados del Estado Social de Derecho, a nadie le está permitido lucrarse de su propia culpa. Quien no ha trabajado en la forma en que la sociedad espera que lo haga, y se enriquece a costa de tal situación, viola los artículos 25 y 29 de la Carta, pues, el que accede a la justicia arbitral, tiene derecho a una pronta y cumplida justicia y al debido proceso; derechos que resultan violados en caso de ser anulado el laudo. Por este motivo, la nulidad debe tener efectos plenos y no parciales, como se deriva de las normas acusadas, que permiten la retención de la mitad de los honorarios por parte de los árbitros y el secretario, incluso si éstos han actuado en contra de la Constitución y la Ley.

Posición del Procurador General de la Nación

El actor no advierte que la primera mitad de los honorarios que perciben los árbitros se justifica ampliamente, a manera de pago anticipado previsto por la ley, para el impulso de la actuación.

En la eventualidad contemplada por el artículo 34 del Decreto 2279 de 1989, el laudo ya ha sido proferido pero el árbitro o el secretario se niegan a firmarlo, lo cual indica que la tarea encomendada al tribunal de arbitramento ha sido cumplida formalmente aunque no se haya perfeccionado. El artículo 103 del Código de Procedimiento Civil, impone a los funcionarios judiciales la obligación de firmar los actos que profieran, so pena de ser sancionados con una multa que no equivale a la totalidad de su sueldo, sino a la mitad de un salario mínimo mensual por cada infracción. Encuentra, el Ministerio Público, una evidente similitud entre lo establecido para los jueces ordinarios y las previsiones relativas a los árbitros.

De la misma manera, desconocer la totalidad de los honorarios de los árbitros en caso de ser anulado el laudo equivaldría a no considerar "una tarea cumplida de manera equivocada, pero efectivamente realizada".

Lo anterior se hace igualmente extensible al evento de ser proferido el laudo arbitral fuera de los términos fijados para el efecto (artículo 44 del Decreto 2279 de 1989). En efecto, las etapas procesales se cumplieron - y, por ende, la labor encomendada se realizó -, pero no dentro de los plazos previstos por la ley. Esta tardanza puede conllevar para los árbitros "que éstos respondan de manera igual como lo impone el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil a los jueces civiles (...). En tal virtud podrían verse compelidos, en la hipótesis de su incumplimiento a responder aún por el dinero recibido como anticipo y por los perjuicios que su omisión o acción tardía pudieran haber causado a las partes que los convocaron".

En la vía judicial contemplada por la legislación procedimental civil para hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria de los árbitros, no opera el automatismo que propone el actor en lo relativo a la pérdida de la integridad de los honorarios. Por el contrario, para que operen las sanciones procedentes, los árbitros tendrán la oportunidad de ser oídos y vencidos en juicio antes de ser condenados, cumpliéndose así las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución.

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

La solicitud del actor resulta contraria al derecho fundamental al trabajo. En efecto, la actuación de un tribunal de arbitramento va mucho más allá de proferir un laudo, "por cuanto es obligación de los árbitros y del secretario realizar un estudio concienzudo del conflicto sometido a su decisión, así como el de practicar las pruebas que sean necesarias para llegar a esclarecer la discrepancia y posteriormente proferir su laudo. Todos los pasos anteriores a la expedición del laudo implican estudio, análisis, es decir trabajo".

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

El artículo 25 de la Constitución Política otorga una especial protección tanto al trabajo dependiente "como el independiente en cualquiera de sus modalidades, incluyéndose la prestación personal de un servicio". Los árbitros dedican su tiempo y sus conocimientos para resolver el problema que se ha sometido a su jurisdicción, desempeñando así una labor personal que se compensa mediante una determinada retribución de carácter pecuniario. La penalización de los árbitros con la pérdida de la integridad de sus honorarios desconocería la labor personalmente desarrollada y violaría, por ende, el derecho constitucional al trabajo.

Establecer que los árbitros pierdan la totalidad de sus honorarios en caso de incumplimiento "rompe el principio de igualdad frente a los demás jueces, quienes pueden ser morosos o sus providencias pueden revocarse por el superior, sin que por tal motivo, pierdan parte de su salario".

Los árbitros, como los jueces, son responsables civil y penalmente y, por ello, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil permite la solicitud de una indemnización total y plena por los perjuicios causados a través del proceso ordinario. Por esta razón, no puede decirse que el incumplimiento de los deberes por parte de los árbitros sólo se sanciona con la pérdida del 50% de sus honorarios. De otra parte, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil contiene sanciones más benignas que las contempladas por el Decreto 2279 de 1989 - que decreta la pérdida de la mitad de los honorarios por el simple paso del tiempo -, pues permite el ejercicio del derecho de defensa a los árbitros antes de ser condenados a una eventual indemnización de perjuicios.

Segundo cargo: Violación del artículo 83 de la Constitución Política. Presunto desconocimiento del principio constitucional del principio de la buena fe

La Constitución Política garantiza a quienes acuden ante un tribunal de arbitramento, para la resolución de un determinado conflicto, que la actuación del mismo se sujetará al principio de buena fe. Lo anterior se traduce en la vinculación de los árbitros a las reglas sustanciales y de procedimiento que los obligan a "cumplir con los deberes y responsabilidades propias del cargo que desempeñan de manera seria, responsable, estudiosa y oportuna".

De decretarse la nulidad del laudo arbitral con base en las conductas y causales contempladas en las normas demandadas, y no obstante ello disponer que los árbitros y el secretario conservan la mitad de los honorarios, se viola el artículo 83 de la Constitución, en la medida en que nadie debe recibir remuneración por un trabajo con el que no ha cumplido debidamente.

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

"La afirmación del demandante en el sentido de considerar contraria a la buena fe cualquier actuación de los árbitros que confluya en la anulación del laudo es, en el mejor de los casos, arriesgada, por cuanto hay que determinar, para cada caso en particular, cuáles fueron las causas por las que el Tribunal no se pronunció o profirió un fallo extemporáneo; si los árbitros conocían que el pacto arbitral tenía causa ilícita; si las partes pese a ser justicia onerosa no colaboran con el Tribunal en el esclarecimiento de la controversia, etc."

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

Contrariamente a lo afirmado por el demandante, la presunción de buena fe ampara a los árbitros en su condición de particulares. La sanción a un árbitro, por el incumplimiento de sus funciones, con la pérdida del 50% de sus honorarios no parte del supuesto de que haya existido mala fe. "El simple transcurso del tiempo y la simple anulación del laudo generan la sanción sin importar si la imposibilidad de fallar se debió a las argucias o artimañas de los apoderados o si fue el Tribunal Superior del Distrito Judicial el que se equivocó al aplicar los alcances del recurso de anulación".

En tratándose de otras causales de anulación de los laudos arbitrales, "tampoco media necesariamente la mala fe, imprudencia o negligencia del tribunal arbitral, sino que la falla puede provenir de una mala interpretación sobre la extensión y alcance de las causales de anulación por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial, lo cual sucede con frecuencia".

Tercer cargo: Violación de los artículos 2 y 229 de la Constitución Política. Presunta vulneración de los fines del Estado y de la eficacia de la administración de justicia, cuando las partes en un proceso arbitral acuden a la jurisdicción ordinaria para solicitar la anulación de un laudo que se profirió irregularmente

El mandato contemplado en los artículos 2 y 229 de la Carta, que garantiza la efectividad y eficacia de los principios, derechos y deberes fundamentales, no puede ser llevado a la práctica cuando una, o ambas partes, deben acudir ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial para solicitar la anulación del laudo arbitral, por eventualidades únicamente atribuibles a los árbitros o al secretario. En este caso, además de elevar los costos para la parte o partes recurrentes, éstas son penalizadas con la pérdida de la mitad de los honorarios pagados a los árbitros y al secretario, por causas que no les son imputables.

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

No se comprende la relación entre este cargo y la pérdida del 50% de los honorarios de los árbitros, cuando el laudo es anulado por causas imputables a éstos, o cuando se presentan las causales de que tratan los artículos 34, 40 y 44 del Decreto 2279 de 1989 demandados.

Sin embargo, "la eficacia de la administración de justicia consiste en que ésta dicte fallos de fondo, con el objeto de dirimir conflictos. Cuando este objetivo no se logra, o cuando la decisión es contraria a la Ley o la Constitución, existe la garantía adicional de permitir la revisión del laudo arbitral ante la Justicia Ordinaria". Intentar presentar tal garantía como una traba para la administración eficaz de justicia sería un contrasentido, además de violar el principio de la doble instancia consagrado en la artículo 31 de la Carta Política.

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

"El actor se duele de la violación de los artículos 2 y 229 de la C.P., alegando que si se obliga a las partes a acudir al Tribunal Superior para obtener la devolución de los honorarios no se puede hablar de justicia oportuna. Con este razonamiento también quedarán proscritos los recursos de apelación, casación o revisión".

Cuarto cargo: Violación de los artículos 6, 123, 124 y 228 de la Constitución Política. Presunta vulneración de los preceptos atinentes a la responsabilidad de los servidores públicos

Conforme a la Constitución y a la Ley, los árbitros - quienes ejercen funciones temporales como jueces - deben ser responsables por sus acciones u omisiones. Las normas demandadas no se ajustan al aserto anterior en cuanto los exonera - así sea parcialmente - de su responsabilidad,

permitiéndoles retener la mitad de los honorarios recibidos no obstante el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

El artículo 6 de la Constitución no resulta violado. Las normas que regulan el procedimiento arbitral establecen expresamente mecanismos para sancionar a los árbitros responsables de conductas que atenten contra la correcta y eficiente administración de justicia. Estas sanciones son incluso más estrictas que las existentes para los jueces ordinarios en situaciones similares. Así, por ejemplo, el juez no pierde la mitad de su salario en el evento de resultar revocada una de sus providencias por parte del superior jerárquico.

Adicionalmente, corresponde a la ley la fijación del régimen aplicable a los particulares que desempeñan funciones públicas. El Decreto 2279 de 1989 asimila la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los árbitros, a la de los jueces del circuito. Sin embargo, apartándose de ese régimen general de responsabilidad, los artículos 40 y 44 del mencionado Decreto, consagran una sanción de tipo patrimonial en caso de presentarse un mal funcionamiento del tribunal de arbitramento, por causas imputables a los árbitros y al secretario. Luego, mal puede decirse que éstos funcionarios queden exonerados de responsabilidad, en caso de proceder contra derecho.

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

"No puede haber violación alguna en la medida en que la Constitución defirió a la ley la regulación de las sanciones a los servidores públicos; regulación que cobija a los árbitros, en su calidad de jueces temporales".

Quinto cargo: Violación del artículo 229 de la Constitución Política. Presunta vulneración del principio que establece el imperio de la Ley

La anulación de un laudo arbitral por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial, por cualquiera de las causales establecidas en las normas demandadas, o la tipificación por los árbitros y el secretario de las conductas allí consagradas, son formas de denegación de justicia, que no podrían ser premiadas con la facultad de retener la mitad de los honorarios percibidos. La conducta de los árbitros que da lugar a la anulación del laudo, por las causas de que tratan los artículos del Decreto 2279 de 1989 acusados, es violatoria del artículo 229 de la Carta como quiera que tal anulación se da, precisamente, por una actuación al margen del imperio de la ley.

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

No es válido hablar de denegación de justicia y de actuación por fuera de la ley, cada vez que se produce la anulación de un laudo por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial. Esto equivaldría a afirmar que cualquier error judicial es fruto de la mala fe de los jueces, y que la concesión de toda revisión o apelación debe aparejar la respectiva sanción para el funcionario que profirió la providencia impugnada.

"La procedencia del recurso de anulación no se basa en el supuesto de que los árbitros hayan actuado de mala fe, sino en el hecho de que la interpretación que se haga de la ley puede ser diversa y, precisamente, lo que busca este recurso es que un tribunal superior jerárquicamente conozca el caso y decida sobre el caso, en desarrollo del principio de la doble instancia que se establece como un mecanismo de protección a los particulares cuando no están conformes con la decisión proferida por el juez de conocimiento".

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

"Se aduce la violación del artículo 229, que no puede tener el alcance dado por el actor pues si así fuera, no existirían términos judiciales ni recursos de revisión, reposición, apelación, casación o anulación en razón a que todos los jueces cumplieran su labor en un término prudencial y sin equivocación alguna".

Sexto cargo: Violación del artículo 230 de la Constitución Política. Presunto desconocimiento de la norma en donde se establece que la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial

Las normas legales no pueden atentar contra la equidad o los principios generales del derecho. Cuando los textos de las normas impugnadas establecen que los árbitros y el secretario pueden retener el 50% de sus honorarios, incluso cuando su actuación es violatoria de la Constitución y la Ley, vulneran la equidad y el principio según el cual "nadie puede enriquecerse ilícitamente a expensas de otro".

Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

"Resulta inequitativo pensar que la remuneración de los árbitros dependa del resultado del laudo, y que en caso de que el recurso de anulación prospere, el árbitro se estaría enriqueciendo ilícitamente. No puede hablarse de que se presenta este tipo de enriquecimiento, por cuanto la remuneración anterior al pronunciamiento del fallo corresponde al trabajo desarrollado por los árbitros que les permite después de haber estudiado y analizado el caso, pronunciarse ya sea en derecho, en equidad o sobre bases técnicas".

Posición del ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry

"Se invoca la violación de los principios de equidad, jurisprudencia y principios generales del derecho; principios que en su recto tenor, implican que los árbitros deberán tenerlos en cuenta en sus decisiones y providencias, sin que tengan relación alguna con la pérdida o no de los honorarios".

IV. FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-5 de la C.P., la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

Problema jurídico planteado

2. Según el demandante, los supuestos de las normas demandadas - omisión de la firma del laudo, cesación del Tribunal de arbitramento en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga sin haberse expedido el laudo, constitución ilegal del Tribunal de arbitramento, negativa ilegal a decretar o practicar las pruebas, expedición del laudo por fuera de la oportunidad legal, decisión en conciencia cuando ha debido dictarse el laudo en derecho -, denotan graves fallas de los árbitros y secretarios que conforman los Tribunales de arbitramento que, de manera indulgente y lenitiva, son sancionadas por ellas con la simple pérdida para los árbitros de la segunda mitad de los honorarios o su saldo. A su juicio, el Legislador ha debido contemplar, en estos eventos de manifiesta negligencia de los árbitros, la pérdida total de sus honorarios, máxime si algunas de las circunstancias mencionadas configuran causales de nulidad del laudo (D.L 2279 de 1989, art. 38, numerales 2, 4, 5 y 6). Precisamente, el actor atribuye a esta omisión legislativa la violación de los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 83, 116, 124, 228, 229 y 230 de la Constitución Política.

El demandante, en su escrito, pone de presente el perjuicio que las conductas descritas causan a las partes, las que además de sufrir una pérdida económica que no es completamente compensada, son víctimas de una clara denegación de justicia, lo que en su concepto quebranta los principios constitucionales del trabajo, la buena fe, la eficacia de la justicia, la responsabilidad de los servidores públicos, el imperio de la ley y la equidad, pues al árbitro que se ha apartado de la Constitución y de la ley, en lugar de sancionársele, se le "premia" con los honorarios ya percibidos que, en justicia, debería devolver.

Por su parte, el Ministerio Público y los ciudadanos que han intervenido en el proceso, contradicen los argumentos del demandante. Desde su punto de vista, las mismas normas de la Constitución que se dicen violadas, se vulnerarían por la ley si se acogiese la tesis de la pérdida total de los honorarios de los árbitros en los supuestos a que ellas aluden. Así el laudo pueda ser anulado, en todo caso no puede desconocerse que su expedición ha comprometido el trabajo de los árbitros. Los árbitros se sujetan al mismo régimen de responsabilidad de los jueces (art. 114 de la Ley 23 de 1991) y responden, en consecuencia, tanto desde el punto de vista civil como penal, por los perjuicios que sus acciones u omisiones causen a las partes y a terceros, para lo cual se precisa, como es elemental en un Estado de derecho, que dicha responsabilidad se deduzca a través de un proceso judicial. La nulidad de un laudo, como la de una sentencia, en el acontecer judicial, no es algo anormal o excepcional, y, su verificación, no está siempre asociada a negligencia de la autoridad, como quiera que la interpretación del derecho y su aplicación a los hechos, no se inspira en cánones fijos, predeterminados y uniformes.

3. Se pregunta la Corte si la norma legal que regula la constitución y funcionamiento de los tribunales de arbitramento, al disponer que en los casos enunciados - se repite, omisión de la firma del laudo, cesación del Tribunal de arbitramento en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga sin haberse expedido el laudo, constitución ilegal del Tribunal de arbitramento, negativa ilegal a decretar o practicar las pruebas, expedición del laudo por fuera de la oportunidad legal, decisión en conciencia cuando ha debido dictarse el laudo en derecho - los árbitros y los secretarios que los conforman no tienen derecho a la segunda mitad de los honorarios o a su saldo, viola la Constitución por no haberse establecido simple y llanamente la pérdida total de los mismos, incluidos los de la primera mitad ya cancelados.

4. La ley divide el pago de los honorarios de los árbitros en dos momentos. El primero, que asciende a la mitad de su monto, toma lugar inmediatamente después de instalado el Tribunal de arbitramento, luego de quedar en firme la regulación de gastos y honorarios. La otra mitad, aunque desde un comienzo se consigna en una cuenta abierta para el efecto, se distribuye a los árbitros, una vez terminado el arbitraje.

No se discute en este proceso la decisión del Legislador de escindir el pago de los honorarios en dos contados. Tampoco se cuestiona la fijación legal de las épocas en las que cada uno de los dos pagos debe hacerse. Se trata de aspectos que pertenecen a la regulación de los derechos y obligaciones que surgen para las partes del pacto arbitral que, como todo acto o negocio jurídico, es susceptible de regulación dispositiva o imperativa por medio de la ley. A este respecto, la competencia del Congreso tiene sólido apoyo en la cláusula general de competencia que se deriva del artículo 150 de la C.P., y en la atribución específica del artículo 116 de ese estatuto superior.

Por lo demás, no se descubre en la Constitución ninguna regla de fondo que en punto a honorarios de los árbitros resulte de forzosa observancia para el Legislador. La Carta se limita a habilitar al Congreso para regular la justicia arbitral, sin introducir en esta materia - honorarios -, pauta alguna que deba ser tomada en consideración. En este orden de ideas, dentro del marco de la Constitución, cabe reconocer a la ley una amplia posibilidad de configuración normativa. Así como ella dispuso la fragmentación del pago de los honorarios en dos contados, lo habría podido hacer en cualquier otro número, u optar por un pago único ya sea al principio o al final. En suma, la atribución constitucional, delimita un espacio de libertad del legislador donde existen distintas alternativas entre las que él puede legítimamente escoger.

5. Decidida la fragmentación del pago en dos momentos, la que deviene incontrovertible, se examinará si la regulación concreta del primero y del segundo pago, merecen glosa constitucional.

5.1 El primer pago se produce a continuación de la instalación del tribunal y asciende a la mitad del monto total de los honorarios que llegaren a fijarse. La cuantía y el momento del pago, son extremos que pueden libremente ser establecidos por el Legislador, ya que no existe en la Constitución norma o requisito que lo impida. La obligación de pagar esta suma a cargo de las partes y el correlativo derecho a percibirla de los árbitros es pura y simple. En firme la regulación de honorarios, su pago no está sujeto a condición alguna, en cuanto corresponde a la remuneración a la que tienen derecho los árbitros que han aceptado el encargo y se han constituido en Tribunal de arbitramento. De la Constitución no se deriva ningún mandato dirigido al Legislador en el sentido de que éste, al dictar la respectiva regulación, deba necesariamente sujetar la obligación de pagar los honorarios a una determinada condición positiva o negativa, suspensiva o resolutoria. Este es un aspecto que por su misma naturaleza resulta irrelevante al ordenamiento constitucional y ha de inscribirse en la órbita de la función legislativa.

Situada la controversia en el plano legal, no es menester que la Corte entre a desentrañar las razones de conveniencia que avalan o demeritan la decisión adoptada por la norma. No es difícil, sin embargo, postular los motivos que pueden estar en su base. La firmeza del pago es la regla general, lo que no obsta a que contra la parte que lo haya recibido se puedan enderezar las acciones judiciales a que haya lugar en el evento de que no dé cumplimiento a sus obligaciones

propias. Si el pago total de los honorarios de los árbitros se sujetara a la condición de que el laudo no fuere anulado, esto es, debiendo éstos ofrecer una suerte de garantía de no anulabilidad, es previsible que pocos juristas, en número y en calidad, estuviesen dispuestos a asumir esa investidura.

La consecuencia hipotética de pérdida de los honorarios aplicables a este primer pago en los eventos señalados, no fue tomada en consideración por la norma y esto no acarrea su inconstitucionalidad. El legislador, si decide hacerse cargo de esta situación, lo puede hacer de distintas maneras. La más socorrida, que obra en este caso, es la de prever por vía general los efectos del incumplimiento e inobservancia de sus preceptos. En este sentido, se ha dispuesto por las normas que rigen la materia, que los árbitros se asimilan a jueces de la República y responden como éstos civil y penalmente por las faltas que cometan (art. 114 de la Ley 23 de 1991). A través del procedimiento ordinario, las partes agraviadas y perjudicadas por causa de las acciones u omisiones culposas o dolosas de los árbitros, pueden deducir en su contra la responsabilidad a que haya lugar y obtener el resarcimiento de los perjuicios que hayan sufrido, entre los cuales puede desde luego incluirse el pago de la primera cuota por concepto de honorarios.

Concluye la Corte que si la ley expresamente contempla la vía judicial para establecer las fallas que puedan cometer los árbitros y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios consiguientes, no quebranta la Constitución la disposición del mismo régimen legal que no contempla expresamente una sanción que opere directamente por fuerza de la ley y sin intervención judicial, aplicable a las circunstancias mencionadas en las normas acusadas. En efecto, la garantía de acceso a la justicia y tutela judicial de los derechos de las partes, asegura que los árbitros puedan ser investigados, juzgados y sancionados por sus acciones u omisiones ilegales. Los árbitros, en su calidad de jueces, no están sujetos a ningún fuero de inmunidad judicial ni patrimonial. Las normas demandadas, de otra parte, no lo consagran ni lo secundan.

5.2 El segundo pago de los honorarios se realiza, de acuerdo con la ley, al término del arbitraje, pero se condiciona a que no se presenten los hechos a que se refieren las normas demandadas. La obligación de pagar a cargo de las partes, en consecuencia, se sujeta a la indicada condición negativa. El correlativo derecho a los honorarios sólo se radica en cabeza de los árbitros de manera definitiva si al concluir el arbitraje no se presentan los anotados hechos. De ahí que las normas, en estricto rigor, no impongan una sanción sino regulen un presupuesto objetivo para que el derecho de los árbitros a la segunda parte de los honorarios se consolide.

El demandante, en el fondo, no cuestiona ni las hipótesis ni las consecuencias contenidas en las normas demandadas. En su concepto, ellas pecan por defecto, pues si concurren dichas hipótesis, las partes deberían también quedar exoneradas de pagar el primer contado que, por consiguiente, les debería ser restituido en el acto por ministerio de la ley.

La Corte concluyó, en el apartado precedente, desde el punto de vista constitucional, que no eran de recibo las objeciones a la forma como el Legislador reguló la forma y modalidades del primer pago de los honorarios. Como quiera que la crítica a la regulación del segundo pago, en últimas se concreta en una tacha a la forma como se reguló el primero, las razones ya expuestas son suficientes para desechar la procedencia de los cargos formulados.

Contraído el examen al segundo pago de honorarios, la Corte igualmente observa que su regulación legal no vulnera la Constitución. En ejercicio de la anotada libertad legislativa, podía

configurarse la obligación de pagar este segunda parte de los honorarios sujetándola a una condición negativa, como en efecto se hizo. Así como respecto del primer pago, se prefirió establecer una obligación pura y simple de pagar la mitad de los honorarios, en relación con el segundo, bien podía optarse por contemplar una obligación condicional. La Constitución, ni en uno ni en otro sentido, contiene ni ordena una específica regulación, limitándose a efectuar en favor del Congreso la respectiva habilitación de competencia.

El Legislador al regular la estructura y obligaciones de un determinado acto o negocio jurídico, puede precisar las condiciones a las que se sujeta el nacimiento o la consolidación de los derechos que se derivan para las partes. En el presente caso, la determinación legal de los hechos que constituyen la condición negativa a la que se supedita el pago de la segunda parte de los honorarios, es razonable si se tiene en cuenta que los mismos configuran causales objetivas de anulabilidad del laudo. Ahora bien, de la Constitución, por las razones expuestas, no puede inferirse la exigencia de que la misma condición se extienda a la obligación de cancelar la primera parte de los honorarios. El alcance de una condición es un asunto librado al juicio del Legislador. En todo caso, la situación del primer pago es diferente, ya que éste se cancela con anterioridad a la sentencia de nulidad del laudo, la cual sólo alcanza a impedir que se configure el derecho a exigir la segunda parte de los honorarios y es por eso que únicamente como hecho constitutivo de la condición negativa despliega sus efectos sobre la obligación referida a dicha porción.

En fin, el proceso que termina con la sentencia de nulidad del laudo dictado por el Tribunal de arbitramento, se contrae a su examen legal y, en modo alguno, sustituye el proceso a través del cual se determina la responsabilidad de los árbitros y se profieren las respectivas condenas. De ahí que la pretensión del demandante de que la nulidad del laudo apareje ipso facto la restituciónde la primera parte de los honorarios - a los que la ley no condiciona ni positiva ni negativamente -, carezca de sustento constitucional en cuanto desconocería la garantía del debido proceso, de la que no están excluídos los árbitros, los que de otro lado deben responder por sus propias faltas de manera individual y personalizada y no como colegio.

6. Las razones expuestas son suficientes para despachar negativamente los cargos formulados por el demandante. Ninguna norma de la Constitución ni principio alguno han sido quebrantados por las disposiciones examinadas.

La firmeza del pago de la primera parte de los honorarios, corresponde al derecho a la remuneración que tienen los árbitros, pero ella no es óbice para que los mismos puedan ser condenados judicialmente a resarcir los perjuicios que su conducta culposa o dolosa - y por error grave - inflija a las partes. El árbitro, como juez, respecto de las partes, está colocado en una posición de independencia y autonomía, que no tiene las características de relación laboral, así éstas últimas estén en la obligación de cancelarle cierta suma dineraria por concepto de honorarios, lo que se deriva propiamente de la naturaleza onerosa de la justicia arbitral. De todos modos, el cumplimiento o pago de la obligación es un suceso distinto y separable, en el terreno teórico y práctico, de su configuración legal. El hecho de que una obligación pura y simple, pueda, como toda obligación ser susceptible de incumplirse, no puede obligar al Legislador a condicionar el derecho correlativo que ella genera en su acreedor. En otras palabras, la posibilidad de que el árbitro se aparte de sus obligaciones, no necesariamente obliga al Legislador a estructurar sus derechos sujetándolos a una específica condición positiva o negativa, si de otra parte se consagran los

medios judiciales para que las partes puedan ventilar sus reclamaciones y pretensiones indemnizatorias.

Los árbitros, como autoridades públicas, deben ceñir su conducta a los postulados de la buena fe (C.P., art. 83). La declaración de nulidad del laudo, evidencia que de una u otra manera éste viola la ley. Empero, de la sentencia de nulidad no puede traslucirse necesariamente que los árbitros obraron de mala fe, asumiendo un comportamiento desleal que desvirtúa la expectativa legítima que normalmente cabe esperar de una persona encargada de administrar justicia. La existencia de recursos contra las providencias judiciales y la no infrecuente revocación de las decisiones por los jueces llamados a decidirlos, prueba que la actividad judicial no está a salvo de errores y equivocaciones en el entendimiento de los hechos y en la aplicación del derecho, lo que no autoriza a sostener que cada vez que se anula una providencia se patentiza una lesión a la buena fe. La mala fe, en suma, no puede presumirse. Requiere ser probada e individualizada. La revocación de una decisión judicial, puede originarse en factores diversos de la mala fe del autor del acto - error en la apreciación de los hechos o del derecho o entendimiento distinto de los mismos -, y por consiguiente no puede servir como base única y suficiente para formular una tacha de mala fe.

Los árbitros, al igual que las restantes autoridades judiciales, deben, garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2) y administrar pronta y cumplida justicia con el objeto de asegurar la tutela judicial de quienes la reclaman (C.P. art. 229). El deber de efectividad no es incompatible con las instituciones y mecanismos procesales que dispone la ley para asegurar la capacidad de acierto de la justicia y a través de los cuales se articula el debido proceso. El establecimiento de causales de anulación de los laudos y de recursos para invocarlas, no viola el principio de efectividad ni desconoce la garantía de la tutela judicial de los derechos. Por el contrario, es una de las formas necesarias para lograr que se observe la ley y se hagan efectivos los derechos. La autoridad judicial de la que emanó una providencia posteriormente anulada, se apartó de la ley, sin proponerse necesariamente desconocer el principio de efectividad y el de tutela judicial, máxime si es posible que aquélla se confirme. Pero, así se revocara o anulara, no puede con carácter axiomático asociarse el instituto de la nulidad o su prosperidad a la violación de los expresados principios.

La sujeción al imperio de la ley (C.P., art. 230), se predica de los árbitros. Sin embargo, como todas las demás autoridades judiciales, en el ámbito de su autonomía funcional, pueden equivocarse en el correcto entendimiento de las normas o no ser su interpretación coincidente con la del órgano judicial que en sede de nulidad o de revisión examina la legalidad del laudo. La nulidad restablece el imperio de la ley si ella ha sido quebrantada y por sí misma no puede determinar la restitución de los honorarios cancelados y pagados a los árbitros, lo que en el contexto de la justicia arbitral sería extraño pues por su propia naturaleza ella es onerosa con prescindencia de las vicisitudes de sus actos. Si en el respectivo proceso, se logra la condena del árbitro que ha desatendido sus obligaciones e irrogado perjuicio a las partes, se estará igualmente restableciendo el derecho. En aras del principio del imperio de la ley, no puede, entonces, hacerse caso omiso del proceso de responsabilidad del árbitro y anudarse a la sentencia de nulidad del laudo la condena anticipada de restitución de los honorarios ya cancelados por las partes.

Finalmente, la equidad tiene en la Constitución el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial (CP art. 230). La ley, como tal, es fuente formal e independiente, cuya producción y

contenido se sujeta a la Constitución Política. No quiere decir lo anterior, que el Legislador deje de inspirarse en criterios de justicia y equidad. Sin embargo, la amplia facultad de configuración normativa que se concede a este órgano, en cuya actuación se encarna el principio mayoritario y se traducen normativamente las distintas opciones pluralistas que surgen de la sociedad, no permite que de manera autónoma se confronte una norma legal con una idea o principio de equidad, salvo que se materialice una violación a una norma constitucional cuyo contenido y exigencias obliguen a efectuar dicho examen, como acontece, entre otros casos, cuando se vulnera el principio de igualdad o se injiere por parte del Estado de manera desproporcionada en el núcleo esencial de un derecho constitucional.

Las disposiciones acusadas, por lo expuesto, no violan ninguna norma de la Constitución y, por lo tanto, no pueden ser confrontadas de manera autónoma e independiente con el principio de equidad, lo que no significa que ellas no lo hayan tenido en cuenta. De hecho, la escisión del pago de los honorarios en dos contados, supeditando el último instalamento al cumplimiento de ciertas condiciones, traduce un criterio de conveniencia y oportunidad que se fundamenta en una determinada visión de equilibrio y equidad en la distribución de los derechos, deberes, cargas y riesgos derivados del pacto arbitral. La pretensión del actor de que la totalidad de los honorarios quede sujeta a análogas condiciones, habría ciertamente introducido un factor de desequilibrio dentro del pacto, gravando de manera excesiva a la parte de los árbitros. Así se trate de una justicia onerosa, la garantía frente a los riesgos de la nulidad, no pueden ser total. Tampoco la justicia que dispensa directamente al Estado, pone a cubierto a las personas de los riesgos que se desprenden de la eventual declaración de nulidad que recaiga sobre sus decisiones, la que no es suceso extraordinario en la jurisdicción hasta el punto de que se regula como hecho que pertenece a la normalidad de dicha actividad pública. La justicia arbitral, por la circunstancia de ser pagada, no se torna inmune a las causales de nulidad ni las partes que acuden a ella pueden pretender que, por haber cancelado los honorarios, adquieren el derecho a que se profiera un laudo exento de todo vicio, como si éste fuese una mercancía y la obligación de los árbitros la de obtener ese resultado.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "el saldo de", del artículo 34 del Decreto Legislativo 2279 de 1989 "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones".

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "la segunda mitad de", del artículo 40 del Decreto Legislativo 2279 de 1989.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "la segunda mitad de", del artículo 44 del Decreto Legislativo 2279 de 1989.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-452
octubre 5 de 1995

PROPIEDAD-Acceso

Es claro que el mandato constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, trasciende el mero interés de dar acceso a la propiedad estatal a los más pobres y desprotegidos; el efecto que se pretende, y así debe entenderse la disposición del Constituyente, es mucho más complejo, equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de la propiedad, impulsando estrategias que viabilicen el acceso de los sectores que señala la Constitución a la misma, con el propósito de que su participación implique una reformulación de los objetivos y políticas de desarrollo y manejo de dichas instituciones.

PROPIEDAD ACCIONARIA-Democratización

Democratizar la propiedad significa facilitar el acceso a la misma, en condiciones de equidad, a quienes pudiendo manejarla con criterios de eficiencia y productividad, no podrían obtenerla en el marco de una estricta competencia financiera, para ello ha de otorgárseles prerrogativas, "condiciones especiales" dice la Constitución, que les permita acceder a ella, sin perder de vista que en un Estado Social de Derecho, la propiedad es un instrumento que debe servir para la dignificación de la vida de los ciudadanos. Democratizar la propiedad accionaria en las empresas oficiales, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquéllas.

DERECHO PREFERENCIAL DE ACCESO A LA PROPIEDAD-No es excluyente

El artículo 60 de la C.P., si bien consagra un derecho preferencial para los trabajadores y el sector solidario, no excluye de la expectativa de su ejercicio a los demás sectores de la sociedad.

SISTEMA DE MARTILLO

El mecanismo del 'martillo' en bolsas de valores, para la venta de tales acciones entre los trabajadores, las organizaciones solidarias y las organizaciones de trabajadores, quienes gozan de un derecho preferencial de orden constitucional para acceder en primera instancia a su titularidad, es un método cuyo uso dependerá de las "condiciones especiales" que se fijen en el

programa de enajenación. En consecuencia, este sistema puede ser utilizado o no según se den los presupuestos necesarios para ello. En caso de llegar a aplicarse, se trataría de un "martillo" que podemos denominar "cerrado", por estar dirigido a personas determinadas.

NACIONALIZACION DE ENTIDADES FINANCIERAS/APORTES DE CAPITAL/ PATRIMONIO PUBLICO-Incremento

La nacionalización de entidades financieras obedece por lo general a la necesidad de que el Estado, en su condición de regulador y garante de los intereses y derechos de sus asociados, contribuya, a través de aportes de capital, a la solución de fuertes crisis financieras que éstas afrontan y que ponen en peligro los intereses económicos de particulares y el sano desarrollo de la economía nacional, a costa de grandes esfuerzos fiscales; no es admisible entonces la acusación que hace el actor sobre una desviación de recursos públicos, mucho menos cuando, como él mismo lo señala, el resultado se concreta en utilidades adicionales para la Nación. Se trata de una norma que establece para la Nación la posibilidad de efectuar transacciones desde todo punto de vista legítimas, en pro de salvaguardar e incrementar el patrimonio público, que ha sido utilizado para contrarrestar situaciones que hubieran podido afectar de manera grave la economía de particulares.

PRIVATIZACION-Proceso

Cuando el Estado decida enajenar su propiedad accionaria en una empresa con participación económica oficial, está obligado, al elaborar el respectivo programa de enajenación, a ofrecer, en primer término el paquete accionario que se proponga vender a los trabajadores de la respectiva empresa y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, bajo unas condiciones especiales, previamente diseñadas que muevan la voluntad de los destinatarios de la oferta y faciliten la negociación, sin que ello implique que posteriormente otros interesados, diferentes a los mencionados, queden excluidos de la posibilidad de acceder a la adquisición de las acciones, pero obviamente, bajo condiciones diferentes especialmente establecidas para ellos.

PROPIEDAD ACCIONARIA-Democratización

La utilización de criterios técnicos para establecer el valor de los activos y pasivos de una entidad que se va privatizar, garantizará la estabilidad de la misma y salvaguardará el patrimonio de la Nación. En consecuencia, si bien tales medidas no son contrarias a las disposiciones constitucionales, su aplicación estará necesariamente condicionada a las disposiciones de la ley que expida el legislativo, para efectos de reglamentar el proceso de democratización de la propiedad accionaria estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

FOGAFIN-Función de orientación

El artículo 310 no es en sí mismo violatorio de los preceptos de Carta, pues en tratándose de un organismo de carácter técnico, como lo es el FOGAFIN, éste tiene plena capacidad para, a través de contratos, prestar asesoría, apoyar y orientar técnicamente los procesos de

cada entidad financiera en la que el Estado tenga participación, que se pretenda enajenar, siempre que el proceso se soporte y dé cumplimiento estricto a las condiciones especiales que establezca el legislador.

Referencia: Expediente No. D-883

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310 y 311 (todos parcialmente), del Decreto 663 de 1993.

Actor: Maximiliano Echeverry Marulanda

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano MAXIMILIANO ECHEVERRY MARULANDA, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que establece el artículo 242 de la Constitución Nacional, presentó ante la Corte Constitucional la demanda de la referencia contra los artículos 303, 304, 306, 308, 309, 310 y 311 (todos parcialmente), del Decreto 663 de 1993, "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración".

Cumplidos los trámites propios de esta acción y luego de recibido el concepto del Ministerio Público, corresponde a la Corte Constitucional proceder a tomar la decisión sobre el fondo del asunto, de acuerdo con lo que se enuncia a continuación.

II. LAS NORMAS ACUSADAS

"DECRETO NUMERO 663 DE 1993
(ABRIL 2)

"Por medio del cual se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración".

"...

"ARTICULO 303. Privatización de entidades con participación estatal.

1. ***Privatización*** *de entidades con participación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en su capital.* ***Cuando no se produzca fusión o absorción por otras entidades, en un plazo razonable, contado desde la suscripción o adquisición por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de las acciones de una institución financiera y en condiciones suficientes de publicidad y concurrencia y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5 del artículo 113 del presente estatuto, el fondo ofrecerá en venta las acciones adquiridas, decidiendo a favor de quien presente condiciones de adquisición más ventajosas.***

El fondo no podrá ceder acciones o derechos de entidades financieras a personas o entidades que de manera directa o indirecta hayan incurrido en alguna de las conductas punibles señaladas en los numerales 1o., 2o., y 3o. del artículo 208 del presente estatuto. Será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, la enajenación que se realice contrariando esta regla.

2. Régimen general de la ***privatización****. La Superintendencia de Valores fijará los requisitos de funcionamiento* ***de los martillos*** *de las bolsas de valores y establecerá las reglas para su operación, a fin de facilitar la* ***privatización*** *de las instituciones financieras oficializadas o nacionalizadas* ***y de las sociedades en que dichas instituciones tengan cuando menos la mayoría absoluta del capital en forma individual o conjunta.***

Las reglas que determine la Superintendencia de valores regirán con carácter general el funcionamiento y operación de dichos martillos.

Siempre que se vaya a realizar la ***privatización*** *o enajenación* ***al sector privado*** *de la totalidad* ***o parte*** *de la participación oficial en las instituciones financieras* ***a que se refiere este numeral o de las sociedades en que dichas instituciones tengan cuando menos la mayoría absoluta del capital, en forma individual o conjunta****, la operación respectiva se debe realizar a través de* ***los martillos de*** *las bolsas de valores u otros procedimientos, en condiciones de amplia publicidad y* ***libre*** *concurrencia.*

Será requisito indispensable para que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o la Nación puedan proceder a la enajenación de acciones o de bonos convertibles en acciones de una entidad nacionalizada o con participación en el capital por el mencionado fondo, que la Superintendencia Bancaria, mediante resolución motivada certifique que el estado de saneamiento de la entidad permite proceder a su venta. La enajenación que se realice contrariando esta regla será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

3. Capital garantía de la Nación. En desarrollo del capital garantía constituido a favor de entidades financieras nacionalizadas conforme al Decreto Legislativo 2920 de 1982 y la Ley 117 de 1985, la Nación tendrá derecho a suscribir preferencialmente acciones ordinarias o bonos obligatoriamente convertibles en acciones ***tanto*** *en el evento de que la garantía se haga exigible, según las normas actuales,* ***como en el caso de que cese la condición de nacionalizada de una institución financiera que haya sido sometida a ese régimen.***

La venta de las acciones y bonos adquiridos por la Nación o del derecho de suscripción de tales valores, se regirá por las normas que regulan la enajenación de la participación accionaria de la Nación en una entidad financiera.

ARTICULO 304. Aprobación del programa. *En desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 60 de la Constitución Política* ***y para los solos fines de la presente ley****, cuando la Nación, una entidad descentralizada o el fondo de garantías de instituciones financieras, enajenen su participación en instituciones financieras o entidades*

*aseguradoras, **deberán hacerlo según el programa de enajenación que apruebe en cada caso el consejo de ministros. En el programa que se adopte se tomarán las medidas conducentes para democratizar la participación estatal y se otorgarán condiciones especiales a los trabajadores, sus organizaciones y a las organizaciones solidarias, conforme a las reglas de este capítulo.***

*El fondo de garantías presentará al consejo de ministros, a manera de recomendación, un programa con **las condiciones** y procedimientos aplicables para la enajenación de las acciones y bonos.*

*La enajenación deberá efectuarse preferentemente **a través de operaciones de martillo** en bolsas de valores o, subsidiariamente, mediante otros procedimientos que garanticen amplia publicidad y **libre** concurrencia.*

*Aprobado el programa de enajenación **por el consejo de ministros**, el Gobierno Nacional deberá divulgarlo ampliamente por medio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con el fin de promover suficiente participación **del público**. Además, el Gobierno nacional deberá presentar un informe sobre el programa adoptado a las comisiones terceras del Congreso de la República.*

***PARAGRAFO 1o.** La aprobación de las **condiciones** y procedimientos de enajenación de las acciones o bonos de la nación, de entidades públicas del orden nacional o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, **se efectuará mediante decreto del Gobierno Nacional**, en el cual se dispondrá que la entidad correspondiente proceda a reformar sus estatutos con el fin de adaptarlos al régimen aplicable a entidades similares que funcionen bajo las reglas del derecho privado; en consecuencia, tratándose de entidades nacionalizadas se ordenará realizar las reformas estatutarias en cuya virtud se consagre el derecho de los accionistas a participar en la administración de la institución y a designar sus administradores con sujeción a las leyes comunes, lo cual tendrá aplicación desde la fecha en que el Gobierno Nacional apruebe la respectiva reforma estatutaria.*

PARAGRAFO 2o. En el evento en que la participación conjunta de la Nación y otras entidades públicas en el capital de una misma entidad financiera o de seguros sea inferior al 50% del capital suscrito y pagado de la correspondiente institución, incluyendo dentro de éste las acciones que resultarían de la conversión obligatoria de los bonos en circulación, las condiciones y procedimientos de enajenación serán aprobados directamente por la Junta directiva de la entidad pública o por el Gobierno Nacional por conducto del ministerio al cual se encuentre adscrita o vinculada la entidad financiera o aseguradora, según sea el titular de las acciones o bonos.

Lo anterior sin perjuicio de que tales autoridades, en la definición y ejecución del programa de enajenación correspondiente, estén obligadas a dar cumplimiento a los principios y normas previstas en el capítulo II de esta parte, sin que en tales casos sea necesaria la participación del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.
".....

PARAGRAFO 4o. *Las comisiones que se originen en las operaciones* ***de martillo*** *de que trata este artículo, no podrán exceder los límites que fije el Gobierno Nacional.*

ARTICULO 306. Contenido del Programa. En la propuesta del programa a que se refiere el artículo 304 del presente estatuto se indicará el precio mínimo de colocación de las acciones, el cual deberá fundarse en un concepto técnico financiero detallado en función de la rentabilidad de la institución, del valor comercial de sus activos y pasivos, de los apoyos de la Nación, de la entidad descentralizada o del fondo de garantías de instituciones financieras que se mantengan, y de las condiciones del mercado.

El precio mínimo de colocación que señale el consejo de ministros se divulgará al día siguiente hábil de su fijación.

"....

Las acciones que se destinen a las personas indicadas en el inciso anterior se ofrecerán a precio fijo, que será el precio mínimo fijado por el consejo de ministros. Tales valores se colocarán en las ***condiciones y conforme al procedimiento que se determine en el programa de enajenación.***

PARAGRAFO. Para la determinación del precio mínimo se tomará en consideración la rentabilidad actual y futura de la institución, el valor de sus activos y pasivos y los apoyos recibidos de la Nación y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

ARTICULO 308. Participación de suscriptores profesionales. *Con el objeto de facilitar el acceso de las personas a la propiedad de las instituciones financieras y aseguradoras autorízase a participar* ***en el martillo*** *a suscriptores profesionales* ***que mediante operaciones en firme*** *o al mejor esfuerzo, se comprometan a colocar* ***entre el público*** *y de manera amplia y democrática la totalidad* ***o parte*** *de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones* ***dentro de las condiciones que se aprueben en el programa de enajenación*** *en el plazo que se señale para el efecto. La capacidad financiera y administrativa de tale suscriptores será calificada previamente por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, entidad que señalará igualmente las garantías de seriedad que tales suscriptores deben constituir.*

Los suscriptores profesionales y los compradores definitivos de tales acciones o bonos deberán obtener la aprobación prevista en el artículo 305 de este estatuto, cuando a ello hubiere lugar.

Serán admisibles como suscriptores profesionales para los efectos de este artículo exclusivamente las corporaciones financieras, los comisionistas de bolsa y las sociedades fiduciarias.

ARTICULO 309. Procedimientos alternativos. Cuando se emplee el martillo para la enajenación de las acciones y la totalidad o parte de éstas no logren colocarse en el mercado, *se utilizará cualquier otro procedimiento que asegure suficiente publicidad y* ***libre*** *concurrencia, previa aprobación del consejo de ministros.*

Si agotado el procedimiento anterior no se obtiene la colocación total de las acciones ***en el mercado,*** *el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras presentará a consideración del consejo de ministros, para su aprobación, propuestas alternas enderezadas a culminar el proceso de* ***privatización, dándole preferencia a quienes ya hayan adquirido acciones.***

PARAGRAFO. *Si en todo caso no se coloca la totalidad de las acciones, las pendientes de colocar deberán entregarse al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en fideicomiso irrevocable de venta, para que se coloquen totalmente conforme a los procedimientos señalados en este capítulo.*

ARTICULO 310. *Funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Cuando se trate de instituciones financieras que haya contribuido a capitalizar, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras presentará la propuesta de programa de enajenación de las acciones y bonos a que se refiere el artículo 304 de este estatuto, una vez la Superintendencia Bancaria certifique que el estado de saneamiento patrimonial de la entidad permite proceder a su enajenación.*

En los demás casos el fondo de garantías presentará la propuesta a solicitud del ministerio al cual se encuentre adscrita o vinculada la respectiva institución financiera, entidad aseguradora o las entidades públicas que tengan participación accionaria en una institución de esa naturaleza.

Dentro de los términos y condiciones del contrato por virtud del cual la Nación y el fondo convengan la preparación del programa de enajenación por parte de esta última entidad, el ministerio al cual se encuentre adscrita o vinculada la institución financiera, la entidad aseguradora o las entidades públicas que sean accionistas de éstas, indicará las bases para la preparación del mismo.

La Nación o sus entidades descentralizadas podrán contratar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el avalúo, preparación del programa ***así como la orientación,*** *administración o manejo de la enajenación de las acciones y bonos a que se refiere este artículo. Tales contratos estarán sometidos a las normas previstas en este artículo y al derecho privado.*

PARAGRAFO. *Lo previsto en este artículo será aplicable a toda enajenación de acciones o bonos que realice la Nación, sus entidades descentralizadas o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras,* ***a menos que haya lugar a la fusión o absorción de instituciones financieras o entidades aseguradoras en que aquéllas tengan participación accionaria.***

ARTICULO 311. *Acciones de instituciones financieras y entidades aseguradoras del Estado. (En el proceso de enajenación o privatización de entidades en las cuales la participación conjunta de los particulares de una misma entidad financiera sea igual o superior al 10% del capital suscrito y pagado de la correspondiente institución, y*

cuando a ello haya lugar, se dará estricta aplicación en primer término a las precisiones del artículo 407 del Código de Comercio reservando el porcentaje mínimo indicado en el artículo 306 de este estatuto. No podrán reformarse los estatutos de manera que se desmejoren los derechos aquí consagrados a favor de los accionistas particulares.

En este caso el Gobierno prescindirá de las ofertas estatales a que se refieren los artículos 10 y 18 del Decreto 130 de 1976.

El precio mínimo y las condiciones de colocación a terceros no podrán ser más favorables que las ofrecidas para el ejercicio del derecho de preferencia.

En la hipótesis regulada en esta norma no se aplicarán las previsiones del artículo 304 de este estatuto ni ninguna de las que en la Ley 35 de 1993 contravengan el texto de este artículo, las cuales únicamente entrarán a operar cuando agotado el derecho de preferencia no se adquieran las acciones o se adquieran sólo en parte.

PARAGRAFO 1o. *Lo dispuesto en este artículo se aplicará exclusivamente a entidades en las cuales, a la fecha de vigencia de la Ley 35 de 1993, exista participación de la nación únicamente a través de una o varias entidades descentralizadas.*

PARAGRAFO 2o. *Tratándose de instituciones financieras o entidades aseguradoras del Estado, diferentes de las contempladas en el presente artículo tampoco habrá lugar a aplicar las limitaciones establecidas en los artículos 10 y 18 del decreto 130 de 1976 cuando así lo determine el Gobierno Nacional.*

PARAGRAFO 3o. *Lo dispuesto en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo previsto en le numeral 3 del artículo 266 de este estatuto y de lo establecido en el contrato de administración del fondo nacional del café.*

PARAGRAFO 4o. *Las obligaciones derivadas de los acuerdos de pago celebrados por la Nación en desarrollo del proceso de privatización de la Corporación Financiera del Transporte, podrán compensarse y extinguirse automáticamente con otras obligaciones a favor de la Nación y demás entidades y organismos del orden nacional.*

III. LA DEMANDA

El actor considera que las expresiones acusadas violan el Preámbulo y los artículos 1., 58., 60., 333 y 334 de la Constitución Política. Procede a continuación, presentar los argumentos que fundamentan su petición de inexequibilidad en relación con cada uno de los artículos demandados.

A DEL ARTICULO 303:

- En primer término, señala el demandante que la expresión "privatización" que se utiliza de manera reiterada en las normas acusadas es contraria a lo dispuesto en el artículo 60 de

la C.P., por cuanto la obligación del Estado en dicho precepto se refiere a "..tomar las medidas conducentes a *democratizar* la titularidad de las acciones..." En su concepto el término privatizar es el género y una de sus especies es democratizar, por lo que concluye, que su utilización implica desprotección para el sector solidario y de trabajadores, que es precisamente el que el constituyente quiso favorecer.

- En este sentido manifiesta que la norma constitucional (art. 60), que en su concepto se desconoce por la citada expresión, obliga al Estado a enajenar en condiciones especiales al sector solidario y de los trabajadores, la totalidad de la propiedad accionaria que posea en entidades con participación oficial, sin que le sea permitido propiciar previamente la fusión o absorción de dichas entidades con o por otras.

- Considera que también es inconstitucional por la misma razón la disposición que establece que la decisión del Fondo de Garantías, cuando ofrezca en venta las acciones adquiridas, sea "...a favor de quien presente condiciones de adquisición más ventajosas", pues en su opinión ello no es democrático ni corresponde a uno de los presupuestos básicos de la norma superior mencionada, como es ofrecerlas al sector solidario y de trabajadores en condiciones especiales que faciliten su acceso a esa propiedad.

- Al examinar los apartes demandados del numeral segundo de la norma acusada, señala que al referirse ésta a "...las sociedades en que dichas instituciones tengan cuando menos la mayoría absoluta del capital en forma individual o conjunta", el legislador hace una distinción indebida, que no le corresponde hacer, por cuanto el constituyente no la consagró en la norma superior.

- Acusa también la expresión consignada en el inciso tercero del numeral segundo del mismo artículo, "sector privado", pues considera que ella excede la intención del constituyente que quiso privilegiar específicamente al sector solidario y de los trabajadores.

- En el mismo sentido ataca la expresión "o parte" referida a la participación oficial en las instituciones financieras que se pretenda privatizar o enajenar, pues, sostiene, "...el ofrecimiento de la propiedad estatal no admite fraccionamiento."

- En cuanto a la acusación que hace a la palabra "martillos" y a la totalidad del inciso segundo del numeral segundo del artículo 303, la fundamenta en la definición misma del martillo, instrumento que en su criterio tiende a maximizar los precios de venta, sin que en su reglamentación puedan introducirse condiciones especiales o de preferencia, pues lo desvirtuarían como tal. Afirma que la norma constitucional que se desarrolla en este artículo se refiere, sin más, a la propiedad estatal, sin distinguir, para los efectos que se propone, los porcentajes de participación: por consiguiente, dice, tal distinción contraría el mandato constitucional del artículo 60 de la Carta.

- El inciso tercero del artículo demandado establece que las operaciones a que se refiere deberán realizarse a través de los martillos de las bolsas de valores u otros procedimientos, en condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia, lo que en opinión del actor es contrario al mandato constitucional señalado, pues éste propugna por restringir el acceso a la propiedad accionaria estatal, al sector solidario y de los trabajadores.

- Las expresiones impugnadas del numeral tercero del artículo 303, se refieren al derecho que se abroga la Nación de suscribir, en desarrollo del capital de garantía, y preferencialmente, acciones ordinarias o bonos convertibles en acciones, cuando la garantía se haga exigible o cuando cese la condición de nacionalizada de la respectiva institución; sostiene el demandante que esta disposición es por completo ajena a lo preceptuado en el artículo 60 de la C.P., e implica una desviación de recursos públicos en perjuicio del sector solidario.

B. DEL ARTICULO 304

- En segundo término, opina el actor, cuando el inciso primero del mencionado artículo establece que sus disposiciones se aplicarán sólo para los fines de la ley que los contiene, está restringiendo el alcance del artículo 60 de la C.P., por cuanto lo que pretendió el constituyente, a través de esa norma fue impulsar el proceso de democratización de la propiedad pública en general; por lo tanto, limitar dicho proceso a las materias que desarrolla el decreto 663 de 1993, implica, en su opinión, restringir las posibilidades de desarrollo del Estado Social de Derecho.

- En este mismo artículo se atribuye al Consejo de Ministros la responsabilidad de aprobar el programa de enajenación que en cada caso deba elaborarse, con base en la recomendación que al efecto presente el Fondo de Garantías, el cual se aprobará a través de un decreto del gobierno; en opinión del actor estas disposiciones desconocen el ordenamiento constitucional en cuanto delegan en el ejecutivo una facultad que la Carta otorgó al legislador, viabilizando con ello la aplicación de criterios accidentales y ocasionales que contribuyen a los objetivos de un gobierno en particular y no al interés general al cual éste también debe someterse. Concluye su argumentación señalando que "Toda determinación cualitativa o cuantitativa de las condiciones de acceso a la propiedad estatal que se enajena es del campo propio de la ley, exclusivamente." Para respaldar su pedimento se remite y transcribe apartes de la sentencia C-37/94 de esta Corporación.

C. DEL ARTICULO 306

- El actor demanda la inconstitucionalidad del inciso primero, parte del segundo y del parágrafo de este artículo, porque considera que establecer el precio mínimo de colocación de acciones con fundamento en conceptos técnico-financieros y considerando la rentabilidad actual y futura de la respectiva institución, el valor de sus activos y pasivos y los apoyos recibidos de la Nación y del Fondo de Instituciones Financieras, constituye un desarrollo propio del esquema neoliberal, el cual no permite consideraciones o condiciones especiales que favorezcan la democratización de la propiedad, y no se compadece con los propósitos y filosofía propios del Estado Social de Derecho, que justifica, en opinión del demandante, incluso la venta a pérdida de la propiedad estatal, si con ello se da cumplimiento al mandato constitucional.

D. DEL ARTICULO 308

- En su concepto, este artículo regula la participación en el martillo que se realice para la venta de propiedad accionaria del Estado, de suscriptores profesionales (corporaciones

financieras, comisionistas de bolsa y sociedades fiduciarias), con el objeto de facilitar a través de ellos el acceso de las personas a dicha propiedad, realizando al efecto operaciones en firme o al mejor esfuerzo, y comprometiéndose a colocar entre el público, de manera amplia y democrática, la totalidad o parte de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, dentro de las condiciones que se establezcan en el plan de enajenación que apruebe el Consejo de Ministros.

Anota el actor que obtener acciones a través de operaciones en firme significa para estos suscriptores profesionales, adquirir la propiedad de las mismas, con lo que se impide el desarrollo del proceso de democratización que subyace en el mandato constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, mucho más si se les autoriza, como lo hace la norma demandada, a colocar entre el público *todo o parte* de esas acciones, con lo cual se permite el acceso a esta propiedad de personas diferentes al sector solidario y de trabajadores, al cual esta dirigida esta expectativa de derecho de carácter preferencial y rango constitucional.

E. DEL ARTICULO 309

En opinión del actor, este artículo prevé la utilización de mecanismos alternativos para la colocación de acciones en el mercado, cuando la totalidad de las mismas no se logre colocar a través del martillo; señala que se deberán utilizar procedimientos que garanticen publicidad y libre concurrencia y que si con ellos no se obtiene la colocación de la totalidad de las acciones en el mercado, el Fondo de Garantías presentará, para su aprobación al Consejo de Ministros, propuestas alternativas para culminar el proceso de "privatización", dándole preferencia a quienes hayan adquirido acciones.

El actor cuestiona la constitucionalidad de estas disposiciones reiterando los argumentos expuestos al referirse a otras normas, los cuales complementa señalando la improcedencia de un tratamiento preferencial, no para las personas a las que se refiere el artículo 60 de la C.P., sino precisamente para aquellas que tuvieron acceso a la propiedad accionaria estatal por satisfacer condiciones que fueron gravosas para el sector solidario y el de los trabajadores.

F. DEL ARTICULO 310

En el concepto de la demanda se advierte que el artículo 310 establece las funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y que en consecuencia, la Nación o sus entidades descentralizadas podrán contratar con dicha entidad el avalúo, preparación del programa así como la orientación, administración o manejo de la enajenación de las acciones y bonos a que se refiere dicha norma. En este sentido el actor impugna la función de "orientación" que puede cumplir el Fondo, previo contrato, por considerar que ella corresponde, tal como está establecido en el texto mismo de la Constitución, y en consecuencia deberá desarrollarse de manera concordante a través de la ley.

Sostiene al respecto que "...la enajenación de la propiedad estatal no puede depender de la orientación que por contrato o en cualquier forma señale el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras" y reitera su cuestionamiento a la fusión o absorción de las

entidades con participación accionaria estatal, por considerar que ellas son formas de enajenación que desconocen el mandato constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, al propiciar el beneficio de otras entidades estatales y no del sector solidario y de trabajadores.

G. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONCEPTO DE VIOLACION

El actor en este capítulo de su demanda pretende desarrollar un concepto general, con base en el cual solicita la declaración de inexequibilidad de la totalidad de las normas transcritas; para ello se remite al texto de la sentencia C-37/94 de ésta Corporación.

El demandante inicia su análisis con la afirmación de que el principio de participación democrática, elevado a canon constitucional, pretende entronizar nuevos esquemas de organización social, lo cual se destaca en los artículos 57 y 60 de la C.P., que, dice, diseñan un modelo de democracia industrial y señalan para el Estado la obligación de definir condiciones especiales para democratizar el acceso a la propiedad accionaria estatal del sector solidario y de los trabajadores respectivamente.

Se consagra entonces, señala, tal como lo ha afirmado esta Corporación, un derecho preferencial de rango constitucional, que no admite limitaciones; a través de la ley se reglamentarán dichas condiciones especiales, no así el ámbito propio y específico de la operancia y efectividad del derecho.

En concepto del demandante basta una lectura rápida de las normas demandadas para concluir que ellas no evocan ni sugieren la existencia de un Estado Social de Derecho, ni permiten que el sector solidario encuentre una real posibilidad de acceder a la propiedad estatal que se enajena. A manera de ejemplo, destaca aspectos de la normas acusadas que se quieren reivindicar, como condición especial cuando definitivamente no lo son; es el caso del avalúo técnico de una empresa, el cual en su opinión no contribuye en nada a que el sector solidario acceda a esa propiedad y mucho menos a la democratización de la misma.

Afirma que lo que se ha venido dando en el país es un proceso de privatización neoliberal, que requería para su puesta en marcha de la expedición de una ley que, so pretexto de reglamentar el artículo 60 de la C.P., mediara entre los actos administrativos de enajenación y la norma superior; para ello, concluye el actor, se expidió una ley "comodín", a través de la cual se delegaron en las autoridades administrativas competencias legislativas, entre ellas la definición de los programas de enajenación y de las condiciones especiales que deberán regir para cada caso en particular.

Sostiene que procede la inexequibilidad de las normas demandadas en su integridad, pues ellas se expidieron para reglamentar el artículo 60 de la C.P. y no lo hacen, se limitan a establecer un marco en el cual el ejecutivo puede proceder a privatizar, no a democratizar el acceso a la propiedad accionaria estatal; para ello la administración se ampara en la presunción de legalidad de los actos que expide, los cuales nadie se atreve a cuestionar.

Sintetiza los argumentos que esgrime para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de la totalidad de las normas demandadas en los siguientes puntos:

Aquellas no cumplen con el mandato constitucional que pretenden desarrollar, y no contienen ninguna condición espècial que permita la democratización de la propiedad accionaria estatal y la adquisición de la misma por parte del sector solidario y de los trabajadores.

En las disposiciones acusadas se desconocen los principios que deben orientar las funciones esenciales del legislador, la principal, desarrollar fielmente los mandatos constitucionales.

Además con aquéllas se delegan en la administración unas funciones que la misma Constitución atribuyó a la ley, entre ellas, la definición de condiciones especiales que faciliten y promuevan el acceso democrático a la propiedad estatal.

Sugiere que la Corte Constitucional convoque al legislador para que asuma los deberes que le corresponden frente al artículo 60 de la C.P. y expida el reglamento legal pertinente, señalando que "...la propiedad estatal no puede seguir siendo enajenada a espaldas del sector solidario, pues el desarrollo de los artículos que demanda, viabiliza que se produzcan actos administrativos dirigidos a organizar la venta de la propiedad estatal traicionando los deberes específicos y concretos que contiene el artículo 60 de la Carta Política... El espíritu del legislador burla en este caso el espíritu del constituyente."

Advierte el demandante que el estatuto legal que debe expedirse en desarrollo del artículo 60 de la C.P., ha de ser una ley del Congreso de la República y que establezca las condiciones especiales, que le permitan al sector solidario y de los trabajadores acceder a la propiedad accionaria estatal, ejerciendo así el derecho preferencial que les otorga la Constitución. Bajo esos presupuestos, para el actor, el Decreto 663 de 1993 no tendría validez constitucional por carecer de aquéllos.

Para reforzar su pedimento se remite y analiza algunas disposiciones legales expedidas por el ejecutivo con base en la norma acusada, con el objeto de privatizar entidades financieras en las cuales el Estado tenía participación accionaria; así, se refiere expresamente al Decreto 439 de 1994, por el cual se aprobó el programa de venta de las acciones de las entidades públicas en CORPAVI, el cual en su criterio consignó condiciones que no se pueden entender como "especiales" a la luz del texto constitucional, sino, al contrario restrictivas y entorpecedoras del objetivo de facilitar el acceso a la propiedad accionaria estatal del sector solidario y de los trabajadores; dichas medidas, agrega, se adoptaron desconociendo incluso fallos de esta Corporación como el contenido en la sentencia C-37/94. Se refiere igualmente al proceso de privatización del Banco de Colombia, que en su opinión también se efectúo desconociendo el mandato constitucional del artículo 60. "...la administración amparada en el decreto 663 de 1993 se ha venido ocupando del tema de la democratización en una forma que no se atiene al espíritu del artículo 60 de la C.P. y lo hace porque usa una ley que no desarrolla ese espíritu."

Se remite igualmente al fallo de tutela proferido por esta Corporación T462/94, especialmente al aparte que señala: "...Por consiguiente no puede el Gobierno, mediante actos de

naturaleza administrativa, determinar cuáles serán las condiciones especiales que, según el precepto superior, deben ofrecerse y, menos todavía, establecer excepciones a los beneficios que el propio Constituyente ha resuelto conceder." Solicita, con fundamento en las razones en él expuestas, se declare la inexequibilidad de la normas demandadas en su integridad, dada la imposibilidad jurídica de que del fallo de tutela se deriven las consecuencias generales de inexequibilidad que él pretende.

Por último, presenta las siguientes peticiones adicionales:

Que con base en la facultad que tiene la Corte de señalar los efectos de sus sentencias, si sus pretensiones son acogidas, éstos se establezcan en las mismas condiciones en que fueron definidos en la sentencia C-37/94.

Que los decretos expedidos bajo la vigencia de las normas demandadas, si ellas son declaradas inexequibles, queden excluidos de la presunción de legalidad.

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

A) El señor Procurador General de la Nación, mediante oficio No. 631 de 22 de mayo de 1995, rindió el concepto de rigor en el asunto de la referencia, en el cual solicita a esta Corporación que:

1. Ordene estarse a lo resuelto en la sentencia C-28 del 2 de febrero de 1995, en el cual se declaró la exequibilidad del artículo 303 numeral 1o., inciso 1o. y numeral 2o., incisos 1o. y 3o.

2. Ordene estarse a lo resuelto en la sentencia C-211 de abril 28 de 1994, en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 304, inciso 3o. y los artículo 308 y 309 en su totalidad.

3. Ordene estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de febrero 3 de 1994, en la cual se declaró la inexequibilidad del inciso 3o. del artículo 306 y los incisos 1o., 2o., 3o. y 4o. y los parágrafos 1o. y 2o. del artículo 311.

4. Declare la exequibilidad de las demás disposiciones acusadas sobre las cuales no se haya pronunciado esta Corporación.

B. El señor Procurador fundamenta sus solicitudes en la siguientes razones:

- La demanda ataca algunas disposiciones del Decreto 663 de 1993, que para el actor desconocen el derecho de propiedad consagrado en el artículo 60 de la C.P. para el sector solidario y de los trabajadores, y que en todo caso resultan contrarias a la noción de Estado Social de Derecho, que consagra nuestro ordenamiento constitucional.

- Con fundamento en las disposiciones del artículo 243 de la C.P., que establece que los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada, y del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de las actuaciones ante esta Corporación, teniendo en cuenta que a través

de las sentencias que a continuación se relacionan, esta Corte ya se ha pronunciado de fondo sobre varias de las normas acusadas del decreto 663 de 1993, el Ministerio Público solicita a esta Corporación estarse a lo resuelto en las mismas, así:

1. La sentencia C-037 de 1994 que declaró la inexequibilidad del inciso 3o. del artículo 306 y los incisos 1o., 2o., 3o. y 4o. y de los parágrafos 1o. y 2o. del artículo 311.

2. La sentencia C-211 de 1994 que declaró la exequibilidad del inciso 3o. del artículo 304 y de los artículo 308 y 309 en su totalidad.

3. La sentencia C-028 de 1995 que declaró la exequibilidad del numeral 1o. inciso 1o. y del numeral 2o. incisos 1o. y 3o. del artículo 303.

C. Procede entonces el Ministerio Público a pronunciarse sobre la constitucionalidad de aquellas expresiones acusadas por el actor, que no han sido objeto de fallo por parte de esta Corporación:

En opinión del Ministerio Público el término "privatización", demandado por el actor, no puede entenderse como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar los objetivos estatales, en particular el de la democratización de la propiedad accionaria estatal, por lo que, concluye, no es restrictivo ni se opone a los mandatos constitucionales del artículo 60 de la C.P.; apoya su concepto en el pronunciamiento de esta Corporación contenido en la citada Sentencia C-037 de 1994.

Al referirse a la expresión del numeral 1o. del artículo 303 "...fusión o absorción", el señor Procurador se detiene en el análisis de dichos conceptos a la luz de las disposiciones del Código de Comercio, y resalta como en estos casos las sociedades que proceden a la fusión se disuelven sin liquidarse y se constituyen en una nueva, la cual adquiere los derechos y obligaciones de aquellas; así, cuando una entidad del Estado se fusiona o es absorvida por otra, no está transfiriendo a otras personas las acciones o intereses de que es titular, por lo que no se pueden aceptar los argumentos que esgrime el actor al acusar estas expresiones, pues ellas en ningún momento implican que el Estado enajene su propiedad a particulares, desconociendo lo mandado en el artículo 60 de la Constitución.

- Otra de las expresiones acusadas por el demandante es la contenida en el artículo 303 que establece: "...el Estado realizará la venta a favor de quienes presenten las condiciones de adquisición más favorables", competencia que en su criterio, de acuerdo con el mandato constitucional, en primer lugar no le corresponde al ejecutivo por ser ésta una facultad del legislativo, y en segundo lugar, es inconstitucional porque con ella se desconoce la prevalencia del derecho preferencial que para el sector solidario y de los trabajadores señala la Carta, incluso, afirma, la venta a pérdida de la propiedad accionaria estatal se justificaría si con ello se da cumplimiento, tal como él la entiende, a la norma superior de rango constitucional; al respecto, el Procurador manifiesta que rechaza dicho planteamiento y defiende la constitucionalidad de la expresión demandada, posición que apoya en el fallo de esta Corporación consignado en la sentencia No.028/95 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), a cuyo texto se remite: "...la enajenación en ninguna de las hipótesis previstas en la Carta y en el propio articulado, se hará por fuera del marco de referencias

económicas que favorezcan el patrimonio público, excluyendo variables de gratuidad o liberalidad en favor de persona alguna. Esto, no sólo es conforme al artículo 60 de la C.P., en cuanto, las condiciones para acceder a la propiedad que establece no implican que el Estado deba donar o auxiliar, en el traslado del dominio de sus bienes a ningún particular, trátese de trabajador de la empresa o de organización solidaria y de trabajadores. Pues resultaría extraño al sistema de la Carta, que prohíbe tajantemente tal posibilidad"

Al analizar el cuestionamiento que el actor hace al numeral segundo del artículo 303, en lo referido a las sociedades en las que las instituciones oficializadas o nacionalizadas tengan por lo menos la mayoría absoluta del capital, el señor Procurador manifiesta no estar de acuerdo con dicha impugnación por cuanto:

"...no significa como alega el demandante, que se esté haciendo una distinción que limite o excluya de tales procesos las acciones del Estado en otras empresas. Así, cuando el Estado pretende democratizar su propiedad accionaria, mal podría poner en venta las acciones que tiene en una sociedad determinada, sin que, en el mismo evento, ofrezca las acciones en las cuales las mencionadas instituciones tengan la mayoría absoluta del capital en forma individual o conjunta."

"De no ser así, el principio de democratización sería desvirtuado, en forma manifiesta por el legislador, dado que continuaría el Estado en posesión de parte de la sociedad."

Sostiene el Ministerio Público que el Estado tiene la capacidad de decidir discrecionalmente si enajena la totalidad o parte de su propiedad accionaria, sin que con ello desconozca el artículo 60 de la C.P. y siempre y cuando respete la expectativa de derecho preferencial que la Carta otorgó al sector solidario y de los trabajadores, brindándoles condiciones especiales; por lo tanto la acusación de inconstitucionalidad que hace el actor a la expresión "o parte" no es procedente.

El término "martillo" impugnado varias veces por el demandante en el libelo, es, en opinión del Ministerio Público constitucional, pues en nada contraría el espíritu del mandato que consagra el artículo 60 de la Carta. Apoya su concepto en varios fallos emitidos por esta Corporación, transcribe algunos de sus apartes y señala:

"... el mecanismo de los martillos es perfectamente idóneo para garantizar la protección de los derechos de las partes intervinientes en el proceso de venta de la participación accionaria del Estado, pues el estado (vendedor), obtiene el justo precio, y los compradores (en este caso, los trabajadores y las organizaciones solidarias de trabajadores) participan en condiciones de publicidad y libre concurrencia, lo cual les permite competir en condiciones de igualdad. ...Su neutralidad posibilita discutir abiertamente los tiempos y modos de satisfacción final. No existe, entonces, una visión parcial de intereses y derechos, sino una visión común y global en un universo negocial en torno del cual, se condensan concretamente los intereses de las partes. Por ello no puede afirmarse como lo hace el demandante, que el martillo favorezca únicamente los intereses de quienes posean mayores recursos económicos."

- Para contrarrestar la acusación de inconstitucionalidad que hace el demandante a las expresiones "publicidad" y libre concurrrencia", consignadas en varios de los artículos impugnados, el Ministerio Público se remite al siguiente pronunciamiento de esta Corporación:

  "Otro elemento propio del régimen de ventas comentado, tiene que ver con la necesidad de "publicidad" y "libre concurrencia" que se encuentran ampliamente acordes con los principios constitucionales de libertad, participación, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general (artículo 1o.), orientados a procurar claridad, transparencia, pulcritud, no discriminación, sino por el contrario, beneficios restablecedores para los sectores sociales más débiles." (Sentencia. C-028/95. M.P. D. Fabio Morón Díaz).

- Sobre el numeral 3o. del artículo 303 que también es impugnado por el demandante, quien alega que lo señalado en él sobre suscripción de acciones por parte de la Nación, es un tema totalmente extraño a la materia reglamentada, que no guarda relación con el resto de la normativa por lo que solicita se declare inconstitucional, el Procurador advierte que el tema se relaciona muy de cerca con la participación estatal y con el proceso mismo de privatización, sin olvidar, además, que dicha norma hace parte de un Estatuto que recopiló la totalidad de normas que regulan la materia financiera, luego no desconoce ningún precepto constitucional.

- El Ministerio Público destaca como uno de los puntos que se reiteran en la demanda, el relacionado con la inconstitucionalidad de las facultades atribuidas por el legislador al ejecutivo, representado por el Fondo de Garantías, el Consejo de Ministros, el Ministro o Junta Directiva del Fondo correspondiente en algunos casos, artículo 304, para implementar el proceso de privatización de entidades estatales; controvierte tal afirmación el señor Procurador señalando como las disposiciones sobre privatización de dichas entidades, especialmente los artículos 25 a 32 del decreto 663 de 1993, provienen y fueron acogidas textualmente de la ley 35 del mismo año, ley marco, por la cual se facultó al Gobierno para regular la actividad financiera del país. Tratándose de una ley marco, expedida con base en lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 de la C.P., en armonía con lo establecido en el artículo 335, la competencia del Congreso se limitó a dictar los criterios generales, y a otorgar al Gobierno competencias autónomas para intervenir y reglamentar la democratización en materia financiera, aseguradora y bursátil.

  Para reafirmar sus argumentos transcribe el siguiente aparte de un pronunciamiento de esta Corporación:

  "En esencia, el apoyo oficial constituye la condición que define el acceso democrático al haber accionario, y debe tenerse en cuenta que dicho apoyo no es voluntario, porque la propia Constitución lo impone, como se deduce de los términos imperativos de la disposición , según la cual, el estado "tomará las medidas conducentes" para alcanzar este propósito; ello implica, como es obvio, el otorgamiento por la Carta de una potestad especial y mandatoria en cabeza de la administración, para que en cada evento particular, según las circunstancias específicas que rodeen la operación y dentro de unos criterios de

razonabilidad y equidad, adelante el proceso de democratización accionaria."
(Sentencia C-037/94. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

- El demandante arguye como fundamento de su solicitud de inconstitucionalidad de la expresión "precio mínimo de venta", contenida en el artículo 306, que la misma obedece a criterios "puramente capitalistas" que desconocen y son contrarios al mandato del artículo 60 de la Carta, que ordena la fijación de "condiciones especiales" que faciliten el acceso del sector solidario y de los trabajadores a la propiedad accionaria estatal, justificando incluso la venta a pérdida de dicha propiedad si con ello se viabiliza el cumplimento del precepto constitucional. Sobre el particular el Despacho del Procurador manifiesta apartarse de tales consideraciones "...toda vez que no puede existir liberalidad en el precio de venta, por cuanto implicaría el desconocimiento de otra norma constitucional, el artículo 355 superior."

  Para el Ministerio Público las condiciones especiales a que se refiere el mencionado artículo 60, no implican la posibilidad de un pago que no sea el "precio justo" de la propiedad de la Nación, el cual deberá calcularse con base en criterios técnicos y administrativos. Apoya su posición en el fallo de esta Corporación contenido en las sentencias C-28/95 y C-211/94.

- Sobre la solicitud de inexequibilidad de los artículos 308 y 309 que presenta el actor, el señor Procurador se abstiene de considerar los argumentos que la soportan por cuanto esta Corporación a través de Sentencia C-211/94 los declaró exequibles.

- El artículo 311 que establece las funciones que debe cumplir en estos procesos el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, es demandado por el actor, en lo que hace a la expresión "orientación", por considerar que esta entidad de carácter administrativo no tiene competencia para el efecto; el Ministerio Público rebate tal afirmación remitiéndose a lo dispuesto en los artículos 209 y 211 de la Constitución los cuales, dice, establecen que a través de la ley se pueden delegar este tipo de funciones, por lo que no se encuentra en tal disposición ningún vicio de inconstitucionalidad.

- El Señor Procurador concluye su concepto anotando que el conjunto de las normas demandadas, además de no ser por ningún motivo inconstitucionales, constituyen un procedimiento razonable y adecuado a la Constitución para efectuar el proceso de privatización de las entidades oficiales, el cual se ciñe a los principios de equidad, transparencia, pulcritud y libertad que comportan las actuaciones que involucran el manejo del patrimonio del Estado.

V. OTRAS INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista se presentaron varios escritos, por parte de ciudadanos y entidades públicas interesadas en la materia, algunos destinados a coadyuvar la demanda y otros a impugnarla.

A. IMPUGNACIONES

1. EL FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS -FOGAFIN

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -Fogafin-, otorgó poder al doctor JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, quien dentro del término legal establecido en el Decreto 2067 de 1991, solicitó a esta Corporación estarse a lo resuelto en aquellas normas sobre las cuales ya se ha pronunciado en diferentes sentencias, y declarar la exequibilidad de las restantes. En síntesis los argumentos que respaldan su petición son los siguientes:

- En relación con los artículos demandados que han sido objeto de conocimiento por parte de esta Corporación y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 243 de la C.P. y en el 21 del decreto 2067 de 1991, estarse a lo resuelto en las respectivas sentencias por configurarse sobre ellos cosa juzgada constitucional.

a) ARTICULO 303. PRIVATIZACION DE ENTIDADES CON PARTICIPACION ESTATAL

- Sobre las expresiones demandadas del artículo 303, especialmente sobre el término privatización que el actor considera restrictivo frente al concepto de democratización, el apoderado de FOGAFIN considera que éste no se opone a lo consignado en el artículo 60 de la C.P.; respalda su apreciación en el fallo de esta Corte contenido en la sentencia C-37/94 del cual transcribe el siguiente aparte:

"Puede concluirse entonces, que la democratización según la Carta, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial...

"Como es conocido, por "privatización", se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general."

En cuanto a la expresión "fusión y absorción", al igual que para el Despacho del Señor Procurador, esta expresión del artículo 303, en opinión del apoderado de FOGAFIN no conlleva violación del artículo 60 de la C.P., por cuanto de conformidad con lo establecido en los artículos 172 y siguientes del Código de Comercio, la fusión y absorción de una sociedad por otra, no implica la liquidación de la entidad fusionada o absorvida, en consecuencia las acciones o partes de interés de aquellas de las que sea titular el Estado no se transfieren a otras personas. Afirma que, "... aunque es cierto que los bienes de la entidad se enajenan a otra, NO es cierto que el Estado, persona jurídica distinta a la empresa, enajene sus acciones."

- Para defender la constitucionalidad de la expresión "condiciones más favorables" consignada también en el artículo 303, el apoderado del Fondo se remite, al igual que el Ministerio Público, a la Sentencia C-28/95 de esta Corporación.

- En cuanto a las expresiones "sociedades en las que dichas instituciones tengan cuando menos la mayoría absoluta", "sector privado", "martillos", "publicidad y libre concurrencia", contenidas en el numeral segundo del artículo 303, y a la facultad otorgada a la Nación de suscribir acciones con capital de garantía, consignada en el numeral tercero de la misma norma, el representante de FOGAFIN sostiene que son constitucionales, esgrimiendo argumentos similares a los expuestos por el Ministerio Público, los cuales apoya en los mismos fallos que aquel citó.

b) ARTICULO 304 APROBACION DEL PROGRAMA

- El cuestionamiento que hace el actor al otorgamiento de funciones que el legislativo hace a diferentes autoridades administrativas, no es aceptado por el apoderado de FOGAFIN, quien considera que el artículo 60 de la C.P. no atribuye competencias exclusivas ni indelegables y que simplemente señala que la ley reglamentará la materia, concluyendo que esas delegaciones son completamente compatibles con la Constitución.

- Contenido del programa. La expresión "precio mínimo de venta" contenida en este artículo y acusada por el actor, es constitucional en opinión del apoderado de FOGAFIN. Así, dice, lo ha declarado esta Corporación y, al igual que en el concepto fiscal, transcribe apartes de la sentencia C-028/95.

c) ARTICULO 310

En cuanto a la función de "orientación" que el artículo 310 otorga al Fondo de Garantías, el apoderado del mismo defiende su constitucionalidad y solicita sea declarada exequible por cuanto "...no existe norma constitucional ni legal que impida al Estado contratar servicios especializados de entidades públicas para el cumplimiento de las funciones que le atribuye la ley. Reitera el fundamento constitucional de la delegación de funciones en entes administrativos, artículo 355 de la Carta y el efecto inocuo que tendría la declaratoria de inconstitucionalidad, si se tiene en cuenta que el Fondo mantendría su capacidad de contratar la preparación, administración y el manejo del programa de enajenación, que lleva implícita la orientación del proceso.

d) SOLICITUD DE DECLARACION DE NULIDAD DE LO ACTUADO

En escrito aparte el apoderado de FOGAFIN solicita a esta Corporación que declare la nulidad de lo actuado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1992, por cuanto las expresiones demandadas no constituyen una norma, ni por sí mismas vulneran la Constitución, no existiendo entonces la unidad normativa mínima, que considerada independientemente genere efectos jurídicos.

Remite el interviniente a esta Corporación a la sentencia No.55 de abril de 1991 de la Corte Suprema de Justicia y a los pronunciamientos de esta misma Corte sobre proposición jurídica completa, contenidos especialmente en las sentencias C-397/94 y C-407/94.

Con base precisamente en esos pronunciamientos ha de reiterarse que la proposición jurídica que pretenda ser objeto de análisis constitucional, debe contener la acusación contra enunciados que contengan un concepto jurídico autónomo y un significado (unidad conceptual) independiente, sin que ello implique confundir dicha proposición con la oración definida por la sintaxis de la lengua española:

"...es obvio que para las reglas gramaticales, los sujetos, los predicados, los complementos, los adjetivos, en cuanto elementos de la sintaxis, no tienen una significación autónoma pues ella únicamente se presenta en la totalidad de la oración que conforman. Pero en materia jurídica una expresión puede tener significado y efectos jurídicos concretos. Por ejemplo la palabra "confiscación" o las de "pena de muerte" dentro de una consecuencia sancionatoria; ...son expresiones que pueden tener un sentido con efectos jurídicos precisos y por ello estar sometidas al juicio de constitucionalidad." (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 55 de abril/91).

Caso similar se presenta en la demanda que se estudia, en la cual las palabras y expresiones acusadas tienen sentido y efectos jurídicos precisos en el cuerpo del régimen financiero del cual hacen parte; así mismo, siguiendo la definición consignada en la sentencia No. 22 de marzo de 1984 de la H. Corte Suprema de Justicia, ellas se encuentran incursas en enunciados que tienen per se sentido propio, constituyen unidad normativa autónoma, susceptible de ser aprehendida intelectualmente, con pleno significado inteligible por sí sola, y por lo tanto perfectamente separable del texto, el cual a su turno conserva también sentido lógico y adecuada aplicabilidad.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el demandante expresamente solicita la declaratoria de inexequibilidad de los apartes o expresiones demandadas, "...sin perjuicio de que eventualmente se declaren inexequibles en su integridad...", la Corte considera que la admisión de la demanda fue acertada, por lo que denegará la solicitud del apoderado del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

2. SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Actuando como apoderado de dicha entidad el doctor JOSE ANTONIO PACHON PALACIOS señala, en relación con las normas demandadas, que respecto de aquéllas sobre las cuales ya se pronunció esta Corporación se configura la situación de cosa juzgada. Respecto de las demás solicita se declaren exequibles por las siguientes razones:

- Para el apoderado de la Superbancaria las normas que acusa el actor se refieren a la opción que tienen personas diferentes a las señaladas en el artículo 60 de la C.P., sector solidario y de los trabajadores, de acceder a la propiedad accionaria estatal, una vez se ha desarrollado el programa de enajenación contentivo de las condiciones especiales que para aquellos debe establecer el Estado. Estas normas, agrega, únicamente serán aplicables "...en el evento en que los principales destinatarios de las acciones (trabajadores, organizaciones solidarias, y de trabajadores), por una u otra razón no puedan o no deseen adquirirlas." Situación que no contraría la norma constitucional, pues si los principal-

mente llamados a adquirir éstas acciones no lo hacen el Estado no tiene porque quedarse indefinidamente con ellas.

- En cuanto al programa de enajenación que en opinión del actor debe ser elaborado por el legislativo a través de una ley, señala el apoderado de la Superbancaria que se trata, tal como está concebido en la norma demandada, de un instrumento ágil y eficaz, que facilita la democratización efectiva de la propiedad accionaria estatal; contrario a lo que pasaría si se acogiera la tesis del actor, y cada uno de los negocios, con sus especiales características y vicisitudes, se ciñera a una disposición de orden general y permanente como es la ley; ello, concluye, sólo contribuiría a entorpercer la concreción del fin último de la normatividad que se analiza, la cual pretende propender por la democratización de la propiedad en Colombia.

- Para el apoderado de la Superbancaria el demandante parte de un supuesto errado, por lo que se deben desestimar sus argumentos, pues las normas impugnadas de manera alguna causan menoscabo al derecho de preferencia que la Constitución Nacional consagró a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias, y se limitan a señalar el procedimiento a seguir en el evento de que estas personas no hagan uso de ese derecho; se trata en consecuencia de un mecanismo subsidiario que no atenta contra la Constitución.

3. MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

La doctora LUZ STELLA BERNAL CALLE, acreditada como apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicita a esta Corporación que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas por las siguientes razones:

- En su opinión, el demandante da una interpretación vaga de la palabra "privatización", que desconoce el alcance y contenido que le dio la Corte Constitucional a dicha expresión en sentencia C-037/94.

- En cuanto a la posibilidad de fusión o absorción que determina el artículo 303, la apoderada del Ministerio de Hacienda, al igual que otros intervinientes y el Ministerio Público, se remite a la definiciones del Código de Comercio sobre la materia, para afirmar que no son inconstitucionales; complementa su argumento repaldando la viabilidad de la fusión de establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, en lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 150 de la Carta.

- Señala que el procedimiento de venta de acciones de propiedad estatal a quien ofrezca "condiciones de adquisición más ventajosas", se produce sólo si los trabajadores no adquieren la totalidad de las acciones, caso en el cual el Fondo podrá ofrecerlas a suscriptores profesionales para que éstos las adquieran en las mejores condiciones de mercado, partiendo del precio mínimo ofrecido a los trabajadores.

- En cuanto a la venta de acciones que las instituciones oficializadas o nacionalizadas tengan en otras sociedades cuando posean por lo menos la mayoría absoluta del capital en

forma individual o conjunta, destaca la apoderada del Ministerio de Hacienda que de no ser así el principio de democratización se vería desvirtuado en forma manifiesta por el legislador, pues el Estado continuaría en posesión de parte de la sociedad.

- La interviniente sostiene la constitucionalidad del artículo 304 desarrollando argumentos similares a los expresados por el Ministerio Público. Al comentar las expresiones demandadas por el actor, correspondientes al inciso cuarto de este artículo, se remite a la definición que la Real Academia da de la palabra "público": "perteneciente a todo el pueblo", con base en lo cual concluye que "...el legislador quiso con esta expresión establecer un mecanismo en el que, cuando los trabajadores y sectores solidarios no intervengan en el proceso de democratización, pueda promover la participación de las demás personas."

- La impugnación que presenta el actor al parágrafo segundo del artículo 304, que establece que las decisiones sobre la enajenación de la propiedad accionaria cuando la participación estatal en el capital es inferior al 50%, le corresponderán a la Junta Directiva de la misma, no adolece de vicios de inconstitucionalidad según la interviniente, pues en este caso lo que se produce es un cambio de agente para la realización de la venta, la cual, de darse, tendrá igualmente que cumplir con lo preceptuado en el artículo 60 de la C.P.; de otra parte, agrega, simplemente se está dando cumplimiento a lo señalado en el Decreto 130 de 1976 que define, de acuerdo con el porcentaje de participación, las reglas aplicables para la toma de decisiones:

"1. Si la propiedad del Estado es igual o superior al 90% del capital social de la sociedad, se sujetan a las reglas de empresas industriales y comerciales del Estado.

2. Si la propiedad del Estado se encuentra entre el 50% y el 90% del capital social, se someten a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

3. Si la propiedad del Estado es inferior al 50%, los actos de la sociedad se someten en su totalidad al derecho privado."

- En cuanto a la acusación de algunos apartes del artículo 306, en opinión de la representante del Ministerio de Hacienda, los argumentos que la soportan no se refieren a la constitucionalidad de las normas, y si a la inconveniencia que el actor les atribuye, por lo que, dice, no deben ser considerados según lo expresado por esta misma Corporación en ateriores fallos.

- Por último la interveniente señala que las referencias que hace el actor al caso de Corpavi como razones en contra de la nacionalización no deben ser consideradas, por cuanto el Consejo de Estado, mediante sentencia de 27 de enero de 1995, se pronunció sobre los mismos, denegando las pretensiones de la demanda.

4. SUPERINTENDENCIA DE VALORES

LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES otorgó poder al doctor ANDRES URIBE ARANGO, quien impugnó la demanda presentada por el actor específica y únicamente

en lo que se refiere a las normas relativas a los martillos de las bolsas de valores. Resume el interviniente los argumentos que sustentan la solicitud de inexequibilidad del demandante de la siguiente manera:

"El martillo de las Bolsas de Valores es un procedimiento que por su definición, naturaleza y esencia, tiende a maximizar los precios de venta, y en un martillo que obedezca a su concepto y reglamentación legal no se podrán encontrar ni condiciones de preferencia para el acceso a la propiedad, ni mucho menos "condiciones especiales".

" La oferta que se dirija a los trabajadores y sector solidario debe ser hecha en "condiciones especiales" y no en "condiciones de martillo", que por sí mismas implican detrimento del privilegio establecido en su favor, por la Constitución Nacional".

Distingue el apoderado de la Superintendencia de Valores entre el concepto "democratizar" como fin o propósito y los medios para alcanzarlo. El primero, dice, definido por esta Corte como la obligación impuesta constitucionalmente al Estado de fomentar el acceso a la propiedad, ofreciendo los mecanismos adecuados para lograr la concurrencia de los sectores económicos interesados. Se trata pues de una noción unívoca, aunque los medios para desarrollarla puedan ser variados, correspondiéndole a la entidad que representa la reglamentación de los mismos, entre ellos el martillo. Respalda su argumentación en las sentencias de esta Corporación que han desarrollado el tema: sentencias C-211/94, C-037/94 y 028/95, de las cuales transcribe los apartes pertinentes.

- Concluye que :

"1. Es facultad constitucional exclusiva del legislador, determinar los mecanismos operativos necesarios para llevar a efecto, la enajenación de la propiedad accionario (sic) del Estado.

"2. La democratización no implica socialización de la propiedad, sino simplemente promoción, estímulo y protección de las formas asociativas y solidarias de propiedad, las que junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica e iniciativa privada, con!tribuyen al desarrollo económico del país. Entendido ahora el verdadero significado de la democratización pregonada por nuestra Constitución Política, entendemos también, que los martillos de las Bolsas de Valores son mecanismos idóneos en la tarea de coadyuvar el proceso de democratización de la propiedad accionaria estatal, al garantizar la concurrencia de todos los sectores económicos interesados."

El ámbito en que se genera la venta en el caso analizado, señala el interviniente, se caracteriza por la previa fijación de "condiciones especiales" de acceso a dicha propiedad, las cuales debe establecer el Consejo de Ministros, según lo establecido en el artículo 304.

"...en el ámbito en que se genera la venta (el martillo en su doble naturaleza es una venta) se presenta una contraposición de intereses que se da entre el "vender pronto" y el "vender bien". Se

trata de un dilema difícil de resolver a priori, pero cuya solución a primera vista resulta concreta si se escoge operativamente un instrumento oportuno de satisfacción, donde las partes y sólo ellas, colaboren al interior del singular procedimiento de venta, no con un simple automatismo sino con opciones en las cuales va reconocida la naturaleza de verdaderos y propios derechos.

"En este orden de ideas, se podría decir que mediante el martillo se busca en últimas un punto de equilibrio, para satisfacer el interès-derecho del que quiere vender lo más pronto posible y del que pretende "vender bien", lo que muestra que lejos de ser un interés de mero facto, es un interés jurídicamente protegido de cualquiera, a no tomar una medida distinta que la debida. Así pues, a través del martillo el vendedor tiene por un lado el derecho a no ser disminuído en su propio patrimonio, es decir, tiene el derecho a la integridad del mismo, el cual resultaría vulnerado si la venta no se efectúa, o si las condiciones sobre las que se ha hecho resultan inferiores a aquellas que ofrece el mercado. La venta a través del martillo, entonces, vale justificarla por lo "mejor", es decir, que se adquiera al precio representativo en cuanto a las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. Así las cosas, mediante el martillo se tutelan intereses opuestos de las partes, encontrando un punto de equilibrio o un punto de encuentro, juzgando responsablemente las condiciones que aseguren la mejor venta. En ese juzga- miento se encuentra la garantía de que ambos intereses-derechos sean tutelados. Así las cosas, el procedimiento de martillo al decidir quien es el mejor postor, lo hace plenamente consciente de las garantías y derechos de las partes allí involucradas.

"Evidentemente la utilización del martillo coadyuva el proceso de democratización, desde el punto de vista de la imparcialidad, pues la utilización de la figura no da espacio a un interés económico particular. Su neutralidad posibilita discutir abiertamente los tiempos y modos de satisfacción final. No existe, entonces, una visión parcial de intereses y derechos, sino una visión común y global en un universo negocial en torno del cual, se condensan concretamente los intereses de las partes. Por ello no puede afirmarse que el martillo favorezca únicamente los intereses de quienes posean mayores recursos económicos."

"...La experiencia en la utilización del martillo es sin duda clara y contundente. Permite no solamente contar oportunamente con toda la información relevante sobre el bien que se ofrece, sino que se garantiza también, que las condiciones de competencia sean leales, a fin de que los concurrentes se encuentren en pie de igualdad y cuenten con iguales posibilidades de oponerse."

B. COADYUVANCIAS

1. El ciudadano LUIS ALBERTO DURAN VALENCIA, argumenta que de acuerdo con el artículo 60 de la C.P., las normas que lo reglamenten sólo pueden ser leyes, dado que así lo ordena la Constitución y así lo ha interpretado esta Corporación cuando ha manifestado que el tema de las condiciones de acceso a la propiedad está reservado a la ley, pues se trata de un derecho fundamental que no se ha querido dejar en el ámbito de lo puramente administrativo, teniendo incluso entidad propia para ser tratado como ley estatutaria.

Anota, que paradójicamente, la "condición especial" que más éxito ha tenido ante la justicia contencioso-administrativa, ha sido la que se ha venido imponiendo al sector solidario y de los trabajadores para acceder a la propiedad estatal que se vende, al restringir su capacidad de compra a un valor que no sobrepase tres veces su patrimonio, produciéndose con ello un efecto inverso al que el constituyente pretendió.

Manifiesta que ese tipo de restricciones se justifican por parte del ejecutivo arguyendo que se trata de limitaciones razonables para evitar el abuso de los derechos, razón ésta que fue admitida por el Consejo de Estado, el cual la calificó como una "precaución" para asegurar el pago de lo adquirido, desconociendo el precepto constitucional consagrado en el artículo 83 de la Carta y pronunciamientos de esta Corte sobre su alcance, Sentencia T-578/94, en la cual se establece que la presunción de la buena fe de los administrados por parte de los servidores públicos, es un derecho de éstos de rango constitucional, y por lo tanto regla de obligatoria observancia en todo tipo de trámites y diligencias.

El coadyuvante cuestiona las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, al negar la pretensión de nulidad de las normas administrativas relacionadas con el desarrollo del artículo 60 de la C.P., las cuales se produjeron con base en normas declaradas inexequibles por esta Corporación.

En su opinión, el funcionamiento de las normas que sobre privatización hasta ahora se han expedido, las cuales sólo han viabilizado el acceso a la propiedad de los monopolios y los sectores más poderosos, demuestran la urgencia y necesidad de revisar la constitucionalidad de las normas demandadas, pues aquellas no han contribuido en nada a la democratización de la propiedad, tal como lo ordena la Constitución.

2. La ciudadana LUCIA MAHECHA, en calidad de coadyuvante solicita a la Corte considerar los siguientes argumentos para acceder a las pretensiones de la demanda:

El derecho a la propiedad al que se refiere el artículo 60 de la C.P. es un derecho fundamental, cuyo desarrollo está expresamente reservado al legislador, es un derecho de preferencia de rango constitucional a favor del sector solidario y de los trabajadores, que no puede ser burlado ni desconocido por actos administrativos, y que requiere para su ejercicio de la expedición de una ley estatutaria.

3. El ciudadano ENRIQUE FRANCISCO VASQUEZ UCROS coadyuva la demanda con base en los siguientes argumentos :

De acuerdo con la misma Constitución, el desarrollo de su artículo 60 debe hacerse a través de una ley, por lo que la delegación en una entidad a la cual la Carta no le asigna personería jurídica, como es el Consejo de Ministros, es contraria al ordenamiento superior.

El legislador no sólo delega una función de su exclusiva competencia en un ente que carece de personería, sino que lo hace por término indefinido violando lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

Lo expresado en el artículo 304 del decreto 663 de 1993, al reproducir literalmente el mandato constitucional, no está desarrollando dicha norma, pues no contiene ningún mecanismo que propicie la democratización, ni establece condición especial alguna, eficaz para que los trabajadores y el sector solidario puedan acceder a la propiedad accionaria estatal.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. La Competencia

Teniendo en cuenta que la acusación se dirige contra un decreto ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias, de acuerdo con lo establecido en los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

B. La Vigencia de las Normas Acusadas y el Carácter extraordinario del Decreto663 de 1993.

El Congreso Nacional en ejercicio de las atribuciones contenidas en el literal d, del numeral 19 del artículo 150 de la C.P., expidió la ley 35 de 1993, ley marco, "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora."

El artículo 36 de dicha norma otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional en los siguientes términos:

"Dentro de los tres meses siguientes a la sanción de esta ley el Gobierno Nacional tendrá la facultad para incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, lo mismo que para adoptar un procedimiento administrativo especial aplicable a la Superintendencia Bancaria.

Igualmente, dentro del mismo término el Gobierno Nacional podrá compilar en un solo estatuto las normas legales vigentes que regulan el mercado público de valores, las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, y las facultades y funciones asignadas a ésta. Con tal propósito podrá reordenar la numeración de las diferentes disposiciones, sin alterar su contenido, eliminar las normas repetidas o superfluas y adoptar un procedimiento administrativo especial aplicable a la Superintendencia de Valores."

Con base en estas facultades extraordinarias el Presidente de la República expidió, dentro del término establecido para el efecto, el Decreto 663 del 2 de abril de 1993, algunas de cuyas disposiciones constituyen el objeto de la demanda que se considera.

C. Cosa Juzgada

Teniendo en cuenta que varias de las normas demandadas ya han sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, ante acusaciones fundamentadas en argumentos similares, y que respecto de ellas se produjo el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, la Corte ordenará en relación con las mismas estarse a lo resuelto en las respectivas sentencias. Dichas normas son las siguientes:

- Artículo 303, numeral 1o, inciso 1; numeral 2o., incisos 1 y 3, Sentencia C-028 de 2 de febrero de 1995.

- Artículo 304 inciso 3o, y artículos 308 y 309, Sentencia C-211 de 28 de abril de 1994.

- Artículo 306 inciso 3o, y 311, incisos 1o, 2o, 3o, y 4o y parágrafos 1o, y 2o, Sentencia C-037 de 3 de febrero de 1994.

D. Normas Demandadas por el Actor sobre las Cuales se Pronunciará esta Corporación.

A continuación se relacionan las normas y expresiones demandadas por el actor sobre las que se pronunciará esta Corporación, las cuales se subrayarán y destacarán:

DECRETO NUMERO 663 DE 1993
(ABRIL 2)

"Por medio del cual se actualiza el estatuto orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración".

".....

"ARTICULO 303. Privatización de entidades con participación estatal.

2. .....

Las reglas que determine la Superintendencia de valores regirán con carácter general el funcionamiento y operación de dichos martillos.

3. Capital garantía de la Nación. En desarrollo del capital garantía constituido a favor de entidades financieras nacionalizadas conforme al Decreto Legislativo 2920 de 1982 y la Ley 117 de 1985, la Nación tendrá derecho a suscribir preferencialmente acciones ordinarias o bonos obligatoriamente convertibles en acciones ***tanto*** *en el evento de que la garantía se haga exigible, según las normas actuales,* ***como en el caso de que cese la condición de nacionalizada de una institución financiera que haya sido sometida a ese régimen.***

"....."

ARTICULO 304. Aprobación del programa. En desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 60 de la Constitución Política y ***para los solos fines de la presente ley****, cuando la Nación, una entidad descentralizada o el fondo de garantías de instituciones financieras, enajenen su participación en instituciones financieras o entidades aseguradoras,* ***deberán hacerlo según el programa de enajenación que apruebe en cada caso el consejo de ministros. En el programa que se adopte se tomarán las medidas conducentes para democratizar la participación estatal y se otorgarán condiciones especiales a los trabajadores, sus organizaciones y a las organizaciones solidarias, conforme a las reglas de este capítulo.***

El fondo de garantías presentará al consejo de ministros, a manera de recomendación, un programa con ***las condiciones*** *y procedimientos aplicables para la enajenación de las acciones y bonos.*

Aprobado el programa de enajenación ***por el consejo de ministros,*** *el Gobierno Nacional deberá divulgarlo ampliamente por medio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con el fin de promover suficiente participación* ***del público.*** *Además, el Gobierno nacional deberá presentar un informe sobre el programa adoptado a las comisiones terceras del Congreso de la República.*

PARAGRAFO 1o. La aprobación de las ***condiciones*** *y procedimientos de enajenación de las acciones o bonos de la nación, de entidades públicas del orden nacional o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras,* ***se efectuará mediante decreto del Gobierno Nacional,*** *en el cual se dispondrá que la entidad correspondiente proceda a reformar sus estatutos con el fin de adaptarlos al régimen aplicable a entidades similares que funcionen bajo las reglas del derecho privado; en consecuencia, tratándose de entidades nacionalizadas se ordenará realizar las reformas estatutarias en cuya virtud se consagre el derecho de los accionistas a participar en la administración de la institución y a designar sus administradores con sujeción a las leyes comunes, lo cual tendrá aplicación desde la fecha en que el Gobierno Nacional apruebe la respectiva reforma estatutaria.*

PARAGRAFO 2o. ***En el evento en que la participación conjunta de la Nación y otras entidades públicas en el capital de una misma entidad financiera o de seguros sea inferior al 50% del capital suscrito y pagado de la correspondiente institución, incluyendo dentro de éste las acciones que resultarían de la conversión obligatoria de los bonos en circulación, las condiciones y procedimientos de enajenación serán aprobados directamente por la Junta directiva de la entidad pública o por el Gobierno Nacional por conducto del ministerio al cual se encuentre adscrita o vinculada la entidad financiera o aseguradora, según sea el titular de las acciones o bonos.***

PARAGRAFO 4o. Las comisiones que se originen en las operaciones de ***martillo*** *de que trata este artículo, no podrán exceder los límites que fije el Gobierno Nacional.*

ARTICULO 306. Contenido del Programa. ***En la propuesta del programa a que se refiere el artículo 304 del presente estatuto se indicará el precio mínimo de colocación de las acciones, el cual deberá fundarse en un concepto técnico financiero detallado en función de la rentabilidad de la institución, del valor comercial de sus activos y pasivos, de los apoyos de la Nación, de la entidad descentralizada o del fondo de garantías de instituciones financieras que se mantengan, y de las condiciones del mercado.***

El precio mínimo de colocación que señale el Consejo de Ministros se divulgará al siguiente día hábil de fijación.

.....

Las acciones que se destinen a las personas indicadas en el inciso anterior se ofrecerán a precio fijo, que será el precio mínimo fijado por el consejo de ministros. Tales

*valores se colocarán en las **condiciones y conforme al procedimiento que se determine en el programa de enajenación.***

*PARAGRAFO. **Para la determinación del precio mínimo se tomará en consideración la rentabilidad actual y futura de la institución, el valor de sus activos y pasivos y los apoyos recibidos de la Nación y del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.***

*ARTICULO 310. La Nación o sus entidades descentralizadas podrán contratar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el avalúo, preparación del programa **así como la orientación**, administración o manejo de la enajenación de las acciones y bonos a que se refiere este artículo. Tales contratos estarán sometidos a las normas previstas en este artículo y al derecho privado.*

*PARAGRAFO. Lo previsto en este artículo será aplicable a toda enajenación de acciones o bonos que realice la Nación, sus entidades descentralizadas o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, **a menos que haya lugar a la fusión o absorción de instituciones financieras o entidades aseguradoras en que aquéllas tengan participación accionaria.***

E. La Materia de la Acusación

1. La solicitud de inexequibilidad de las normas demandadas que presenta el actor, se soporta en una exposición cuyo argumento central es que las normas expedidas hasta ahora por la administración, con base en dichas disposiciones y con la pretensión de dar cumplimiento al precepto constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, que ordena la democratización de la propiedad accionaria estatal, según él, a favor exclusivamente del sector solidario y de los trabajadores, antes que propiciar el cumplimiento de dicho objetivo, han servido para obstaculizar el acceso de dichos sectores a esa propiedad, facilitando, en contravía de la intención del Constituyente, que sectores diferentes, por lo general detentadores de monopolios y poder económico, se apropien de esos bienes del Estado.

Ello, según el actor, ha sido posible gracias a una interpretación errónea del mandato constitucional, que sirvió para la expedición de las normas acusadas, la cual parte de un presupuesto equivocado, como es confundir los conceptos de democratización y privatización. En su opinión la democratización, objetivo incuestionable de la norma constitucional, sólo es posible realizarla si se garantiza que la propiedad accionaria estatal pase en su totalidad al sector solidario o de los trabajadores, para lo cual el legislador, impedido en su concepto para delegar en el ejecutivo la elaboración de los respectivos programas, deberá definir "condiciones especiales" tales que, de ser necesario, contemplen incluso la venta a pérdida de dicha propiedad.

El demandante cuestiona la constitucionalidad de las normas que delegan en autoridades administrativas el desarrollo del artículo 60 de la Carta, por considerar que esa es una competencia que la Constitución otorgó directamente al legislador; rechaza los instrumentos que se determinan para la realización de los procesos de venta, especialmente el martillo, por considerar que él mismo, por definición, venta al mejor postor, es contrario a los objetivos del constituyente; cuestiona igualmente el contenido de las "condiciones especiales" definidas en los procesos que hasta ahora se han desarrollado y señala en ellos vicios que atribuye a su origen en el ejecutivo,

y a la ausencia de una ley que de manera general determine y oriente el traspaso de la propiedad accionaria estatal, a los sectores que, en su opinión, poseen un derecho que excluye la participación de otros distintos.

Subyace pues en sus planteamientos una posición radical que bien podría cuestionarse por desconocer la normativa superior en su integridad, la cual, si bien pretendió favorecer algunos sectores débiles a la hora de competir por el acceso a la propiedad del Estado, no pretendió desconocer los derechos y capacidad de otros, pues con ello hubiera desvirtuando el objetivo esencial que motivó la redacción del artículo 60: la democratización, y contrariando principios fundamentales del ordenamiento superior.

El constituyente sustentó su decisión en consideraciones de fondo, que demuestran que el acceso a la propiedad pública de ciertos sectores, antes que una medida paternalista ajena a la dinámica misma del mundo contemporáneo, se constituye en pilar fundamental para el progreso y desarrollo de la economía del país. Vale la pena detenerse entonces en algunas consideraciones originadas en desarrollos doctrinales, que explican la consagración de una expectativa de derecho preferencial, no excluyente, a favor del sector solidario y de los trabajadores.

En la mayoría de los países en los cuales se han adelantado procesos de privatización de empresas estatales, se ha considerado siempre como componente esencial de tales programas, el diseño de mecanismos que impidan que dichos procesos se conviertan en una vía para la transferencia de la propiedad pública, por una fracción de su valor, hacia los sectores más ricos de la sociedad, contribuyendo a la conformación y fortalecimiento de grandes grupos económico-financieros y a la consolidación de formas monopólicas y oligopólicas de producción o de prestación de servicios.

Esto, por cuanto el origen de las medidas se encuentra en el consenso social que existe sobre la necesidad, de una parte de introducir modelos competitivos que propendan por una menor participación del Estado en el desarrollo de estas actividades, dando espacio para su manejo a la sociedad civil, y de otra, romper y debilitar los grandes monopolios y oligopolios y en general, los esquemas que han contribuído a concentrar la propiedad y los ingresos.

Si bien toda empresa, sea pública o privada, debe generar ingresos que le permitan cubrir sus costos de producción y excedentes que viabilicen la ampliación de su capacidad productiva y de modernización, las lógicas de su conducción, sus lógicas endógenas, dependerán en gran medida del tipo de propietarios que estén al frente de ellas.

Así, por ejemplo, al analizar dos empresas telefónicas, una pública y otra privada, ambas generando excedentes, se encuentra que su funcionamiento está orientado por dos lógicas diferentes; la privada tendrá como propósito central la generación de una tasa de rentabilidad determinada, para lo cual deberá minimizar costos y aumentar sus ingresos, lo que le implicará, dadas las características del servicio, concentrarse en las capas de mayor ingreso de la población, ofreciéndoles servicios de alto valor agregado. La pública deberá, además de atender las grandes capas de la población que demandan sus servicios, propender por la ampliación de su capacidad en lo técnico y en cobertura, dando prelación a las franjas de población más pobres, las cuales, por tratarse de un servicio esencial, deberán recibir un subsidio, pues no están en capacidad de pagar tarifas plenas que reflejen los costos marginales que se derivan de la prestación del mismo.

Bajo estos presupuestos se ha concluído la conveniencia de impulsar formas combinadas de propiedad, para lo cual es necesario promover la participación, en calidad de propietarios y directores, de los sindicatos y en general del sector de los trabajadores en empresas que tradicionalmente han sido propiedad del Estado, las cuales en los modelos económicos que prevalecen en la sociedad moderna se considera deben ser privatizadas; ello para garantizar la permanencia de valores propios de una cultura y una vocación de servicio público que en ellas se ha desarrollado, que no se pueden desconocer en aras del progreso.

Tales planteamientos no son ajenos al manejo de programas de privatización de entidades financieras, pues mientras su traspaso a conglomerados económico-financieros serviría para consolidar bancos de inversión, dedicados a actividades de alto valor agregado, como la banca corporativa, la operaciones de comercio exterior y la venta de servicios financieros, la transferencia de la propiedad accionaria estatal en dichas entidades a empleados, sindicatos u organizaciones solidarias, permitiría que dichas instituciones orienten, por lo menos parte de sus actividades, a otros objetivos de carácter social, constituyéndose, por ejemplo, en bancos de fomento dirigidos al apoyo de sectores específicos de la población y la producción; en entidades que se ocupen del desarrollo de alternativas de financiación para vivienda de interés social, banca hipotecaria; o en instituciones que respalden las pequeñas unidades de producción, e incentiven el crédito de consumo.

La doctrina coincide en considerar, que dada la multiplicidad de actores sociales que participan en la prestación de los diferentes servicios públicos y financieros, es conveniente combinar las formas de propiedad de las empresas que los ofrecen, pues ello viabilizaría mayores niveles de eficiencia en la prestación de los mismos, desconcentración del capital y conservación de los objetivos sociales que cumplían mientras fueron propiedad estatal; en cambio, la transferencia de la propiedad accionaria estatal exclusivamente a los grandes grupos económicos, ocasionaría una profunda transformación del esquema de las actividades que las empresas privatizadas venían cumpliendo, centrándose en actividades de mayor complejidad, que si bien requieren mayores niveles de especialización, también son más rentables, y dejando de lado sectores y actividades que presentan crecientes necesidades, pero que obviamente son menos productivas y rentables.

Es claro entonces que el mandato constitucional consagrado en el artículo 60 de la Carta, trasciende el mero interés de dar acceso a la propiedad estatal a los más pobres y desprotegidos; el efecto que se pretende, y así debe entenderse la disposición del Constituyente, es mucho más complejo, equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de la propiedad, impulsando estrategias que viabilicen el acceso de los sectores que señala la Constitución a la misma, con el propósito de que su participación implique una reformulación de los objetivos y políticas de desarrollo y manejo de dichas instituciones.

Democratizar la propiedad significa facilitar el acceso a la misma, en condiciones de equidad, a quienes pudiendo manejarla con criterios de eficiencia y productividad, no podrían obtenerla en el marco de una estricta competencia financiera, para ello ha de otorgárseles prerrogativas, "condiciones especiales" dice la Constitución, que les permita acceder a ella, sin perder de vista que en un Estado Social de Derecho, la propiedad es un instrumento que debe servir para la dignificación de la vida de los ciudadanos.

En tal sentido se ha manifestado esta Corporación al analizar los alcances del artículo 60 de la Carta Política:

"Democratizar la propiedad accionaria en las empresas oficiales, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquellas, lo cual no significa, que los beneficiarios estén constreñidos a utilizar los privilegios que se les ofrecen, ni tampoco, que la propiedad oficial deba consolidarse irremediablemente en cabeza de éstos. Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del artículo 60 de nuestra Carta, es impedir la concentración oligopólica del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es una meta esencial de un Estado Social de Derecho." (Sentencia C-037 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Acogiendo como procedentes las anteriores consideraciones, esta Corporación no comparte en su totalidad los planteamientos generales que fundamentan la demanda, por cuanto el artículo 60 de la C.P., si bien consagra un derecho preferencial para los trabajadores y el sector solidario, no excluye de la expectativa de su ejercicio a los demás sectores de la sociedad. De otra parte, la democratización de la propiedad estatal no puede entenderse como su repartición entre algunos sectores, incluso a costa de los mismos intereses generales; la privatización no es otra cosa que la no participación del Estado, de lo público, en el manejo de la propiedad; presupuesto esencial en la organización de los estados modernos que desarrollan modelos económicos en los que reivindica su condición de regulador, y paulatinamente se desprende de la responsabilidad directa de prestar los diferentes servicios, tarea que entrega, bajo su supervisión, a los particulares; es una estrategia válida en los procesos de democratización que aspiran a su redistribución entre los diferentes sectores sociales, otorgando privilegios a algunos y limitando a otros.

Teniendo como base lo anteriormente expuesto, la Corte considerará las expresiones acusadas por el actor, sobre las cuales no se ha producido el fenómeno de la cosa juzgada constitucional:

2. Artículo 303

La acusación del actor al inciso segundo del numeral segundo del artículo 303, ha de ser analizada teniendo en cuenta que ella cobijaba también el inciso primero de dicha norma, declarado exequible por esta Corporación a través de la Sentencia C-028 de febrero 1995. Así, la impugnación se dirige específicamente al martillo como instrumento para enajenar la propiedad accionaria estatal, por considerar el demandante que por definición, venta al mejor postor, éste es contrario al objetivo de democratización que ordena el artículo 60 de la C.P. En su opinión, el diseño de reglas especiales para su operación por parte de la Superintendencia de Valores, con el propósito de facilitar la privatización de las entidades a las que se refiere la norma impugnada, desvirtúan el concepto mismo del martillo, por lo que, concluye, su utilización es un mecanismo para desconocer el derecho preferencial, y en su opinión excluyente, consagrado en el citado precepto constitucional, a favor del sector solidario y de los trabajadores.

Al declarar la constitucionalidad del mencionado inciso primero, esta Corte se remitió a lo expresado por ella misma en anterior sentencia, en la cual consideró acorde con el ordenamiento constitucional el uso de lo que denominó el "martillo cerrado", para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución; siendo ésta una modalidad especial de martillo dirigida a facilitar la privatización, amerita el diseño de reglas también especiales, el cual corresponde a la entidad administrativa especializada y de carácter técnico establecida para estos efectos: la Superintendencia de Valores.

Dijo la Corte:

"...el mecanismo del 'martillo' en bolsas de valores, para la venta de tales acciones entre los trabajadores, las organizaciones solidarias y las organizaciones de trabajadores, quienes gozan de un derecho preferencial de orden constitucional para acceder en primera instancia a su titularidad, es un método cuyo uso dependerá de las "condiciones especiales" que se fijen en el programa de enajenación. En consecuencia, este sistema puede ser utilizado o no, según se den los presupuestos necesarios para ello. En caso de llegar a aplicarse, se trataría de un "martillo" que podemos denominar "cerrado", por estar dirigido a personas determinadas, ya que a él únicamente podrían concurrir quienes se encuentren dentro de una de las tres categorías reseñadas, esto es, los trabajadores activos y pensionados de la misma empresa, las cooperativas, los sindicatos de trabajadores, las confederaciones y federaciones de sindicatos de trabajadores, los fondos mutuos de inversión de empleados etc.." (Sentencia C-211 abril de 1994. M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz).

Es clara entonces la constitucionalidad del inciso segundo del numeral segundo del artículo 303, la cual será declarada por esta Corporación.

En cuanto al numeral 3 del artículo 303, éste otorga a la Nación el derecho a suscribir preferencialmente acciones ordinarias o bonos obligatoriamente convertibles en acciones en dos eventos: cuando la garantía se haga exigible según las normas actuales, o cuando cese la condición de nacionalizada de una institución financiera que haya sido sometida a ese régimen. Para el actor, el segundo de los eventos previstos es ajeno por completo a la materia del artículo 60 de la C.P., y contrario al derecho preferencial que dicho artículo establece para el sector solidario y de los trabajadores, pues en su opinión implica la desviación de recursos públicos con el objeto de que se produzca una utilidad adicional para la Nación, en detrimento de los intereses del sector que favorece la norma constitucional; con base en esos argumentos, solicita la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones demandadas.

La nacionalización de entidades financieras obedece por lo general a la necesidad de que el Estado, en su condición de regulador y garante de los intereses y derechos de sus asociados, contribuya, a través de aportes de capital, a la solución de fuertes crisis financieras que éstas afrontan y que ponen en peligro los intereses económicos de particulares y el sano desarrollo de la economía nacional, a costa de grandes esfuerzos fiscales; no es admisible entonces la acusación que hace el actor sobre una desviación de recursos públicos, mucho menos cuando, como él mismo lo señala, el resultado se concreta en utilidades adicionales para la Nación; pretender anteponer los intereses de un sector determinado de la sociedad a los de ella en su conjunto, no guarda coherencia con la filosofía propia de un Estado Social de Derecho.

Se trata de una norma que establece para la Nación la posibilidad de efectuar transacciones desde todo punto de vista legítimas, en pro de salvaguardar e incrementar el patrimonio público, que ha sido utilizado para contrarrestar situaciones que hubieran podido afectar de manera grave la economía de particulares; por lo tanto la materia tampoco es extraña a las disposiciones del artículo 60 de la C.P., pues contempla medidas relacionadas con el manejo de la propiedad accionaria estatal, que indirectamente tienen relación con los programas de democratización que debe adelantar el Estado. Por lo tanto esta Corporación declarará la exequibilidad de las expresiones demandadas.

3. Artículo 304

Los incisos primero y segundo del artículo 304, parcialmente acusados por el demandante, establecen que cuando la Nación, una entidad descentralizada o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, enajenen su participación en instituciones financieras o entidades aseguradoras, deberán hacerlo de conformidad con el programa que al efecto y en cada caso apruebe el Consejo de Ministros, en el cual se deberán tomar las medidas conducentes para democratizar la participación estatal, otorgando condiciones especiales a los trabajadores, sus organizaciones y las organizaciones solidarias, de acuerdo con las reglas que se señalan en ese mismo capítulo. Así mismo, que el Fondo de Garantías deberá presentar, a manera de recomendación, un programa que contenga las condiciones y procedimientos aplicables para la enajenación de bonos y acciones.

En opinión del actor, la elaboración y aprobación del programa corresponde, por disposición constitucional, al legislativo, el cual, afirma, no podía trasladar esa competencia al ejecutivo y mucho menos a un organismo carente de personería jurídica como es el Consejo de Ministros; en esta acusación, que reitera insistentemente en el libelo, apoya de manera especial toda sus acusaciones. Destaca que el Constituyente, al establecer en el artículo 60 de la Carta que "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.", quiso dejar en cabeza del legislador y sólo de él, tan delicada tarea, por lo que no es procedente ni ajustado al ordenamiento superior la delegación que éste hizo en la ley.

Manifiesta que tal atribución cobra sentido, en la medida en que la definición de condiciones especiales no puede estar sujeta a la voluntad cambiante del ejecutivo, el cual hará prevalecer sus intereses y conveniencia respecto de cada caso en particular, lo que, definitivamente obstaculiza el proceso de democratización de la propiedad accionaria que ordena la ley.

Esta Corporación manifestó, cuando se refirió a "las condiciones especiales" de que habla el artículo 60 de la Constitución que ellas:

"...pueden consistir en la creación y otorgamiento de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisición de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especiales), o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del Constituyente de incorporar a los trabajadores en el dominio y manejo de la respectiva empresa.

"En otros términos, cuando el Estado decida enajenar su propiedad accionaria en una empresa con participación económica oficial, está obligado, al elaborar el res-

pectivo programa de enajenación, a ofrecer, en primer término el paquete accionario que se proponga vender a los trabajadores de la respectiva empresa y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, bajo unas condiciones especiales, previamente diseñadas que muevan la voluntad de los destinatarios de la oferta y faciliten la negociación, sin que ello implique que posteriormente otros interesados, diferentes a los mencionados, queden excluidos de la posibilidad de acceder a la adquisición de las acciones, pero obviamente, bajo condiciones diferentes especialmente establecidas para ellos...." (Sentencia 037 de febrero de 1994 M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell).

No cabe duda para esta Corporación, que la singularidad que encierra cada una de las instituciones financieras en las que el Estado tenga participación accionaria que decida enajenar, exige un tratamiento individualizado, que considere las especiales características de la entidad y las circunstancias en las que se pretenda adelantar dicho proceso; sin embargo, el diseño de cada programa de enajenación, deberá sustentarse y sujetarse en todo a las "condiciones especiales" definidas previamente por el legislador, en cumplimiento de los dispuesto en el inciso segundo del artículo 60 de la C.P., que le ordena a éste expedir la ley que contenga la reglamentación correspondiente.

La fijación de plazos, líneas especiales de crédito, precio de las acciones y otros aspectos fundamentales, habrán de ser establecidas para cada caso en particular, incluso por el Consejo de Ministros, el cual para el efecto podrá contar con las propuestas técnicas que elabore el Fondo de Garantías, si así lo decide y establece el legislador, y siempre que ello se haga acogiendo los principios y condiciones que establezca la ley que éste produzca, para reglamentar los procesos de democratización de la propiedad que ordena la Carta, ateniéndose al marco de las limitaciones que ésta imponga; en dicha ley, se reitera, deberán consignarse las "condiciones especiales", que con carácter general determine el legislador para facilitar y alcanzar los propósitos del Constituyente.

Por lo dicho, esta Corporación encuentra que las expresiones de los incisos primero y segundo del artículo 304, acusadas por el actor, son contrarias al ordenamiento superior, específicamente a las disposiciones del artículo 60 de la Carta; así mismo, y con base en los argumentos expuestos, considera también esta Corte, que el inciso 4o. y los parágrafos primero y segundo del citado artículo 304, son también contrarios a la Constitución, por lo que serán declarados inexequibles.

En efecto, ataca también el actor el parágrafo segundo de dicho artículo, el cual establece que cuando la participación de la Nación y otras entidades públicas en el capital de una misma entidad sea inferior al 50% del capital suscrito y pagado, las condiciones y procedimientos de enajenación serán aprobados directamente por la Junta Directiva de la entidad pública o por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio al cual se encuentre adscrita o vinculada la entidad financiera o aseguradora. Dichas condiciones y procedimientos deberá definirlos de manera general, de acuerdo con el mandato del Constituyente, el legislador, sin que éste se encuentre en capacidad de delegar tal competencia en otras instancias, aún cuando su participación accionaria no supere el 50%. Cualquier disposición en contrario vulnera el contenido del artículo 60 de la Carta.

4. Artículo 306. Contenido del Programa.

Se ha dicho, que la función de elaborar los correspondientes programas de enajenación, atribuída por las disposiciones impugnadas al Consejo de Ministros, o a las Juntas Directivas de las respectivas entidades, según el nivel de participación accionaria del Estado en las instituciones financieras que se pretendan privatizar, es contraria al ordenamiento superior, en cuanto ella le corresponde de manera exclusiva, y por lo tanto indelegable, al legislador, el cual deberá establecer y reglamentar las condiciones especiales que permitan la democratización de dicha propiedad, permitiendo y viabilizando el acceso a la misma de los trabajadores y las organizaciones solidarias; por lo tanto, el contenido de los distintos programas de enajenación, deberá corresponder a los lineamientos, condiciones, características y limitaciones que determine el legislador en la ley que produzca en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

Los incisos 1°, 2°, 4°, y el parágrafo del artículo 306, son contrarios a la Constitución, por lo cual serán declarados inexequibles. Sin embargo, es preciso aclarar, que ello no implica que la interpretación que hace el actor del artículo 60 de la C.P., en el sentido de que dicha norma consagra un derecho excluyente, a favor del sector solidario y de los trabajadores, sobre la propiedad accionaria estatal, y la consecuente obligación del Estado de transferir la totalidad de esa propiedad a dichas sectores, aún a pérdida, sea acertada, pues no fue la intención del Constituyente entregar sin más la propiedad accionaria estatal a algunos sectores específicos de la sociedad, impidiendo definitivamente el acceso de otros; su objetivo fue establecer, a través del legislativo, condiciones especiales, de preferencia, para dichos sectores, dada su precariedad para efectos de competir en igualdad de condiciones con otros sectores, permitiendo y viabilizando que los mismos participen y adquieran este tipo de propiedad.

Sobre el particular es conveniente remitirse a uno de los fallos que en relación con la materia ha producido esta Corporación:

"En modo alguno la Constitución Política entroniza la socialización de la propiedad; simplemente promueve, protege y estimula las formas asociativas y solidarias de la propiedad, las cuales concurren y contribuyen, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, al desarrollo económico del país." (Sentencia C-037 de febrero de 1994 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

La utilización de criterios técnicos para establecer el valor de los activos y pasivos de una entidad que se va privatizar, garantizará la estabilidad de la misma y salvaguardará el patrimonio de la Nación. En consecuencia, si bien tales medidas no son contrarias a las disposiciones constitucionales, su aplicación estará necesariamente condicionada a las disposiciones de la ley que expida el legislativo, para efectos de reglamentar el proceso de democratización de la propiedad accionaria estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

5. Artículo 310.

En esta norma el demandante acusa la función de *orientación*, que en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se le atribuye al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, reiterando que ésta le corresponde al legislador, el cual al expedir una ley que consigne de

manera específica las condiciones bajo las cuales se realizarán los programas de democratización, estará definiendo paralelamente la orientación que deberá darse a estos procedimientos. El artículo 310 no es en sí mismo violatorio de los preceptos de Carta, pues en tratándose de un organismo de carácter técnico, como lo es el FOGAFIN, éste tiene plena capacidad para, a través de contratos, prestar asesoría, apoyar y orientar técnicamente los procesos de cada entidad financiera en la que el Estado tenga participación, que se pretenda enajenar, siempre que el proceso se soporte y dé cumplimiento estricto a las condiciones especiales que establezca el legislador en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta. Sobre el particular ha dicho esta Corte:

"En esencia el apoyo oficial constituye la condición que define el acceso democrático al haber accionario; y debe tenerse en cuenta que dicho apoyo no es voluntario, porque la propia Constitución lo impone, como se deduce de los términos imperativos de la disposición, según la cual, el estado "tomará las medidas conducentes" para alcanzar este propósito; ello implica, como es obvio, el otorgamiento por la Carta de una potestad especial y mandatoria en cabeza de la administración, para que en cada evento en particular, según las circunstancias específicas que rodeen la operación y dentro de unos criterios de razonabilidad y equidad, adelante el proceso de democratización accionaria." (Sentencia 037 de febrero 1994. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Por lo dicho, la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de las disposiciones impugnadas del artículo 310, cuyo desarrollo se entenderá acorde con el ordenamiento superior, en tanto corresponda a los lineamientos y definiciones de la ley que le corresponde expedir al legislador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta.

6. Artículo 311

En cuanto al artículo 311, por una parte el demandante expresa que solicita la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 303 a 311 inclusive, y a renglón seguido dice "...a excepción del 305, el 307 y lo que queda del 311 sin perjuicio de que eventualmente se declaren inexequibles en su integridad las normas demandadas..."; de otra parte, en la demanda no consigna comentario alguno sobre dicha norma. Sin embargo, hay que precisar que el artículo 311 acusado fue declarado inexequible por esta Corporación, en los incisos 1, 2, 3, 4, y en los parágrafos 1 y 2, a través de la sentencia No. C-37 de febrero de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, por lo cual se declarará también en este caso la cosa juzgada.

Finalmente la Corte advierte, que este fallo sólo tendrá efectos a partir de su notificación.

Previas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional, Sala Plena, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Respecto al artículo 303, numeral 1, inciso 1; numeral 2, incisos 1 y 3, del decreto 663 de 1993, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-028 de febrero 2 de 1995.

Segundo. En relación con el artículo 304, inciso 3, y los artículos 308 y 309, del decreto 663 de 1993, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-211 de abril 28 de 1994.

Tercero. En relación con el artículo 306 inciso 3, y el artículo 311, incisos 1, 2, 3, y 4, y parágrafos 1 y 2, del decreto 663 de 1993, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-037 de febrero 3 de 1994.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados de los numerales 2 y 3 del artículo 303 del Decreto 663 de 1993.

Quinto. Declarar INEXEQUIBLES los incisos 1, 2 y 4 y los parágrafos 1 y 2 del artículo 304, del Decreto 663 de 1993; el parágrafo 4 de dicha norma se declara EXEQUIBLE.

Sexto. Declarar INEXEQUIBLES los incisos 1, 2°, 4° y parágrafo del artículo 306 del Decreto 663 de 1993.

Septimo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 310 del decreto 663 de 1993, siempre y cuando sus disposiciones se sujeten y estén acordes con las definiciones de la ley, que en cumplimiento del artículo 60 de la Carta expida el legislativo.

Octavo. El presente fallo tendrá efectos sólo a partir de la fecha de su notificación.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-459
octubre 12 de 1995

QUERELLA EN DELITOS CONTRA MENORES-Improcedencia/**DERECHOS DEL MENOR**-Protección Penal/**DERECHO DEL MENOR AL AMPARO PENAL**-Fundamental/**PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD**

La querella - que comporta una tutela penal condicionada del menor -, se sustenta en la necesidad de que sus representantes legales puedan ponderar las consecuencias previsibles de la acción penal en la órbita de sus intereses. Se supone que la tutela penal plena del menor - en virtud del principio de oficiosidad -, puede tener repercusiones negativas respecto del menor. El derecho penal se justifica y se torna imperioso como una de las formas más importantes de protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades. Con mayor razón este amparo debe discernirse a los menores, como de otra parte puede inferirse del texto del artículo 44 de la Constitución Política. Definido el carácter fundamental del derecho al amparo penal, el paso de una protección penal plena - principio de oficiosidad - a una condicionada - consagración de la querella -, comporta una intervención del legislador en el ámbito de un derecho fundamental.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Violación en norma legal

La restricción o limitación en la que se traduce la medida legal debe guardar una relación equilibrada y razonable con el fin perseguido, desde el punto de vista de los costos y beneficios que para la persona y el interés general ella genera. A mayor grado de incidencia en el derecho del particular, deberá corresponder un mayor peso en la justificación del interés general que concretamente se busca promover. Rompe el mencionado equilibrio, la medida legal que impone a la persona una carga o restricción irrazonable, excesiva o inadecuada. En el caso presente, no es difícil concluir que la norma legal ha optado por una alternativa que, luego de una ponderación de sus costos y beneficios, en el contexto de la relación existente entre la medida adoptada y el fin propuesto, resulta claramente desproporcionada. La norma sobre querella si se aplica a los delitos cometidos contra menores, no satisface los requerimientos del principio de proporcionalidad y, por consiguiente, quebranta los derechos fundamentales de los menores, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva. No puede decirse, en estas condiciones, que la norma interprete el interés superior del niño que, se reitera, es la pauta obligada para determinar la legitimidad de las decisiones estatales que de una u otra manera lo afecten.

C-459/95

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS/OBLIGACION DE DEFENDER A LOS NIÑOS/DELITOS CONTRA MENORES-Condición de procesabilidad

La comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que sólo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado. Establecer, en estos casos, la querella es impedir que la sociedad y el Estado puedan cumplir con su obligación constitucional, irrevocable e incondicional, de defender al niño. La ley inconsultamente le arrebata al menor la posibilidad de su defensa colectiva, cuando ésta puede ser la más eficaz. El principio más elemental de solidaridad humana, se disuelve en un juicio práctico de conveniencia. La lectura del informe ponencia presentado a la Asamblea Nacional Constituyente, es igualmente demostrativo de que la querella como condición de procesabilidad de los delitos que se cometan contra menores, frustra el principio de prevalencia de sus derechos y la garantía en la que reposa: todos tienen la obligación de defender a los niños.

Referencia: Expediente No. D-841

Actor: Ana Georgina Murillo Murillo

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2 de la Ley 81 de 1993 "por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá D.C., Octubre doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, 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 de constitucionalidad contra el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993 "por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal".

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

LEY 81 DE 1993
(noviembre 2)

"por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal"

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 2°. *El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:*

*"**ARTICULO 33.** Delitos que requieren querella de parte. Para iniciar la acción penal será necesario querella de parte en los siguientes delitos: infidelidad a los deberes profesionales (artículo 175 C.P.); usura y recargo de ventas a plazo (artículo 235 C.P.); incesto (artículo 259 C.P.); bigamia (artículo 260 C.P.); matrimonio ilegal (artículo 261 C.P.); suspensión, alteración o suposición del estado civil (artículo 262 C.P.); inasistencia alimentaria (artículos 263, 264 y 265 C.P.); malversación y dilapidación de los bienes (artículo 266 C.P.); acceso carnal mediante engaño (artículo 301 C.P.); violación de comunicaciones (artículo 288 C.P.); injuria (artículo 313 C.P.); calumnia (artículo 314 C.P.); injuria y calumnia indirecta (artículos 315 y 316 C.P.); injuria por vías de hecho (artículo 319 C.P.); injurias recíprocas (artículo 320 C.P.); hurto entre condueños (artículo 353 C.P.); emisión y transferencia ilegal de cheques cuando la cuantía exceda de diez salarios mínimos (artículo 358 C.P.); de la usurpación (artículos 365 a 368 C.P.); invasión de tierras o edificios (artículo 367 C.P.); perturbación de la posesión sobre inmuebles (artículo 368 C.P.); lesiones personales sin secuelas, que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que pasare de treinta (30) días sin exceder de sesenta (60)".*

II. ANTECEDENTES

1.- El Congreso dictó la Ley 81 de 1993 "por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal", publicada en el Diario Oficial N° 41.098 de noviembre 2 de 1993.

2.- La ciudadana Ana Georgina Murillo Murillo, demandó el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993, por considerarlo violatorio del artículo 44 C.P.

3.- El Fiscal General de la Nación, encargado, Dr. Adolfo Salamanca Correa, solicita a la Corte se declare la exequibilidad de la norma acusada.

4.- Aceptado el impedimento presentado por el Procurador General de la Nación, el Viceprocurador General de la Nación envió el respectivo concepto fiscal.

III. CARGOS E INTERVENCIONES

Cargos de la demanda

(1) El artículo 44 de la C.P., establece la posibilidad de que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente, el cumplimiento de los derechos de los menores y la sanción a los infractores de los mismos. La norma acusada impide la realización de este mandato constitucional, pues restringe la legitimación activa de quienes pueden acudir a la justicia penal para que investigue y sancione las vulneraciones de los derechos de los niños, tutelados por los artículos del ordenamiento penal que en ella se recogen.

(2) La querella de parte, como condición de procesabilidad de la acción penal del Estado, es una excepción que sólo puede consagrarse a nivel legislativo en aquellos casos en los que el rompimiento del orden social por la comisión de ciertos delitos no revista una entidad fundamental. En tales condiciones, puede dejarse al particular afectado por la comisión del delito el derecho a exigir el despliegue de la actividad jurisdiccional. Pero, en cuanto se refiere al artículo 44 de la Carta, los bienes protegidos son de tal importancia que su defensa debe estar en cabeza de toda la comunidad.

(3) El cargo de constitucionalidad podría hacerse extensivo a los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil y 39 del Decreto 2820 de 1974, que exigen la comparecencia del menor a los juicios a través de sus representantes legales. Sin embargo, como se trata de normas anteriores a la Carta, basta que se entiendan adicionadas con el mandato general de que trata el aparte final del artículo 44 de la Carta.

Intervención del Fiscal General de la Nación

(1) En virtud de la querella, la acción penal no pierde su carácter público. Se trata de un mecanismo de racionalización de los esfuerzos estatales en aras de una mayor eficiencia en la asignación de recursos públicos a la investigación y sanción penal.

(2) La querella no se opone a que "cualquier persona" pueda exigir de la autoridad competente la sanción a los infractores de los derechos de los niños. El respectivo agente del Ministerio Público, el defensor de familia o el Defensor del Pueblo, están legitimados para presentar querella en los eventos en que el sujeto pasivo sea un menor de edad. De ahí que cualquier persona pueda poner en conocimiento de estas autoridades el hecho punible cometido contra el menor.

Concepto del Procurador General de la Nación

(1) Para el representante del Ministerio Público, el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991 (modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993), está estructurado de manera genérica. No considera el evento específico en que el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad. Con esto se ignoran dos circunstancias de la mayor importancia: a) el niño no suele estar capacitado para su propia defensa; b) puede ser víctima de quienes tienen a cargo su inmediata tutela (padres y tutores).

(2) Del artículo 44 de la Carta Política, como respuesta a la vulnerabilidad de la población infantil, surge el deber de especial protección de los niños que se concreta en la obligación de asistencia que tienen la familia, la sociedad y el Estado. Igualmente, la Constitución contempla la posibilidad de que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento de los derechos de los menores, y la correspondiente sanción para quienes los infrinjan. De este modo, la facultad de formular una denuncia penal con el fin de proteger los derechos de los niños, corresponde no sólo a las personas contempladas en el artículo 30 del Decreto 2700 de 1991 (Defensor del Pueblo; defensor de familia; agente del Ministerio Público; perjudicados directos siempre que el sujeto pasivo se encuentre imposibilitado para interponer la querella, o el autor o partícipe del hecho fuere el representante legal del incapaz; Defensor del Pueblo cuando el sujeto pasivo del hecho punible sea la sociedad), sino a la colectividad en su conjunto.

(3) En razón de lo anterior, el Viceprocurador considera que la exequibilidad de la norma acusada se encuentra supeditada a que cualquier persona pueda formular una denuncia penal, en todos aquellos eventos en que el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad.

IV. FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 de la C.P., la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

Problema Jurídico

2. A juicio de la demandante, sujetar legalmente a querella la investigación y juzgamiento de algunos delitos que afecten a menores - lo que se seguiría de la aplicación general e indiscriminada del precepto acusado -, desconoce que la Constitución autoriza a "cualquier persona" para exigir de la "autoridad competente", la protección de sus derechos y la sanción de los infractores (C.P., art. 44).

   Por su parte, en la intervención del Fiscal General (e) se anota que la norma examinada, en modo alguno se opone a que las personas informen al Ministerio Público, al Defensor de Familia y al Defensor del Pueblo - en su criterio legitimados para interponer la querella -, los delitos que se cometan contra los menores. De este modo, se mantendría el esquema de denuncia pública consagrado en la Carta, como quiera que los titulares de las mencionadas entidades tienen el carácter de "autoridades competentes", para los indicados propósitos.

3. Corresponde a la Corte determinar si en relación con los delitos que lesionen a menores, en ningún caso el Legislador puede establecer la querella como condición de procesabilidad de la acción penal. En este mismo orden de ideas, tendrá que precisarse si pudiendo ella imponerse, la garantía de la denuncia pública en favor del menor que instituye la Constitución (C.P., art. 44), puede en este caso ejercitarse y cumplirse ante el Ministerio Público, el Defensor de Familia y el Defensor del Pueblo.

Oficiosidad o querella en los delitos contra los menores

4. No obstante que el principio de oficiosidad es el dominante en el ordenamiento procesal penal, en algunos supuestos éste le da cabida a la querella y a la petición como condiciones de procesabilidad (Ley 81 de 1993, art. 1). Cuando la ley exige la querella, el proceso sólo se inicia si ella se interpone por el querellante legítimo, que normalmente coincide con el sujeto pasivo del hecho punible o su representante legal, si éste fuere incapaz o persona jurídica (C. de P. P., art. 30). De carecer el incapaz de representante legal, "la querella puede presentarse por el Defensor de familia o el respectivo agente del Ministerio Público, pudiendo instaurarse en este último evento por el Defensor del pueblo" (ibid., art. 30). Agrega la ley que los perjudicados directos están legitimados para formular la querella cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para hacerlo y el autor o partícipe del hecho fuere representante legal del incapaz.

   La ley dispone que el Ministerio Público está habilitado para formular la querella cuando el delito que la requiera afecte el interés público. El Defensor del pueblo, de otro lado, está legitimado para interponer la querella cuando el sujeto pasivo del hecho punible sea la sociedad y en los casos de inasistencia alimentaria.

   Se deduce de las normas citadas que la regla general, en punto a la legitimación para interponer la querella en los delitos que la requieran y en los casos en los que el sujeto del hecho punible sea un menor, es la de atribuir aquélla a su representante legal, salvo que carezca del mismo o que éste fuere autor o partícipe del delito. Por consiguiente, carece de sustento legal la tesis que sostiene en este proceso el Fiscal General (e). Sólo excepcionalmente el Defensor de familia, el Defensor del pueblo y el Ministerio Público, tienen legitimidad para interponer la querella en relación con los delitos que comprometen a menores confiados a sus representantes legales.

5. La exigencia de la querella, en los casos en los que el Legislador decide imponerla, opera como una barrera al ejercicio de la acción penal que, se remueve, a voluntad del agraviado o de su representante, cuando optan por hacer uso de ella. La institución, de naturaleza excepcional, permite a la víctima o a su representante ponderar, desde su perspectiva personal y social, las ventajas y desventajas que le apareja el proceso penal. Respecto de ciertos delitos, suele afirmarse, el escándalo público - strepitus fori -, puede generar en el sujeto pasivo más perjuicios que los beneficios que cabe esperar de la sanción penal y de la sanción a los responsables. En otros casos, se alega, recrear los episodios dolorosos, sólo añade inútilmente frustración y pesadumbre a quien injustamente los padeció.

   La Corte no puede desconocer que en una situación límite como la contemplada en las normas, puede efectivamente encontrarse un menor y que colocado en ella, no sea enteramente descartable la conveniencia de que sus representantes legales - que normalmente son sus padres -, puedan supeditar la procedencia de la acción penal a lo que a su juicio indique el mejor interés de dicho menor.

   Librada legalmente la suerte de la acción penal al previo juicio de conveniencia de los representantes legales del menor agraviado, puede suceder que éstos se abstengan de

formular la querella a la vista de sus repercusiones personales o emocionales, no obstante la existencia de suficientes elementos de hecho y derecho sobre la configuración del reato. La ley en este caso autoriza que el resultado del referido juicio de conveniencia, prime sobre la tutela judicial del bien jurídico transgredido por la conducta criminal.

La Corte analizará, en los apartados siguientes, si la protección penal del menor puede condicionarse o ceder ante el juicio de conveniencia que, sobre la procedencia de la acción judicial penal, la ley le atribuye a sus representantes legales y que bien puede concluir en la no interposición de la querella.

6. Las leyes penales protegen los bienes jurídicos esenciales de las personas que integran la comunidad. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, corresponden justamente a esas condiciones básicas de la vida individual y colectiva, cuya tutela reforzada asumen las leyes penales, pues en ellos se traducen y proyectan con toda su intensidad la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona humana, objeto y fin del derecho. A esta tutela en modo alguno escapa el niño, el cual deberá ser protegido - señala la Constitución - "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación económica y trabajos riesgosos" (C.P., art. 44). Desde luego, esta lista que hace el Constituyente no es taxativa. El menor debe quedar a cubierto de toda mengua o daño físico, psíquico o espiritual.

Dado que la justificación de la querella radica en su función tuitiva del menor, su constitucionalidad tendrá que depender de que ella verdaderamente sirva para realizar el mejor y superior interés del niño. Si el principio de oficiosidad cumple en mayor grado este propósito, no habrá duda sobre su procedencia. La deliberada asunción por la Corte de este criterio hermenéutico para dirimir la controversia planteada, resulta forzosa a la luz de la ley (Código del menor, art. 20) y de la Constitución (C.P., art. 93). En efecto, ordena el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, lo siguiente:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

7. La querella - que comporta una tutela penal condicionada del menor -, se sustenta en la necesidad de que sus representantes legales puedan ponderar las consecuencias previsibles de la acción penal en la órbita de sus intereses. Se supone que la tutela penal plena del menor - en virtud del principio de oficiosidad -, puede tener repercusiones negativas respecto del menor.

En principio, no deja de ser contradictorio el señalado presupuesto. La puesta en marcha de los dispositivos estatales de investigación y sanción penal, tiene un designio de manifiesta salvaguarda y garantía para el menor. En realidad, el juicio de conveniencia recae sobre las consecuencias o secuelas extra-judiciales del proceso penal. Son los perjuicios imaginados o sobrevinientes de la acción penal, los que finalmente desencadenan la querella o la inhiben.

En vista de la gravedad del efecto que se sigue a la consagración de la querella - que puede ser la de excluir para el menor la garantía derivada de una tutela penal plena -, se pregunta la Corte si el medio empleado por el Legislador para prevenir las negativas consecuencias o secuelas extra-judiciales del proceso penal respecto del menor, es adecuado y proporcionado en términos del propósito perseguido y a la luz de la exigencia de procurar y atender el interés superior del niño. Por regla general, el análisis de la proporcionalidad de una disposición legal, se ha planteado en relación con las injerencias que produce frente a los derechos fundamentales de la persona con el objeto de desestimar las que resulten desproporcionadas o excesivas. En el caso presente, el indicado examen se torna necesario ya que la medida legal en la práctica opera de manera restrictiva y se proyecta en una reducción neta del ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva del menor.

La pertinencia del interrogante se descubre al vincular los derechos fundamentales de los niños con el deber estatal de otorgarles la correspondiente protección penal. El derecho penal se justifica y se torna imperioso como una de las formas más importantes de protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (C.P., art. 2). Con mayor razón este amparo debe discernirse a los menores, como de otra parte puede inferirse del texto del artículo 44 de la Constitución Política. Definido el carácter fundamental del derecho al amparo penal, el paso de una protección penal plena - principio de oficiosidad - a una condicionada - consagración de la querella -, comporta una intervención del legislador en el ámbito de un derecho fundamental que debe examinarse de la manera propuesta, lo que se hará en los apartados siguientes.

El principio de proporcionalidad

8. La finalidad perseguida por el Legislador cuando incide sobre los derechos fundamentales de la persona debe ser compatible con la Constitución y ser susceptible de lograrse, esto es, debe ser legítima tanto fáctica como jurídicamente. La evitación del escándalo público y del daño moral o sicológico que pueda derivarse para el menor como consecuencia de un eventual proceso penal, en modo alguno vulnera la Constitución y a través de medios adecuados es susceptible de alcanzarse. La personalidad y la intimidad del menor son un bien que la Carta toma en consideración en varias normas (C.P., arts 15, 16, 42, 44, 45, 67, entre otros). De otra parte, el proceso judicial por medio del cual se busca la protección de los derechos de los menores puede ser regulado de manera tal que la vista judicial arroje el menor daño a las víctimas. Desde el punto de vista de su finalidad, la institución de la querella no parece en principio cuestionable.

9. La medida adoptada por el Legislador, cuando tiene efectos sobre los derechos fundamentales de las personas, debe ser, entre las posibles alternativas igualmente aptas para conseguir el fin propuesto, la menos restrictiva (principio pro libertate). La idoneidad y la necesidad de la medida legal son aspectos que no escapan al examen constitucional.
En lo que tiene que ver con el primer punto (la idoneidad o eficacia del medio escogido en atención al fin perseguido), es evidente que pueden existir varias alternativas útiles o apropiadas; sin embargo, sólo se pueden desechar aquellas que de manera objetiva sean inidóneas o inapropiadas. A este respecto, la querella como requisito de procesabilidad exigible para ciertos delitos cometidos contra menores, puede en efecto

permitir que se evite la afectación del interés del menor que probablemente se menoscabaría si se expone a un juicio público.

En lo atinente a la necesidad de la medida, por el contrario, la exigencia de la querella en estos eventos, se enfrenta a la existencia de otras alternativas de solución que resultan menos restrictivas de sus derechos fundamentales e igualmente efectivas en términos del fin perseguido. La reserva judicial del nombre del menor ofendido evita que su lesión pueda ser públicamente referida a él con lo que se difuminan las secuelas de la investigación y juzgamiento penal, pero no impide - como sí ocurre con la querella cuando sus representantes deciden no formularla - que el proceso se abra y por esta vía se le conceda al menor la tutela judicial a la que tiene derecho. Esta alternativa, de hecho acogida por el derecho positivo (D. 2737 de 1989, art. 301), denota que la medida legal examinada no es estrictamente necesaria ni indispensable, pues existe aquélla y otras que, a la vez que pueden alcanzar el fin deseado, resultan menos gravosas para los derechos de los menores. De otro lado, el daño sicológico que pueda causarse al menor que se ve compelido a revivir la tragedia de la lesión inferida, en el estado actual de las ciencias del comportamiento, puede ser objeto de especial tratamiento y ordenarse en el mismo proceso. La causa real del daño moral y sicológico sufrido por el menor radica en la conducta antijurídica del agente del delito y no tanto en el proceso cuyo significado es esclarecer lo sucedido y sancionar al responsable. En todo caso, la tramitación de un proceso que involucre a menores, puede y debe realizarse de forma tal que ocasione el menor daño sicológico posible.

10. La restricción o limitación en la que se traduce la medida legal debe guardar una relación equilibrada y razonable con el fin perseguido, desde el punto de vista de los costos y beneficios que para la persona y el interés general ella genera. A mayor grado de incidencia en el derecho del particular, deberá corresponder un mayor peso en la justificación del interés general que concretamente se busca promover. Rompe el mencionado equilibrio, la medida legal que impone a la persona una carga o restricción irrazonable, excesiva o inadecuada. En el caso presente, no es difícil concluir que la norma legal ha optado por una alternativa que, luego de una ponderación de sus costos y beneficios, en el contexto de la relación existente entre la medida adoptada y el fin propuesto, resulta claramente desproporcionada.

En efecto, la restricción que apareja la ley en el derecho a la tutela judicial efectiva del menor, que puede ser en un caso la eliminación de la acción penal, es excesiva a la luz de la finalidad a la que se endereza la querella. De otro lado, en contraste con la acción penal ordinaria, la querella caduca en el breve término de un año desde el momento de la comisión del hecho punible, lo que perjudica aún más al menor (C.de P.P., art. 32). La obtención del fin no se justifica por la forma desproporcionada como el medio arbitrado por el Legislador afecta los derechos del menor. La pérdida de la tutela judicial plena y su transformación en condicionada, por virtud de la querella no guarda proporción con los beneficios que se derivan para el interés general de esta última figura. El anotado interés se ve mejor servido con la persecución penal y su inhibición, pensada para beneficiar al menor, lo puede colocar en una situación de mayor peligro y vulnerabilidad. Si lo que se pretende es introducir una salvaguarda en favor del niño, su costo no puede gravitar negativamente sobre sus derechos fundamentales y, desde la perspectiva

de la sociedad, en la impunidad de los delitos que contra ellos se cometan. La defensa legal del menor debe ser compatible con el respeto de sus derechos fundamentales, los que son irrenunciables e inalienables (C.P., arts 5 y 44). De lo contrario, no puede admitirse por exceder los límites de lo razonable.

De lo expuesto se concluye que la norma examinada si se aplica a los delitos cometidos contra menores, no satisface los requerimientos del principio de proporcionalidad y, por consiguiente, quebranta los derechos fundamentales de los menores, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva. No puede decirse, en estas condiciones, que la norma interprete el interés superior del niño que, se reitera, es la pauta obligada para determinar la legitimidad de las decisiones estatales que de una u otra manera lo afecten.

La prevalencia de los derechos de los niños

11. El principio constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños (C.P., art. 44), no es acatado por la norma que restringe su defensa judicial, cuando contra ellos se cometen delitos, al círculo de sus representantes legales, máxime si a su solo juicio de conveniencia se supedita la iniciación de la acción penal.

La Constitución ordena la protección de los menores "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos". La garantía constitucional se extiende a "todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".

Junto a la familia, ámbito privilegiado de protección del menor, la sociedad y el Estado - dispone la Constitución -, "tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno - no parcial ni condicionado, subraya la Corte - de sus derechos". Justamente con el objeto de hacer posible el cumplimiento de la obligación de asistencia y protección que la Carta impone a la familia, a la sociedad y al Estado, "cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores".

La comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que sólo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado. Establecer, en estos casos, la querella es impedir que la sociedad y el Estado puedan cumplir con su obligación constitucional, irrevocable e incondicional, de defender al niño. La ley inconsultamente le arrebata al menor la posibilidad de su defensa colectiva, cuando ésta puede ser la más eficaz. El principio más elemental de solidaridad humana, se disuelve en un juicio práctico de conveniencia. La lectura del informe ponencia presentado a la Asamblea Nacional Constituyente, es igualmente demostrativo de que la querella como condición de procesabilidad de los delitos que se cometan contra menores, frustra el principio de prevalencia de sus derechos y la garantía en la que reposa: todos tienen la obligación de defender a los niños. El menor es el sujeto que en ningún momento debe dejar de concernir a la colectividad. Menos cuando es víctima de un delito.

"Cuando se dice que los "derechos del niño están primero que los derechos de los demás" y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o sicológicos se podrán evitar en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones..." [1].

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2 de la ley 81 de 1993, siempre que se entienda que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querella.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

---

1 Ponencia de la Subcomisión Primera, presentada a la Comisión V en la Asamblea Nacional Constituyente.

SENTENCIA No. C-460
octubre 12 de 1995

COSA JUZGADA

Referencia: Expediente No. D-834

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 43 numeral 3o. y 199 de la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios."

Actores: María del Pilar Cruz Suárez, Angélica María Hernández, Nora Fernanda Martínez López y Vivian Andrea Lozano.

Magistrado Sustanciador: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

Procede la Corte Constitucional a resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por las ciudadanas *María del Pilar Cruz Suárez, Angélica María Hernández, Nora Fernanda Martínez López y Vivian Andrea Lozano* contra los artículos 43 numeral 3o. y 199 de la Ley 136 de 1994.

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Ponente ordenó que se fijaran en lista las normas acusadas en la Secretaría General por el término de diez (10) días, para asegurar la intervención ciudadana; se enviara copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y se comunicara la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, al Ministro de Gobierno y a la Federación Colombiana de Municipios, a fin de que si lo estimaren oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcribe a continuación el texto de las normas demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41.377 del dos (2) de junio de 1994. Se destaca lo acusado.

"LEY 136 DE 1994
(junio 2)

por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(.....)

IV. CONCEJALES

(...)

ARTICULO 43. INHABILIDADES: No podrá ser concejal:

(...)

3. Quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la inscripción haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes de Educación Superior.

(...)

XII. DISPOSICIONES VARIAS

(...)

ARTICULO 199. FACULTADES EXTRAORDINARIAS: Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de esta Ley, proceda a compilar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de los municipios.

Para este efecto se podrá reordenar la numeración de las diferentes normas y eliminar aquellas que se encuentren repetidas o derogadas."

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A juicio de las actoras, las normas cuya constitucionalidad se cuestionan, vulneran la Carta Política, tanto en su preámbulo como en sus artículos 1o., 2o., 25, 40, 53 y 127. Fundamentan la demanda, en los argumentos que se exponen a continuación.

a) Cargo contra el inciso 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Respecto del inciso 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, estiman que cuando esta disposición establece un límite a ciertos ciudadanos para ejercer el derecho a ser elegido, vulnera

no sólo el marco jurídico plasmado en el preámbulo de la Constitución Política, sino también los postulados del Estado Social de Derecho consagrados en el artículo 1o. ibídem, cuyo propósito es establecer un régimen jurídico, democrático y participativo.

Así mismo, señalan que con la restricción que la norma establece para los empleados públicos o trabajadores oficiales, se ven afectados los fines esenciales del Estado que en el artículo 2o. del ordenamiento superior buscan el bien común mediante la satisfacción de los intereses colectivos de la comunidad y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como en la vida económica, política y administrativa de la Nación. Por esta razón, estiman que se ve vulnerado el artículo 40 de la Carta Política, ya que el derecho a elegir y ser elegido ha sido consagrado para todos los ciudadanos y constituye presupuesto esencial del régimen de democracia representativa consagrado en la Constitución de 1991.

Por otra parte, a juicio de las actoras la norma acusada también vulnera los artículos 25 y 53 del Estatuto Superior, ya que tanto el derecho de participación como el derecho al trabajo son fundamentales y no puede el legislador so pretexto de regular un derecho, vulnerar otro si se tiene en cuenta que de acuerdo con la norma demandada el trabajador oficial o empleado público que quiera ejercer su derecho a elegir y ser elegido se ve en la obligación de renunciar a su trabajo. Esto, expresan, demuestra que el legislador se excedió en sus facultades al establecer incompatibilidades en el ejercicio de derechos fundamentales.

Finalmente, consideran que el inciso 3o. del artículo 43 acusado quebranta la Carta Política en su artículo 127, por cuanto permite a los servidores públicos participar en actividades políticas partidistas con excepción de cierta clase de servidores públicos que detenten un poder decisorio con capacidad para afectar el interés general, restricción que no puede extenderse a quienes no tengan tal carácter, que es lo que precisamente hace esta disposición al establecer la inhabilidad en forma general para todos los servidores públicos que lo hubieran sido dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura.

b) Cargo contra el artículo 199 de la Ley 136 de 1994.

Señalan las actoras, que el artículo 199 de la Ley 136 de 1994 viola el artículo 4o. del ordenamiento superior, en virtud del cual, "la Constitución es norma de normas", por lo que no es competencia del Presidente de la República compilar en un solo texto normas de diferente entidad jurídica, es decir constitucionales y legales.

Esta norma según manifiestan, le permite al Ejecutivo derogar preceptos constitucionales referentes a la organización y funcionamiento de los municipios, a través de una norma con fuerza de ley, lo cual atenta contra la supremacía de la Constitución.

Finalmente, consideran que la norma ibídem viola igualmente el artículo 150 numeral 10 inciso final de la Constitución Política, el cual prohíbe expresamente al Congreso conferir facultades al Ejecutivo para expedir códigos, ya que habilita al Presidente de la República para expedir "un verdadero código en materia de organización y funcionamiento de los municipios".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

* Dentro del término de fijación en lista, el señor *Ministro de Gobierno* Doctor Horacio Serpa Uribe presentó escrito justificando la constitucionalidad de las normas acusadas.

Según el mencionado funcionario, la reglamentación de inhabilidades que establece la Ley 136 de 1994 en el artículo 43, se dictó con base en la Constitución Política que en su artículo 293 le asigna al legislador una potestad general para definir, entre otras cosas, el régimen de inhabilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, y en el artículo 312 le ordena determinar por vía legislativa, las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

Así mismo, señala que el artículo 127 de la Carta Política al prohibir a ciertos servidores públicos participar en política, defirió a la ley la potestad de establecer las condiciones en que los demás servidores públicos podrían efectuar participación, lo cual fue precisamente lo que hizo el legislador en el artículo 43 inciso 3o. de la citada Ley, en el que regula esas condiciones para el caso particular de los funcionarios públicos que aspiren al concejo.

A su juicio, no se produce violación alguna al derecho al trabajo ni al de participación, ya que el legislador está haciendo uso de la potestad de reglamentación que le otorga la Carta Fundamental.

Manifiesta el señor Ministro, que la limitación constitucional a la participación se justifica en cuanto tiene como objetivo el aseguramiento de los principios de igualdad e imparcialidad en el ejercicio de los derechos políticos y la correcta prestación de los servicios y las funciones públicas.

En cuanto a la facultad del Ejecutivo para compilar normas sobre los asuntos municipales que consagra el artículo 199 acusado, estima el señor Ministro de Gobierno, que al hacerlo no se están derogando normas de ningún orden y mucho menos preceptos constitucionales mediante una disposición de rango legal. Por el contrario, señala que lo que finalmente se estaría produciendo es una interpretación de una serie de preceptos normativos acerca de un mismo tema, con el objeto de agruparlos y presentarlos de manera coherente y metódica, lo cual resulta viable en su calidad de legislador extraordinario.

Finalmente, fundamenta la constitucionalidad de las normas acusadas en la sentencia No. C-252 de 1994 emanada de la Corte Constitucional, donde se indica que esta compilación ordenada de manera técnica, versará únicamente sobre un aspecto de la legislación, cual es el que hace referencia a los asuntos locales, sin llegar a comprender una codificación integral y sobre una rama del derecho.

* Por su parte, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** a través de apoderado, presentó escrito justificando la constitucionalidad del artículo 199 acusado, pues en su criterio las facultades en esta norma concedidas no lo son para que el Ejecutivo elabore un código de régimen político y municipal que conllevaría la creación de una nueva legislación, sino que su objeto es simplemente armonizar la regulación existente acerca de la organización y el funcionamiento de los municipios.

Considera que el fin de las facultades de compilación, reordenación y eliminación es únicamente buscar la unificación de las disposiciones pertinentes, para que junto con las normas de la

Ley 136 de 1994, se forme un solo cuerpo normativo coherente y complejo de sencillo manejo para las autoridades y la sociedad en general, lo cual facilita además, el proceso descentralizador para las autoridades locales.

Respecto de la facultad de derogación de disposiciones legales, afirma que las normas constitucionales pertinentes de la Carta Política de 1886, derogadas por la Constitución de 1991 no reviven por el hecho de ser reproducidas por una ley ordinaria, ni las actuales disposiciones superiores pierden su entidad.

V. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante oficio No. 059 de abril diecisiete (17) de 1995, el señor Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez se declaró impedido para rendir el concepto de rigor en el asunto sub-examine por encontrarse incurso en una de las causales consagradas en los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991, al haber sido miembro del Congreso durante la tramitación del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 136 de 1994. En tal virtud, solicitó a esta Corporación aceptar el impedimento y declararlo separado del conocimiento del proceso.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante auto de veinte (20) de abril del año en curso, resolvió aceptar el impedimento manifestado y ordenó a la Secretaría General de esta Corporación correr el traslado al Viceprocurador General de la Nación.

Mediante oficio 651 de junio catorce (14) de 1995, el señor Viceprocurador General de la Nación, rindió el concepto de rigor solicitando a esta Corporación estarse a lo resuelto por esta Corporación en las sentencias números C-129 y C-231 de 1995, en relación con los artículos 43 numeral 3o. y 199 de la Ley 136 de 1994, por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4o. de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 43 numeral 3o. y 199 de la Ley 136 de 1994.

Segunda. Cosa Juzgada Constitucional

Frente a las normas acusadas, encuentra la Corte que se ha producido el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, ya que por una parte, el artículo 199 de la Ley 136 de 1994 demandado ya fue objeto de pronunciamiento por la Sala Plena de esta Corporación, la cual mediante sentencia No. C-129 de 1995 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, declaró inexequible esta disposición por violación al artículo 150 numeral 10o. de la Constitución, señalando:

*"Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 199 de la Ley 136 de 1994. Igualmente, por unidad de materia, declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto 2626 de 1994. Sin embargo,*

se aclara que cada una de las disposiciones legales que fueron recopiladas en dicho decreto, mantienen su vigencia y su obligatoriedad jurídica, en los términos de la presente sentencia".

Así mismo, tuvo oportunidad la Corte Constitucional de pronunciarse acerca de la exequibilidad **del inciso 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994** también acusado, por cuanto mediante sentencia No. C-231 de 1995 emanada de la Sala Plena de esta Corporación con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, lo declaró ajustado al ordenamiento superior, en el siguiente sentido:

*"**SEGUNDO**: Declárase **EXEQUIBLE** el numeral 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, salvo la expresión "de Educación Superior", la cual se declara **INEXEQUIBLE**".*

Por lo anterior, en virtud de que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que ampara las decisiones de esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 de la Constitución Política y 46 del Decreto 2067 de 1991, no hay lugar a emitir un nuevo pronunciamiento en relación con las normas acusadas, por lo que en la parte resolutiva de esta providencia se ordenará estarse a lo resuelto en las sentencias No. C-129 y C-231 de 1995, proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

VII. DECISION.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del Viceprocurador General de la Nación y cumplidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. ESTESE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-129 de 1995 que declaró INEXEQUIBLE el artículo 199 de la Ley 136 de 1994.

Segundo. ESTESE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-231 de 1995 que declaró EXEQUIBLE el numeral 3o. del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, salvo la expresión "de Educación Superior", la cual se declaró INEXEQUIBLE.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional cúmplase y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-461
octubre 12 de 1995

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Naturaleza

La acción de inconstitucionalidad, en razón de su carácter público, posee requisitos de fondo y forma mucho más flexibles que los de otras acciones judiciales. Teniendo en cuenta que para interponer esta acción no es necesario ser abogado y puede ser incoada directamente, sin necesidad de recurrir a apoderado, el juez debe, en lo posible, evitar que el derecho ciudadano de acceder a la justicia constitucional se haga nugatorio por razones de forma.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cita de sentencia

Si bien el actor no menciona, de manera explícita, el numeral 4, del artículo 241 de la Constitución, que faculta a la Corte para conocer de la presente demanda, sí alude, entre uno de los fundamentos jurídicos de su pretensión, a la sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994, en cuya virtud se declararon inexequibles algunos apartes del artículo 142 de la Ley 100 de 1993. El hecho de citar dicha sentencia de la Corte, pone de presente que el ciudadano se dirigía a esta Corporación como órgano competente para estudiar y decidir las demandas contra la Ley 100 de 1993.

REGIMENES PENSIONALES ESPECIALES-Justificación

El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

MESADA ADICIONAL-Justificación

La mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 se concibió como un mecanismo de compensación por la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones en razón

de la inflación. Este beneficio se otorga a todos los pensionados, salvo las excepciones expresamente consagradas en el artículo 279 de la Ley 100. El beneficio de la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, el de la prima de medio año consagrado en el artículo 15 de la Ley 91, y el similar de la pensión de gracia, expresan formas específicas a través de las cuales se tiende a la protección especial que el trabajo y la seguridad social deben recibir del Estado. Bajo la perspectiva del Estado social de derecho que consagra la Carta, los beneficios citados no hacen otra cosa que desarrollar en forma directa los artículos 48 y 53 de la Constitución, que vinculan al legislador con la defensa del derecho a la seguridad social y como correlato, con la garantía del sostenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Afiliados excluídos de mesada adicional

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Referencia: Expediente No. D-864

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, 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 de constitucionalidad del inciso segundo, del artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones".

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

LEY 100 1993
(Diciembre 23)

"Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones"

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

(...)

ARTICULO 279°. Excepciones

El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, *cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de

costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

Parágrafo 1. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

Parágrafo 2. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

Parágrafo 3. Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

(Se resalta la parte demandada)

II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República dictó la Ley 100 de 1993, publicada en el Diario Oficial N° 41.148 de diciembre 23 de 1993. El artículo 279 regula las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, y consagra su inaplicación a determinados grupos de trabajadores, cubiertos por regímenes especiales de seguridad social (miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, trabajadores de empresas en concordato preventivo y obligatorio en donde se hayan pactado sistemas especiales de protección pensional, servidores públicos y pensionados de Ecopetrol).

2. El ciudadano JUVENAL RAMOS MOLINA solicita la declaración de inexequibilidad (parcial) del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

El demandante sostiene que la disposición citada viola el artículo 13 de la Carta Política, al discriminar a los pensionados cubiertos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La aludida discriminación resulta - según el actor - de la no aplicación, a los pensionados del Magisterio, del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en el que se consagra el derecho de todos los pensionados al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos, valor que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año.

El actor cita, como fundamento adicional de sus pretensiones, la sentencia de la Corte Constitucional N° C-409 de septiembre 15 de 1994, mediante la cual se declararon inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero

(1°) de enero de 1988", pertenecientes al mencionado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 142. Mesada adicional para pensionados.

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

3. El ciudadano FRANCISCO RAMIREZ INFANTE, quien interviene en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, solicita a la Corte que declare exequible la norma acusada.

En su escrito, anota que el artículo demandado no viola el derecho a la igualdad, "pues al hacer excepciones de aplicación a algunos sectores laborales, lo hace con base en sus propios regímenes especiales, los cuales son el resultado de conquistas de dichos sectores".

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional hace referencia al concepto de 6 de septiembre de 1994 rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Rad. N° 655, Consejero Ponente. Dr. Humberto Mora Osejo) en el que se absuelve la consulta del Ministro de Educación, relacionada con la aplicabilidad de la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Seguridad Social del Magisterio.

Con base en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, como quedó modificado luego de la sentencia C-409 de 1994, la Sala de Consulta y Servicio Civil estableció que el beneficio de la mesada adicional era aplicable a todo tipo de pensionados, incluidos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En el mencionado concepto, se dice: "Además la prima semestral, prescrita en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también rige para los empleados docentes, porque la jubilación comprende, sin excepción, a los 'pensionados por jubilación, vejez y sobrevivientes' de los sectores público y privado en 'todos sus órdenes'. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-409 de septiembre pasado, declaró inconstitucionales las expresiones 'actuales' y 'cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988' de los incisos 1° y 2° del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, por considerar que todos los pensionados, sin ninguna salvedad, tienen derecho a la prima mensual que prescribe".

En razón de lo anterior, el apoderado del Ministerio de Educación considera que "la acción que se impetra resultará inocua, dado que la supuesta discriminación ya está despejada (gracias al concepto del Consejo de Estado) en favor del derecho a la igualdad", y señala que dicho Ministerio se atiene, en todas sus partes, al mencionado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y, por lo tanto, pagará la mesada adicional.

4. El ciudadano MAURICIO FAJARDO GOMEZ intervino para impugnar la demanda de inconstitucionalidad, con base en los siguientes argumentos:

4.1. La demanda no se ajusta a las previsiones del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, en el que se señalan los requisitos de forma y contenido que debe tener toda demanda de inconstitucionalidad. En particular, el ciudadano interviniente encuentra que la demanda infringe los numerales tercero y quinto al no establecer, por una parte, las razones por las cuales el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es discriminatorio y, por ende, violatorio del artículo 13 de la Carta y, por otra parte, el fundamento por medio del cual la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad.

En razón de lo anterior, mediante "excepción previa de no cumplimiento de la demanda de los requisitos mínimos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991", solicita a la Corte "se declare la nulidad de todo lo actuado hasta el momento".

4.2. El interviniente defiende la constitucionalidad de la norma demandada ya que la considera ajustada al artículo 13 de la Constitución. En efecto, el impugnante sostiene que el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, comporta "una diferenciación y no una discriminación". La Corte Constitucional, anota, en repetidas oportunidades, ha establecido que "el artículo 13 de la Carta no prohíbe un tratamiento desigual a situaciones de hecho desiguales".

A continuación, expone las razones que justifican el trato desigual para los pensionados del Magisterio, quienes se encuentran en una situación de hecho distinta. En su concepto, "es de todos conocido que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde mucho tiempo atrás han estado sometidos a un régimen de Seguridad Social completamente distinto y mucho más ventajoso que el resto de trabajadores y pensionados del país".

La finalidad de este trato desigual consiste en "mantenerles y mejorarles las ventajas que la ley prevé en materia de seguridad social a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Según el interviniente, esto no hubiese podido ser de otra forma sin llegar a desconocer los derechos adquiridos de los pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La disparidad de trato resulta razonable. En su virtud, desarrolla y respeta los postulados del artículo 58 de la Carta Política, el cual garantiza "los derechos adquiridos con arreglo a leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

El trato desigual que el artículo 279, inciso 2, de la Ley 100 de 1993 otorga a los pensionados del Magisterio es racional en la medida en que esta ley - para respetar sus derechos adquiridos y así dar aplicación al artículo 58 de la Constitución -, "optó por excluir del Sistema de Seguridad Social Integral a dichos afiliados, dejando así que las normas que venían rigiendo el tema de

Prestaciones Sociales a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mantenga plena aplicabilidad para este gremio".

Por último, el requisito de la proporcionalidad se cumple en este caso. La exclusión de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del régimen establecido por la Ley 100 de 1993, "tiene como único efecto que estos afiliados, para efectos de la seguridad social, se sigan rigiendo por la normatividad preexistente a la Ley 100 y así se mantienen sus derechos".

5. Ante el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, aceptado por esta Corporación mediante auto del 20 de abril de 1995, correspondió al Viceprocurador rendir el concepto fiscal en el que solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la expresión demandada del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

El representante del Ministerio Público señala que, a primera vista, la norma impugnada no vulnera el artículo 13 de la Carta Política. En efecto, para el Viceprocurador el tratamiento exceptivo que contempla la Ley de Seguridad Social está "impregnado de razonabilidad y proporcionalidad" ya que su finalidad es la garantía de "derechos adquiridos tan caros en el campo de las relaciones laborales".

El Viceprocurador trae a colación el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ante consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional, el 6 de diciembre de 1994, donde se señala que, en virtud de la sentencia C-409 proferida por la Corte Constitucional el 15 de septiembre de 1994, la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se hace extensiva a los trabajadores pensionados de cualquier orden y, por lo tanto, a los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Añade, así mismo, que esta Corporación no podría entrar a determinar el alcance del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en lo relativo a cuáles son los sectores de trabajadores a que se hace extensivo el beneficio contemplado por esa norma.

III. FUNDAMENTOS

Competencia

En los términos del artículo 241-4 de la C.P., la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

Los problemas de forma de la demanda

1. Dentro del presente proceso de constitucionalidad, la demanda exhibe una serie de particularidades que ameritan un pronunciamiento de la Corte con el fin de precisar el deber del juez constitucional de interpretar su texto. Adicionalmente, es necesario dar una respuesta a las objeciones de forma que plantea el interviniente Mauricio Fajardo Gómez, quien solicita se declare la nulidad de todo lo actuado hasta el momento.

1.1. La acción de inconstitucionalidad, en razón de su carácter público, posee requisitos de fondo y forma mucho más flexibles que los de otras acciones judiciales. Teniendo en cuenta que

para interponer esta acción no es necesario ser abogado y puede ser incoada directamente, sin necesidad de recurrir a apoderado, el juez debe, en lo posible, evitar que el derecho ciudadano de acceder a la justicia constitucional se haga nugatorio por razones de forma. La Corte ya se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"Ha de insistirse en que el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental. Por equivocado que parezca el argumento del impugnador, su invocación y desarrollo en el texto de la demanda - si además se reúnen los demás requisitos contemplados en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 - es suficiente desde el punto de vista formal para que esta Corte tenga que pronunciarse acerca de si la norma demandada se ajusta a la Constitución o se aparta de ella. Será de su cargo la evaluación de los razonamientos respectivos y la búsqueda de los que sean pertinentes en vez de los expuestos por el actor que sean desechados[1]".

Respecto del deber de interpretar la demanda de inconstitucionalidad, la Corte expresó:

"Ciertamente, (...), la demanda, a pesar de cumplir con las exigencias formales a que alude el artículo 2o. del decreto 2067 de 1991, motivo por el cual se admitió, adolece de ciertas fallas de técnica en su estructuración, circunstancia que se presenta con alguna frecuencia en acciones de esta índole, debido a la falta de conocimiento jurídico por parte de quienes las instauran, pues como es sabido, la Constitución no exige al demandante requisito distinto al de demostrar la calidad de ciudadano y, en consecuencia, mal haría esta Corporación en señalar limitaciones o condicionamientos diferentes para su ejercicio. De ahí que la Corte, en ejercicio de su misión de guardiana, integral de los preceptos del Estatuto Supremo, debe en muchas ocasiones, actuar en una forma lo suficientemente amplia para interpretar las demandas de inconstitucionalidad, y algunas veces hacer verdaderos esfuerzos para desentrañar la intención del actor, todo ello con el fin de que no se desvirtúe el propósito para el cual se creó esta acción, que no es otro que permitir a cualquier ciudadano actuar en defensa de la Constitución[2]".

De igual forma, esta Corporación ha reiterado que el proceso de constitucionalidad se rige por el principio según el cual lo sustancial prima sobre lo meramente formal, así:

"Frente a estas constataciones, el Magistrado Sustanciador estimó que, confiriéndole primacía al derecho sustancial, de que tratan los artículos 2° y 228 de la Constitución, se podría admitir la demanda, como en efecto se admitió, puesto que los mecanismos procesales son un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades[3]".

---

1 Sentencia C-143 de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencia C-487 de 1993. MP. Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia C-083 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.

1.2. En el presente caso, el interviniente asegura que el demandante no señaló las razones por las cuales el inciso 2, del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, viola el artículo 13 de la Carta al establecer una discriminación. Si bien la demanda, en razón de su extensión y redacción, es de carácter casi "telegráfico", el motivo por el cual, en criterio del actor, vulnera el derecho a la igualdad queda claramente establecido cuando el demandante manifiesta: **"Parece que tal Art. 279 debería tener una interpretación extensiva del siguiente tenor: 'Sin embargo todos los pensionados tendrán derecho a la mesada adicional de junio de cada año, conforme al Art. 142 de la Ley 100/93, especialmente conforme a su parágrafo, y al reciente fallo de la Honorable Corte, también en materia discriminatoria'. Así se extendería el beneficio hoy 'recortado' a todos los pensionados atendidos por el Fondo Prestacional del Magisterio y otros más".** No cabe duda de que el demandante solicita la inexequibilidad del inciso 2, del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 como quiera que, a su juicio, en virtud de esta disposición no se extiende a los pensionados del Magisterio los beneficios de dicha ley en punto a la mesada adicional que contempla el artículo 142 de la misma.

1.3. Igualmente, el interviniente señala que la demanda no cumple con el requisito según el cual deben señalarse las razones que acreditan la competencia de la Corte Constitucional para conocer del asunto. Si bien el actor no menciona, de manera explícita, el numeral 4, del artículo 241 de la Constitución, que faculta a la Corte para conocer de la presente demanda, sí alude, entre uno de los fundamentos jurídicos de su pretensión, a la sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994, en cuya virtud se declararon inexequibles algunos apartes del artículo 142 de la Ley 100 de 1993. El hecho de citar dicha sentencia de la Corte, pone de presente que el ciudadano se dirigía a esta Corporación como órgano competente para estudiar y decidir las demandas contra la Ley 100 de 1993.

El cargo de la demanda

2. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece una serie de excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social en ella contenido. El inciso segundo del mencionado artículo, señala que los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedan cobijados por las anotadas excepciones.

La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la Ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 - que consagra la mesada adicional para pensionados - tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social.

El demandante considera que el inciso 2, del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, es discriminatorio frente a un tema puntual y específico: la excepción que allí se consagra impide que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, perciban la mesada adicional - pagadera en junio de cada año - correspondiente al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión a que cada pensionado tiene derecho. Así, a pesar de que el tenor literal del inciso 2, del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la ***totalidad*** del Sistema Integral de Seguridad Social,

inclusive de la mesada adicional de junio contemplada por el artículo 142 de la Ley 100, el demandante se limita a solicitar la inexequibilidad del inciso 2 del artículo 279, de manera tal que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio puedan recibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la ley.

3. En los términos de la demanda, la Corte debe resolver si la exclusión de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, es discriminatoria y, por lo tanto, viola el derecho a la igualdad.

Varios aspectos deben previamente precisarse: (1) competencia del Estado para adoptar regímenes pensionales especiales o excepcionales; (2) existencia, en el caso que se estudia, de un régimen especial o de un trato diferenciado en punto al beneficio de la mesada adicional; (3) justificación y razonabilidad del trato diferenciado.

4. La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

5. Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

6. La tarea de la Corte se contrae a determinar si la norma demandada da lugar a un tratamiento diferenciado - excluyente -, en lo que concierne al beneficio de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100, y si tal tratamiento se funda en la protección de bienes o derechos adquiridos de igual o superior valor que el beneficio consagrado en el artículo citado.

El tratamiento diferenciado: análisis normativo

7. La mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 se concibió como un mecanismo de compensación por la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones en razón de la

inflación[4]. Este beneficio se otorga a todos los pensionados, salvo las excepciones expresamente consagradas en el artículo 279 de la Ley 100, dentro de las cuales se contempla a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en la sentencia C-409 de 1994 (MP. Hernando Herrera Vergara), declaró inexequible la expresión "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988", por considerarla violatoria del derecho a la igualdad. A juicio de la Corte, las disposiciones acusadas incurrían en "una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional, sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1° de enero de 1988".

A este respecto la sentencia citada señaló:

"Considera la Corte que la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida de poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Pero ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio pensional como es la

---

[4] En efecto, antes de que ésta norma fuera expedida, las pensiones eran reajustadas de conformidad con lo dispuesto por la ley 71 de 1988, que ordenaba que el reajuste se hiciera de oficio y con base en el mismo porcentaje en que se incrementaba el salario mínimo legal mensual por parte del Gobierno. La mencionada ley, que entró a regir a partir del 1° de enero de 1989, subsanó la inequidad del régimen anterior en materia de reajustes pensionales (Ley 4a. de 1976) que consagraba un incremento pensional inferior al aplicable al salario mínimo. En razón de la fecha a partir de la cual se aplicaba la Ley 71 de 1988, se presentó la coexistencia de los dos regímenes de reajustes pensionales, en perjuicio de los pensionados cuyas pensiones se habían causado y reconocido durante la vigencia de la ley 4a. de 1976. Esto motivó la expedición del artículo 116 del Estatuto Tributario (reglamentado por el Decreto 2108 de 1992), que permitió reajustar las pensiones que se encontraban en situación de desigualdad frente al régimen de ajustes establecido en la Ley 71 de 1988; es decir, aquellas causadas antes del 1° de enero de 1989. Es de anotar que el régimen de ajuste de pensiones -y en general el régimen pensional general-, expedido con anterioridad a la Ley 100 de 1993, era también aplicable a los maestros oficiales. Las leyes 4a. de 1976 (artículo1°)y 71 de 1988 (artículo 1° que remite a las pensiones de que trata el artículo 1°de la Ley 4a. de 1976) se referían a los reajustes de las pensiones "de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales " y no establecían regímenes especiales. Salvo la particularísima pensión de gracia establecida en la Ley 114 de 1913. En este estado de cosas, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo objetivo principal es la realización del pago de las prestaciones del personal afiliado, y la garantía de la prestación de los servicios médico-asistenciales contratados con las entidades definidas por el Concejo Directivo (artículo 5, numerales 1 y 2, Ley 91 de 1989). La creación de este Fondo sólo modifica la legislación pensional preexistente en lo referente a la entidad que reconoce y paga las prestaciones sociales de los maestros. En consecuencia, permanece inmodificado el régimen sustantivo general de cada prestación en particular (pensiones, cesantías y vacaciones), salvo las precisiones que para cada una establece el artículo 15 de la Ley 91. En materia pensional, al artículo 15, numeral 2, consagra la pensión de gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 (literal A), y para quienes se vinculen con posterioridad a esa fecha, reconoce una pensión de jubilación del 75% del salario mensual promedio del último año y una prima adicional de medio año equivalente a una mesada pensional, todo de acuerdo al régimen vigente para los pensionados del sector público nacional (literal B). Con posterioridad, fue expedida la Ley 100 de 1993 que, como ya se vió, excluye de sus disposiciones a los afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, y deja en firme la Ley 91 de 1989 en todas sus partes. La Ley de Seguridad Social modificó en varios aspectos el régimen pensional de los servidores públicos, aplicándoles sus mandatos en algunos aspectos. Esta ley establece como regla general el reajuste de oficio de todas las pensiones, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior y consagra la mesada adicional del artículo 142. En el texto original de la Ley preveía la mesada adicional para aquellos pensionados "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1) de enero de 1989.

mesada adicional que se consagra en la norma materia de revisión, en favor de un sector de antiguos pensionados, excluyendo a otros que legítimamente han adquirido con posterioridad el mismo derecho pensional por haber cumplido con los requisitos legales correspondientes".

El fallo de la Corte hizo extensivo el beneficio de la mesada adicional a todos los pensionados sujetos a la Ley 100 de 1993.

8. En materia de pensiones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100, la norma aplicable a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el artículo 15, numeral 2°, de la Ley 91 de 1989, que reza así:

*"**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado[5] y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

(...)

2°.- Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación.

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981 nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75 % del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.**" (se resalta)*

Según esta norma, los pensionados del Magisterio están sujetos al siguiente régimen:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, que cumplan los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás normas complementarias, tendrán derecho a la pensión de gracia. En la Ley 114 citada se establece que se hacen acreedores a una pensión de jubilación

---

[5] El artículo 1° de la Ley 91 de 1989 define como personal nacional a aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y, como personal nacionalizado a aquellos docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

vitalicia (la llamada pensión de gracia), los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años (artículo 1), siempre que cumplan con los siguientes requisitos: haberse desempeñado con honradez y consagración; carecer de medios de subsistencia en armonía con la posición social y costumbres; no haber recibido y recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; observar buena conducta; ser soltera o viuda, en el caso de las mujeres; y, haber cumplido cincuenta años o, estar en incapacidad, por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para el propio sostenimiento (artículo 3). Esta pensión de gracia es compatible con la pensión ordinaria de jubilación y será liquidada y pagada por la Caja Nacional de Previsión Social, en los términos del Decreto 081 de 1976. El monto de esta pensión equivale a la mitad del sueldo devengado en los dos últimos años de servicio, o al promedio de éstos en caso de haber sido distintos (artículo 2).

Los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981[6], tienen derecho, al cumplir los requisitos de Ley, a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Adicionalmente tendrán derecho a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional[7].

Como puede verse, quienes son acreedores a la pensión de gracia y quienes fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, ***"adicionalmente"*** a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe

---

6 En este punto es necesario tener en cuenta que el tenor literal del artículo 15, numeral 2, literal B, de la Ley 91 de 1989 establece lo siguiente: "B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquéllos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990 (...).". Esta diferenciación de fechas se explica porque en el literal A, la pensión de gracia sólo se reconocerá hasta el 31 de diciembre de 1980. Otro elemento que puede explicar esta diferenciación se encuentra consignado en el artículo 2, numeral 3 de la misma Ley 91 en donde se establece: "3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1° de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión o de las entidades que hicieren sus veces. (...).".

7 El pago de estas prestaciones sociales es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos del artículo 4 de esa ley, cuyo tenor es el siguiente: "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)."

equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.

Ahora bien, los docentes vinculados al fondo de pensiones antes del 1 de enero de 1981 pueden ser "gratificados" con la llamada pensión de gracia. Si bien la pensión de gracia no equivale de manera exacta a una mesada adicional, dado que aquella es una forma especial de pensión de jubilación que no tiene el carácter general de ésta, - tal como claramente se deduce de las condiciones impuestas como requisitos para acceder a ella en la Ley 114 de 1913 -, el beneficio económico que reporta, cuando se otorga como complemento de la pensión ordinaria de jubilación, suple los efectos que produce la mesada adicional en la búsqueda del mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión. Ahora bien, su naturaleza es más la de recompensa otorgada a algunos maestros pensionados, que la de un derecho que se adquiere en condiciones de igualdad, pues sólo se otorga a los pensionados que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.

9. Examinada la legislación en materia pensional anterior a la Ley 100 de 1993, y en especial las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y 91 de 1989, no se encuentra un beneficio equivalente o similar a la mesada adicional de la Ley 100 de 1993, o a la prima adicional de medio año contemplada en la Ley 91 de 1989, para aquellos docentes vinculados antes del 1° de enero de 1981 que no sean acreedores a la pensión de gracia

10. El análisis anterior permite a la Corte verificar la existencia de un tratamiento diferenciado que consiste en la exclusión de un sector de pensionados - aquellos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981, que no son acreedores de la pensión de gracia - de un beneficio igual o equivalente a la llamada mesada adicional, al cual tiene derecho el conjunto de los pensionados. Este tratamiento diferenciado, se encuentra configurado en la Ley 91 de 1989, y fue mantenido por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Justificación y razonabilidad constitucional del trato diferenciado

11. Tanto el Viceprocurador como los intervinientes en este proceso de constitucionalidad coinciden en sostener que el trato diferenciado que se otorga a las personas afiliadas al Fondo

Nacional de seguridad social del Magisterio se funda en la protección de los derechos adquiridos de este grupo de trabajadores.

12. En efecto, la intención del legislador al excluir a los afiliados del Fondo Nacional de Seguridad Social del Magisterio del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, fue claramente la de proteger los derechos adquiridos de este sector de trabajadores en materia pensional[8].

13. El motivo del legislador para resguardar el régimen especial, resulta razonable y justificada a la luz de la Constitución, pues el respeto de los derechos adquiridos es motivo suficiente para establecer excepciones al régimen general.

Sin embargo, a pesar de que ciertamente en el régimen vigente para las personas afiliadas al Fondo Nacional de Seguridad Social del Magisterio, se consagran beneficios pensionales iguales e incluso superiores a aquellos otorgados por el régimen general, constata la Corte que tales beneficios no se aplican en su integridad a quienes se encuentran sujetos a este régimen. En cuanto se refiere al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, el régimen especial consagra una diferenciación que consiste en excluir a un grupo determinado de pensionados del beneficio de la pensión de gracia y de la mesada adicional (art. 15 de la Ley 91), beneficios que de otra parte se otorgan a la generalidad del sector a través del artículo 142 de la Ley 100. El efecto del artículo 279 demandado es el de perpetuar este trato diferenciado.

14. El beneficio de la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, el de la prima de medio año consagrado en el artículo 15 de la Ley 91, y el similar de la pensión de gracia, expresan formas específicas a través de las cuales se tiende a la protección especial que el trabajo y la seguridad social deben recibir del Estado. Bajo la perspectiva del Estado social de derecho que consagra la Carta, los beneficios citados no hacen otra cosa que desarrollar en forma directa los artículos 48 y 53 de la Constitución, que vinculan al legislador con la defensa del derecho a la seguridad social y como correlato, con la garantía del sostenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

15. El análisis de la legislación existente, teniendo en cuenta los efectos que el beneficio de la mesada pensional adicional busca producir, lleva a la Corte a concluir que no existe, en materia pensional, para aquellos docentes vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no son acreedores de la pensión de gracia, un beneficio sustantivo que produzca los mismos efectos de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100.

En consecuencia, la Corte advierte que la razón constitucional que justifica la consagración de un régimen pensional especial para las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio - la protección de derechos adquiridos -, no se hace extensiva a la materia

---

8 Cfr. Gaceta del Congreso N° 87. Jueves 1° de octubre de 1992, Gaceta del Congreso N° 130. Viernes 14 de mayo de 1993, Gaceta del Congreso N° 254. Viernes 30 de julio de 1993, Gaceta del Congreso N° 281. Viernes 19 de agosto de 1993, Gaceta del Congreso N° 395. Viernes 12 de noviembre de 1993, Gaceta del Congreso N° 397. Martes 16 de noviembre de 1993, Gaceta del Congreso 434. Viernes 3 de diciembre de 1993.

de la mesada adicional que consagra el artículo 142 de la Ley 100. Esto es así dado que el régimen especial (Ley 91 de 1989) que se exceptúa del régimen general de la Ley 100, no otorga ningún beneficio que pudiere compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de aquélla, para las personas que se vincularon al Fondo antes del 1° de enero de 1981 y que no son acreedoras a la pensión de gracia.

En este evento opera, en cambio, una triple exclusión. En primer lugar, las personas vinculadas antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio encuentran un trato diferenciado fundado en criterios plenamente subjetivos. Sólo los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, que cumplan los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás normas complementarias, tendrán derecho a la pensión de gracia. Como quedó expuesto tales requisitos son tanto objetivos (generales) como subjetivos. Serán acreedores a la pensión de gracia los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan ciertos requisitos de edad y tiempo de trabajo, siempre que se hayan desempeñado con honradez y consagración, carezcan de medios de subsistencia en armonía con la posición social y costumbres, hayan observado buena conducta, y en caso de las mujeres, que se trate de personas solteras o viudas.

Mas aún, quienes no cumplen los requisitos para ser acreedores de la pensión de gracia encuentran un trato menos favorable respecto de quienes se vincularon al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, pues este último grupo de pensionados cuenta con el beneficio legal de la prima adicional, que tiende al mantenimiento del poder adquisitivo de su pensión, y del cual se encuentran excluidos quienes se vincularon al Fondo antes del 1° de enero de 1981 sean o no acreedores a la pensión de gracia.

Por último, el grupo de personas excluído de la mesada adicional de que trata el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que no cuenta con el beneficio de la pensión de gracia carece de todo beneficio similar o equivalente al de la mesada adicional que consagra el régimen general de pensiones en el artículo 142 de la Ley 100.

19. Se pregunta la Corte si el tratamiento especial se justifica a pesar de no estar destinado a la protección de derechos adquiridos. Para resolver esta cuestión es necesario establecer si el grupo diferenciado se encuentra en circunstancias distintas de aquéllas en las que se encuentra la generalidad del sector.

Las únicas circunstancias que permiten diferenciar al grupo de pensionados que no registran en su favor un beneficio análogo al examinado, que les garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones, son, en primer lugar, el hecho de haberse vinculado al Fondo de pensiones con anterioridad al 1 de enero de 1980 y en segundo lugar no reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de gracia. Dentro de estos requisitos se encuentran el de ser soltera o viuda en el caso de las mujeres, haberse desempeñado con honradez y consagración, carecer de medios de subsistencia en armonía con la posición social y costumbres y observar buena conducta.

En cuanto se refiere a la circunstancia temporal, resulta evidente, como lo manifestó esta Corporación en sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994, que en sí misma ésta no constituye razón suficiente para establecer un trato diferenciado en lo que respecta a la mesada adicional.

Ahora bien, en lo que hace relación a los requisitos para acceder a la pensión de gracia, la Corte encuentra que se trata de condiciones puramente subjetivas, que carecen de total relevancia constitucional a efectos de determinar un trato diferenciado en punto a beneficios pensionales.

20. Del análisis anterior se deduce la configuración de una discriminación consistente en la consagración de una excepción arbitraria que excluye a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes del 1° de enero de 1981 que no son acreedores a la pensión de gracia, de algún beneficio similar o equivalente a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100, que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones.

Esta Corporación ha sido clara al determinar que este tipo de discriminación es contraria al derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta. Sobre el particular ha sostenido la Corte:

"En suma, por cuanto concierne a la particular dimensión involucrada en el problema constitucional que en este caso plantea la demanda, es oportuno recordar que ***la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias***[9]*." (normal fuera de texto)*

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE la parte que dice "Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989", del inciso

---

9 Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-469
octubre 19 de 1995

BANCO DE LA REPUBLICA-Autonomía/**BANCO DE LA REPUBLICA**-Intervención de la Contraloría en labores de impresión, acuñación, retiro o incineración de moneda

Cuando se llevan a cabo las labores materiales de impresión o acuñación, retiro de circulación e incineración de moneda, pueden llegar a comprometerse en su expresión concreta la política económica y el manejo monetario -aunque una y otro no se trazan ni se definen por medio de tales actos, que son meramente ejecutivos-, razón que hace indispensable el establecimiento de controles adecuados y efectivos a cargo del organismo que, según la Constitución Política, debe cuidar los intereses financieros del Estado. La función de la Contraloría, por mandato del artículo 267 Ibídem, incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado, entre otros, en los valores de eficiencia y economía. Ello no atenta contra la autonomía del Banco de la República, puesto que no implica intromisión de la Contraloría en las decisiones propias de la autoridad monetaria. El Contralor apenas sirve de testigo de operaciones posteriores a los actos relacionados con la emisión de moneda, en un campo del todo subordinado, que tiene carácter administrativo.

CAUCION-Finalidad/**CONTRALOR COMO PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL**

Exigir que quien solicita una medida preventiva, como el embargo o el secuestro de bienes, preste caución a satisfacción del juez con el objeto de asegurar el eventual resarcimiento de los perjuicios que se puedan causar al propietario si las razones de la demanda resultan infundadas o temerarias, corresponde a una previsión legal que busca impedir el abuso del derecho de quien se dice acreedor, preservar las prerrogativas procesales del demandado y garantizar que la administración de justicia no se verá entorpecida por acciones carentes de todo soporte. La norma enjuiciada introduce distinción a favor de los personeros del interés público -en este caso los contralores que se constituyen en parte civil dentro de procesos penales adelantados por delitos que han tenido como víctima pecuniaria al Estado- y ello, considera la Corte, no quebranta el principio de igualdad por cuanto no es lo mismo provocar un embargo en nombre de un acreedor particular que hacerlo en defensa del bien colectivo, de todas maneras afectado cuando la acción de la delincuencia implica daño económico a los bienes estatales.

-Sala Plena-

Referencia: Expedientes acumulados Nos. D-824 y D-842

Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 45 y 87 (parcial) de la Ley 42 de 1993.

Actores: Jaime Enrique Lozano y Luis Giovanny Barbosa Becerra

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

Mediante escritos independientes, luego acumulados por decisión de la Sala Plena de la Corte, adoptada el 9 de febrero del año en curso, los ciudadanos JAIME ENRIQUE LOZANO y LUIS GIOVANNY BARBOSA BECERRA ejercieron acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 45 y 87 (parcial) de la Ley 42 de 1993.

Cumplidos como están los trámites que indica el Decreto 2067 de 1991 y emitido por el Ministerio Público el concepto de rigor, se procede a fallar.

II. TEXTO

Los artículos impugnados son del siguiente tenor literal (se resalta lo acusado):

"LEY NUMERO 42 DE 1993
(enero 26)

"Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen"

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)
ARTICULO 45.- El Contralor General de la República o su delegado, presenciarán los actos de emisión, retiro de circulación e incineración de moneda que realice el Estado. Hecha la emisión, se levantarán las actas de destrucción de las planchas o moldes que se hubieren utilizado para el efecto, las cuales deberán ser firmadas por el contralor o su delegado".

(...)
*"**ARTICULO 87.-** Los contralores, por sí mismos o por medio de sus abogados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y sus conexos, o comunicarán a la respectiva entidad para que asuma esta responsabilidad.*

Las entidades que se constituyan en parte civil informarán a las contralorías respectivas de su gestión y resultados.

PARAGRAFO.- La parte civil, al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no deberá prestar caución".

III. LAS DEMANDAS

1) El ciudadano JAIME ENRIQUE LOZANO estima violados los artículos 4, 13, 29 y 371 de la Carta Política.

En su criterio, cuando el artículo 45 de la Ley demandada prescribe que el Contralor General o su delegado deben presenciar los actos de emisión de moneda, así como su retiro de circulación e incineración, está vulnerando flagrantemente la autonomía e independencia del Banco de la República a quien corresponde esta función en forma exclusiva y excluyente y que, por lo tanto, el mandato que consagra la norma demandada se sale de la órbita del control fiscal.

Afirma que, al otorgarle una función eminentemente administrativa al Contralor, se le está dando el carácter de "coadministrador".

En cuanto a la parte demandada del artículo 87, dice que va en contravía del derecho a la igualdad y al debido proceso, porque al establecer la posibilidad de que los contralores se constituyan en parte civil en los procesos penales por delitos contra la Administración Pública, con la facultad de solicitar medidas cautelares, pero sin la obligación de prestar caución, como sí lo deben hacer los particulares en idéntica situación, se está privilegiando al Estado sobre el individuo, además de dejar expuesto al sindicado en caso de que se le causen perjuicios por razón del embargo.

En su opinión se transgreden principios como los de la igualdad, legalidad, contradicción, protección de la víctima y restablecimiento del derecho, consagrados en el Código de Procedimiento Penal y que forman parte del derecho constitucional fundamental del debido proceso.

2) El ciudadano LUIS GIOVANNY BARBOSA BECERRA demanda el artículo 45 de la misma Ley pues, en su criterio, vulnera los artículos 267, 371 y 372 de la Constitución Política.

Al hacer una ubicación conceptual del tema, afirma que, mediante el artículo 45 de la Ley acusada, al Contralor General de la República se le asignó una función que por la materia y por el régimen especial del ente vigilado le está vedada constitucionalmente.

Más adelante analiza la naturaleza jurídica del Banco de la República y el ámbito de su autonomía, concluyendo que se trata de un ente con naturaleza tan especial en cuanto a sus actividades, funciones y operaciones, que en realidad amerita la existencia de un control técnico especializado y un régimen disciplinario especial.

Por otra parte, sostiene, la existencia de ese control especial se justifica en el hecho de que el Banco no realiza ordinariamente gestiones fiscales y, por ende, sobra cualquier control de esa naturaleza por parte de la Contraloría General de la República.

En lo que respecta a la inspección, vigilancia y control de su gestión, continúa, ésta se encuentra a cargo del Presidente de la República, como lo prevé el artículo 372 de la Carta, dispo-

sición que está desarrollada por los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 31 de 1992 (orgánica del Banco de la República).

De todo el razonamiento anterior deduce que existe una clara violación al precepto contenido en el artículo 267 de la Constitución Política, ya que según éste, el control fiscal se asienta necesariamente sobre dos presupuestos básicos: "la gestión fiscal que realiza el sujeto vigilado y su naturaleza administrativa".

Afirma el demandante que en el caso del artículo acusado no se presenta el primero de los requisitos, toda vez que la moneda que emite el Banco de la República no representa obligación alguna a cargo del Tesoro y por tal razón no constituye recurso fiscal que pueda ser objeto del control fiscal típico que ejerce la Contraloría.

Indica también que la ley especial a la que debe ceñirse el Banco de la República, de acuerdo con los artículos 371 y 372 superiores, ya fue expedida por el órgano legislativo y en ella se ratificó el mandato constitucional de que el Presidente de la República ejerce la función de control del Banco, "incluyéndose (artículo 48) la autorización para que éste la pudiera delegar en la Auditoría de la misma entidad, función que posterior e inconstitucionalmente se le asignó al Contralor General de la República, en el tema de los actos de emisión, retiro de circulación, incineración de moneda y destrucción de los moldes utilizados para su fabricación, mediante la norma demandada".

Citando la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), agrega que si se parte del mandato constitucional que indica que el Banco de la República tiene su régimen legal propio, especial, que como tal igualmente demanda un control especial, mal puede aceptarse que dicha entidad pueda ser objeto de control permanente y pleno por parte del ente fiscalizador ordinario del sector público en materia de los bienes y recursos, como lo es el Contralor General de la República.

IV. INTERVENCIONES

El ciudadano PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES, quien actuó como apoderado de la Contraloría General de la República, presentó un escrito destinado a solicitar que se declare la exequibilidad de los preceptos demandados.

Al exponer los argumentos por los cuales considera que las normas se ajustan a la Constitución, anota que en el Estado colombiano la preocupación por el control está inserta en el contexto múltiple del constitucionalismo moderno y que comprende la representación, participación, legalidad, distribución de funciones y control.

En ese orden de ideas -señala-, el Estado Social de Derecho que entronizó la nueva Carta Fundamental se caracteriza por la separación de poderes, por un sistema de control para evitar el abuso de los gobernantes, así como por una legalidad previa a la que debe someterse el ejercicio de la función pública. Además, continúa, desde el punto de vista de la ciencia de la administración, la fiscalización o vigilancia es aceptada como principio de organización, fundamentada entre otras razones, en que en los negocios públicos intervienen muchas personas y por ello es necesaria la acción de control, para garantizar el estricto cumplimiento de cada una.

Afirma también que el Constituyente de 1991 institucionalizó varios tipos de controles, entre los cuales está el fiscal, el cual no es único ni exclusivo, sino que, por el contrario, coexiste con los demás sistemas de vigilancia institucionalmente concebidos, como es el previsto en el artículo 372 de la Carta, donde se dispone sobre la inspección y vigilancia que ejerce el Presidente de la República sobre el Banco emisor.

Por otra parte, añade, para una mejor comprensión del problema planteado, es necesario tener en cuenta que la prerrogativa de presenciar los actos de emisión, retiro de circulación e incineración de moneda que realiza el Banco de la República, le ha asistido legalmente durante los 70 años de existencia del órgano superior de fiscalización, desde la Ley 42 de 1923 hasta la Ley 42 de 1993, es decir, ha sido una constante histórica que el legislador le haya señalado al Contralor General dicha atribución, en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 60 de la anterior Carta, hoy artículo 268.

De acuerdo con su criterio, dicha función va correlativamente aparejada con la atribución constitucional de llevar un registro de la deuda pública del Estado.

Concluye, respecto del artículo 45 demandado, que no hay razón jurídicamente atendible que demuestre la razonabilidad del argumento esbozado por los actores, por cuanto el control fiscal que adelantan los órganos de control es autónomo e independiente y se ejerce sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, más aún si se tiene en cuenta que la Constitución establece que para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, los órganos pueden colaborar armónicamente en su realización.

En relación con el parágrafo del artículo 87 de la misma Ley, también acusado, dice que la exoneración que hace, a favor de las entidades públicas -al constituirse en parte civil- de solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no vulnera el derecho a la igualdad ni el debido proceso, así como tampoco deja sin garantía a los administrados. Por el contrario, opina, la norma es justa si se tienen en cuenta los artículos 1°, 90 y 95 de la Carta Fundamental.

El ciudadano MANUEL DUGLAS AVILA OLARTE, actuando como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en escrito presentado en tiempo a la Corte Constitucional, defiende la constitucionalidad de las disposiciones atacadas.

En primer término se refiere al artículo 45 acusado y señala que la autonomía del Banco de la República no es ilimitada, pues existe una interdependencia expresa de éste (artículo 371 C.P.), cuando se señala que todas las funciones que cumple se ejercerán en coordinación con la política económica general.

Afirma también que la colaboración armónica de los órganos del Estado no debe interpretarse como duplicidad de competencias sino como concurrencia de aquéllos en aras del cumplimiento de los fines del Estado.

De lo anterior concluye que la atribución constitucional del Banco de emitir la moneda legal no es usurpada por el Contralor General de la República o por su delegado, por el hecho de que éstos presencien los actos de emisión, retiro de circulación e incineración de la moneda que realice el Estado, o firmen las actas de destrucción de las planchas o moldes que se hubieren utilizado para la emisión.

A renglón seguido hace una diferenciación entre lo que es la facultad de emitir -que corresponde al Banco Emisor, según el artículo 371- y la emisión material que también realiza el Banco de la República en cumplimiento de la facultad y sobre el cual sí recae el control por parte de la Contraloría. El proceso consiste, dice, en que el Banco determina autónomamente la cantidad de moneda que emite, retira de la circulación o incinera, sin que en tal proceso intervenga la Contraloría, quien sí controla el proceso de ejecución posterior con el objeto de lograr que la definición del monto de la moneda que se emita, retire de circulación e incinere, tenga cabal aplicación por parte de los servidores públicos que intervienen materialmente en el proceso de emisión, retiro de circulación e incineración de la moneda.

Más adelante, al defender la constitucionalidad del parágrafo del artículo 87 demandado, afirma que éste no viola el principio de igualdad material, pues ella no es ajena al derecho procesal penal porque justamente se traduce en la existencia de instituciones que, como en el caso de la disposición demandada, pretenden proteger el interés colectivo, sin menoscabar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los particulares.

Cuando fundamenta la afirmación anterior, se refiere a la naturaleza distinta de las personas de derecho público y de las de derecho privado, lo que, en su criterio, constituye el criterio diferencial de razonabilidad, que tiene como una de sus expresiones el que se permita en materia procesal penal que las entidades públicas perjudicadas con un hecho punible contra la Administración Pública o la Contraloría, cuando se constituyan en parte civil dentro de los respectivos procesos, puedan solicitar medidas preventivas como el embargo, sin prestar la caución respectiva. Lo que justifica tal diferencia es, entonces, el interés colectivo que expresan las entidades públicas o la Contraloría, y no la ventaja procesal de las mismas sobre los particulares.

Finalmente anota que la posibilidad de la medida preventiva dentro del respectivo proceso penal es consecuencia de la medida de aseguramiento que exista contra el sindicado cuando respecto del mismo existan graves indicios que lo comprometan, sin perjuicio de que aquella medida sea levantada, y con ella los embargos decretados, atendiendo al material probatorio respectivo.

El Gerente General del Banco de la República y representante legal del mismo, Doctor MIGUEL URRUTIA MONTOYA, se dirigió a la Corte para solicitar la declaración de inexequibilidad del artículo 45 de la Ley 42 de 1993.

Citando las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, el ciudadano impugnante señala que el Banco Emisor no forma parte de ninguna de las ramas del Poder Público, sino que por el contrario se trata de un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propios, diferentes de los comunes aplicables a las demás entidades públicas o privadas.

De la misma manera, continúa, en los que se refiere a esas funciones especiales, se encargó al legislador para dictar las leyes a las cuales debería sujetarse el Banco, razón por la cual el Congreso de la República expidió la Ley 31 de 1992, "por medio de la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo...".

Anota que, respecto de la función de inspección y vigilancia sobre el Banco, la Constitución (Artículo 372) se la confirió al Presidente de la República, quien, por mandato del artículo 48 de la Ley 31 de 1992, podrá delegarla en la Superintendencia Bancaria, lo mismo que la de control, cuya delegación podrá recaer en la Auditoría, ejercida por un auditor nombrado por el Presidente, quien tendrá a su cargo la función de certificar los estados financieros del Banco, ejercer las atribuciones propias de un revisor fiscal y efectuar el control de gestión y resultados de la entidad.

Más adelante, invocando la Sentencia C-529 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, señala que del ejercicio ordinario de las funciones principales que la Constitución le atribuye al Banco de la República no se desprende, en principio, la realización permanente de gestión fiscal que pudiera llevarse a cabo por su conducto. "Solamente las operaciones que en nombre del Gobierno efectúa como agente fiscal, tienen conexidad con específicas tareas de gestión fiscal, aunque en este caso ellas corresponden al cumplimiento de contratos celebrados y no al desarrollo de competencias propias, lo que las hace eventuales y circunstanciales. Sobre estas actividades que la Corte Constitucional denominó "esporádicas", no existe duda sobre el control que ejerce la Contraloría General de la República, como ocurre con los casos de la administración de los Certificados de Reembolso Tributario CERT".

Específicamente sobre los actos de emisión, retiro de circulación e incineración de moneda realizados por el Banco y a los que alude el artículo 45 acusado, considera que ellos no son actos de gestión fiscal, pues ésta se ocupa del manejo de la Hacienda Pública, constituida por todos los bienes y rentas que pertenecen a la Nación como persona jurídica y a las entidades descentralizadas y que se manejan a través del sistema presupuestal. Sostiene que los actos de emisión e incineración de billetes constituyen tan sólo una gestión administrativa ordinaria del Banco como emisor, realizada sobre activos propios, ya que ellos no son recursos del presupuesto nacional.

Finalmente aclara que el Banco de la República no desconoce la existencia de controles constitucionales y legales sobre las funciones que desempeña, pero que ellos deben ejercerse dentro del marco previsto por la Carta, sin importar si la gestión fiscalizadora genera o no entrabamientos o coadministración.

V. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, se declaró impedido para emitir concepto en este caso, por cuanto participó, en calidad de congresista, en el proceso de aprobación de la Ley 42 de 1993.

Aceptado el impedimento por la Sala Plena de la Corte, el dictamen del Ministerio Público fue presentado por el Viceprocurador General, doctor Orlando Solano Bárcenas.

El representante del Ministerio Público, ante la solicitud de recusación, manifestada extemporáneamente por el actor desde el momento mismo en que presentó la demanda, manifiesta la carencia de impedimento para conceptuar en la presente acción "dado que las causales de impedimento y recusación previstas en los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991 y que buscan garantizar la probidad de quienes intervienen en los juicios y actuaciones ante la Corte Constitucional, están referidas a quienes siendo miembros de las cámaras legislativas, intervie-

nen en el proceso de formación de las leyes respectivas y no a quienes actuabamos como funcionarios y asesores del Congreso. A lo anterior se agrega que para la época de tramitación y expedición de la ley acusada, habían cesado mis funciones como asesor técnico del Congreso de la República".

Así, entrando al análisis de fondo de las disposiciones atacadas de la Ley 42 de 1993, solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del artículo 45 y la exequibilidad del parágrafo del artículo 87.

El Ministerio Público recuerda su argumentación en un proceso anterior, cuando sostuvo que la autonomía del Banco de la República debe entenderse en el sentido de que no hace parte de ninguna de la ramas del Poder Público y que, por razón de sus funciones, requiere de un ordenamiento y organización especiales, cuya independencia apunta al hecho de poder abstenerse de atender los requerimientos financieros de sectores específicos, particularmente del oficial y a la posibilidad de utilizar libremente los instrumentos que le correspondan sin necesidad de autorizaciones previas de otras instancias del Estado, no sin olvidar que éste ente no es *per se* una pieza de la Hacienda Pública.

Refiriéndose específicamente al artículo 45 demandado, distingue dos situaciones en el interior de la facultad de emisión: la emisión como política monetaria y la emisión como acto físico, haciendo un recuento detallado de los textos pertinentes, concretamente de la Constitución Nacional, artículo 371; de la Ley 31 de 1992, artículos 7 y 9; del Decreto 2520 de 1993 (estatutos del Banco), artículos 7 y 11, y de la Resolución interna número 14 de 1994 expedida por la Junta Directiva del Banco, con lo cual dice demostrar que tanto el ejercicio físico de emisión como el de retiro de circulación e incineración de moneda son actos propios, internos y administrativos del Banco, que recaen sobre activos propios y no afectos al presupuesto nacional, y que nada tienen que ver con el ejercicio de la gestión fiscal asignada al Contralor General.

Recuerda también la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que la finalidad del control fiscal apunta a la protección del patrimonio de la Nación y a ofrecer una garantía de la correcta y legal utilización que de los recursos públicos haga la administración. Señala cómo "tradicionalmente se ha entendido por gestión fiscal el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación y de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones. Las operaciones sujetas al control fiscal serán, pues, los actos y contratos por medio de los cuales se cumpla la antedicha gestión fiscal de la administración".

Igualmente desecha la constitucionalidad de la disposición en comento sobre la base del artículo 268 de la Carta, puesto que, en su opinión, el circulante que se emite no es parte de la deuda pública de la Nación, y mucho menos de las entidades territoriales, por lo que considera que el artículo 45 acusado consagró una función administrativa en cabeza del Contralor, pero ajena a las funciones que constitucionalmente se le asignaron en el artículo 267 de la Constitución.

En cuanto al parágrafo del artículo 87, acoge la argumentación presentada por el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para resolver en definitiva sobre la inconstitucionalidad planteada, según lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, ya que las normas acusadas hacen parte de una ley de la República.

Oportunidad de las recusaciones en el proceso constitucional.

En la demanda, uno de los actores principió recusando tanto al Procurador como al Viceprocurador General de la Nación para conceptuar.

Como se dijo en el auto admisorio -que la Corte respalda-, no era ese el momento procesal para intentar la separación del Ministerio Público de la función constitucional de conceptuar sobre la exequibilidad o inexequibilidad de las disposiciones acusadas, pues era ostensible la extemporaneidad de la solicitud en cuanto implicó anticipación del actor a los hechos procesales.

No habiéndose corrido todavía traslado de la demanda a la Procuraduría General de la Nación por cuanto el proceso apenas se encontraba en la etapa de admisión, los funcionarios recusados no habían tenido oportunidad alguna para expresar si se declaraban o no impedidos.

De los términos utilizados por el artículo 28 del Decreto 2067 de 1991 se deduce que la recusación procede cuando, existiendo un motivo de impedimento, no fuere manifestado por el funcionario respectivo, en este caso los señores Procurador y Viceprocurador General de la Nación.

Esto significa que, a la luz de las normas especiales que rigen los procesos de constitucionalidad, la recusación parte del supuesto de una ocasión procesal previa para declararse impedido y, por tanto, no puede ser planteada con antelación a la oportunidad dicha.

Pero, además, no puede recusarse a quien todavía no actúa ni ha sido llamado a actuar en el proceso. Tal era la situación del Viceprocurador General de la Nación, quien en el momento de la presentación de la demanda, no se sabía si podía llegar a actuar dentro del proceso o no, pues su eventual intervención dependía del también eventual impedimento del Procurador y de su no menos eventual aceptación.

Posteriormente, el señor Procurador General de la Nación se declaró impedido. La Corte aceptó el impedimento y corrió traslado al Viceprocurador, quien no manifestó impedimento alguno, mientras que el demandante no formuló nueva recusación.

Los actos materiales relativos a la emisión de moneda y la autonomía del Banco de la República

Argumento central de la demanda en cuanto al artículo 45 de la Ley 42 de 1993 es el de la autonomía del Banco de la República, consagrada en la Carta, que, según el actor, se ve lesionada por la obligada presencia del Contralor General o de su delegado en los actos de emisión, retiro de circulación e incineración de moneda.

Se trata, pues, de definir si se opone a la Constitución que el Contralor deba participar de manera directa o por interpuesta persona en los actos materiales por cuyo medio el Banco de la República pone en circulación, retira e incinera el circulante físico como desarrollo de las decisiones que al respecto adopta en su carácter de autoridad monetaria.

Para resolver es preciso, ante todo, determinar cuál es el ámbito dentro del cual es autónomo el Banco de la República, definir después si los actos previstos en la norma acusada encajan en esa órbita y verificar si la presencia de la Contraloría cuando ellos se realizan significa interferencia en las actividades independientes del Emisor.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en preservar la autonomía administrativa, patrimonial y técnica del Banco de la República, como puede verse, entre otras, en las sentencias C-529 del 11 de noviembre de 1993, C-046 del 10 de febrero de 1994 y C-489 del 3 de noviembre de 1994.

La Sentencia C-489, antes mencionada, advirtió que la preceptiva básica en materia de banca central sustrajo al Banco de la República, en cuanto a sus funciones constitucionales específicas, de las reglas aplicables a la generalidad de los órganos estatales, lo cual tiene origen y fundamento en la necesidad de ordenar, dentro de criterios de unidad, coherencia y estabilidad, elementos de gran trascendencia para el funcionamiento de la economía, tales como la moneda, los cambios internacionales y el crédito.

"La Constitución -expresó la Corte- concibe al Banco Central como el eje de todo un sistema primordialmente técnico cuya operatividad y eficiencia, en razón de las delicadas funciones que está llamado a cumplir, deben ser garantizadas por una organización propia e independiente".

Por su parte, la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993 (M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), mediante la cual fueron declarados parcialmente exequibles algunos artículos de la Ley 42 de 1993 -la misma que ahora ocupa la atención de la Corte-, dilucidó las inquietudes planteadas por la posible interferencia entre la aludida autonomía del Banco y la función general de la Contraloría respecto al control de la gestión fiscal de quienes manejen o inviertan fondos públicos.

Según el análisis efectuado entonces por la Corte, "el control fiscal que apunta a la vigencia de específicos principios que se proyectan en el ámbito de la obtención, utilización, conservación y manejo de los recursos fiscales, no puede ser polifuncional y también desplegar sus métodos y técnicas en un campo distinto como es el propio del Banco de la República, a su turno dominado por distintas exigencias y principios. Si en lo sustancial la decisión del Constituyente se orientó por la autonomía de las esferas de lo monetario y de lo fiscal, como se ha visto, y si ellas sirven finalidades distintas aunque complementarias y parten de presupuestos y exigencias diferentes, no parece plausible que bajo el aspecto fiscal se unifique su control".

Para la Corporación, en el campo monetario, el Banco de la República constituye un aparato puesto al servicio de un imperativo funcional que consiste en velar "por la moneda sana", lo que motiva que su función, eminentemente técnica, haya sido sustraída "de la influencia determinante de otros órganos, en especial de los de origen político".

El mismo fallo puso de presente que el sistema constitucional implantado a partir de 1991 plasmó el control unificado sobre el Banco Central, confiándolo al Presidente de la República en los términos que señale la ley, lo cual consulta mejor la índole técnica y especializada de las funciones atribuídas a dicho ente.

Desde luego, como en la actividad del Banco de la República, aparte de sus atribuciones primordiales -en las que es autónomo- puede darse la gestión fiscal, por ejemplo en materias relativas a la ejecución de su presupuesto, no puede prohijarse la tesis de que ella escape a todo control, ni sería admisible que el Presidente de la República asumiera al respecto funciones de control fiscal que la Carta Política no le otorga, motivos suficientes para considerar -como lo hizo la Corte- que, en la medida en que el Banco cumpla funciones de gestión fiscal, queda cobijado por las normas generales y está sujeto al control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República.

De allí que, en la Sentencia que se comenta, la Corte Constitucional, al declarar exequibles las partes demandadas del artículo 2° de la Ley 42 de 1993, haya advertido: "Respecto del Banco de la República y de las funciones que la Constitución Política le atribuye, el control fiscal predicable de esta entidad sólo estará circunscrito a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga".

El caso de la norma que ahora se examina escapa por igual a la ubicación de los actos en ella previstos en la categoría de la función propia de autoridad monetaria, atribuida de modo independiente al Banco de la República, como a la definición de los mismos bajo el concepto de la gestión fiscal.

Es decir, para la Corte dichos actos no implican el ejercicio de una potestad del Banco Central en la que la sola presencia de un órgano de control externo, como la Contraloría General de la República, pudiera entenderse como indebida intromisión en el campo constitucionalmente delimitado para la exclusiva actividad de la autoridad monetaria en los términos dichos.

Pero tampoco puede afirmarse que la posible comparecencia del titular de la Contraloría o de sus agentes a la consumación práctica, a título de testigo, de las operaciones físicas de emisión, retiro de circulación e incineración de la moneda, obedezca a la clasificación de éstas como integrantes de una supuesta gestión fiscal del Banco de la República o constituya control fiscal sobre las decisiones del Emisor, pues, dado su carácter puramente ejecutivo, no corresponden a la administración o manejo de bienes o fondos públicos en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, según los criterios que esta Corte ha prohijado al señalar el alcance de la gestión fiscal (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993).

Es evidente que tal calificación resultaría impropia, por cuanto los mencionados actos no encuadran dentro de la gestión fiscal que puede llevar a cabo el Banco, sino que concretan, en el campo material, lo ya decidido por éste en su condición de autoridad monetaria.

Ahora bien, ya establecido que los actos contemplados en la disposición demandada corresponden a operaciones materiales, de simple ejecución, ya que mediante ellos no se fijan pautas de carácter fiscal o financiero, ni se adoptan las decisiones de emitir moneda, debe resaltarse que

pueden tener incidencia económica, si se considera que la moneda impresa puesta en circulación de manera efectiva, aun si excede o es inferior a los montos fijados por la autoridad monetaria, o no corresponde a las modalidades por ella establecidas, de todas maneras surte efectos mensurables en las finanzas públicas. La emisión material, la salida del dinero a circulación y su incineración son situaciones que implican la manipulación física del circulante, actividad ésta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no puede estar exenta de los controles estatales pues las reservas no son de propiedad del Emisor, como lo expresa uno de los intervinientes, sino que pertenecen al Estado. Los actos físicos por los cuales se imprimen y ponen en circulación los elementos materiales representativos del dinero emitido por decisión de la autoridad monetaria, es decir, los billetes y monedas que habrá de utilizar el público en sus diarias transacciones, constituyen factor de innegable importancia desde el punto de vista de la efectividad del control estatal sobre el verdadero ajuste de la actividad administrativa del Banco a las normas vigentes en la materia y, en particular, a las decisiones que el mismo Banco adopta en su carácter de autoridad monetaria, en concordancia con las políticas económicas estatales.

Por ello, el mismo precepto legal dispone lo concerniente al "retiro de circulación" y a la "incineración" de moneda, a la vez que establece lo referente al levantamiento de actas sobre "destrucción de las planchas o moldes que se hubieren utilizado para el efecto". Con ello se busca asegurar que no permanezcan en circulación sino los signos monetarios que el Estado, en ejercicio de su soberanía monetaria, ha querido emitir, en las modalidades y en el momento en que ha dispuesto que se haga.

Así, pues, los actos en cuestión, si bien no se identifican con los propios de la atribución estatal de emitir la moneda, que en el sistema vigente se confía, como función básica, al Banco de la República y que debe cumplirse en coordinación con la política económica general, tal como lo preceptúa el artículo 371 de la Carta, no son indiferentes desde el punto de vista económico, pues constituyen canal indispensable para que se traduzcan en realidad las reglas vigentes y las decisiones estatales en cuanto al manejo de los instrumentos dotados de poder liberatorio.

Conclúyese, entonces, que, cuando se llevan a cabo las labores materiales de impresión o acuñación, retiro de circulación e incineración de moneda, pueden llegar a comprometerse en su expresión concreta la política económica y el manejo monetario -aunque una y otro no se trazan ni se definen por medio de tales actos, que son meramente ejecutivos-, razón que hace indispensable el establecimiento de controles adecuados y efectivos a cargo del organismo que, según la Constitución Política, debe cuidar los intereses financieros del Estado. La función de la Contraloría, por mandato del artículo 267 **Ibídem**, incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado, entre otros, en los valores de eficiencia y economía.

Ello no atenta contra la autonomía del Banco de la República, puesto que no implica intromisión de la Contraloría en las decisiones propias de la autoridad monetaria. El Contralor apenas sirve de testigo de operaciones posteriores a los actos relacionados con la emisión de moneda, en un campo del todo subordinado, que tiene carácter administrativo. Ese papel, que se orienta a preservar la transparencia y exactitud de las operaciones correspondientes, de tal modo que se confiera certeza a la comunidad en el sentido de que el dinero en circulación tiene apoyo en la celebración de actos de ejecución cuya pureza es garantizada por la presencia del ente encargado de verificar *a posteriori* el comportamiento de funcionarios y organismos cuando tiene repercusiones en las finanzas públicas, no excluye ni impide la vigilancia, inspección y

control encomendados al Presidente de la República por el artículo 372 de la Constitución Política. Ella tiene por objeto específico las actividades propias del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, en los términos en que lo disponga la ley.

Pero es claro que también la ley puede asignar funciones al Contralor General de la República, obviamente en aquellos asuntos que, como los aquí considerados, no están cobijados por la autonomía e independencia del Emisor (artículo 268, numeral 13, C.P.).

Ahora bien, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 11 de septiembre de 1979 (M.P.: Dr. Luis Sarmiento Buitrago), al resolver sobre la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 20 de 1975, igual en su contenido a la disposición ahora demandada, "la moneda es un instrumento de pago regulado íntegramente por el Estado, puesto que es fundamento del orden público económico".

Según el artículo 150, numeral 13, de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, por medio de leyes, "determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio".

Considera la Corte que, al cumplir con tal función, el legislador goza de atribuciones suficientes para disponer cuál es la moneda que circula en Colombia, la que tiene aceptación y poder de pago. Desde luego, también implica que pueda señalar los requisitos necesarios para que un determinado instrumento adquiera el carácter de dinero circulante y adoptar las necesarias seguridades para que los actos materiales correspondientes no desvirtúen el querer de la autoridad monetaria ni las políticas económicas generales, por lo cual no resulta extraño a la función legislativa sobre el particular que se disponga la presencia de quien fiscaliza la administración en el desarrollo práctico de dichos actos.

La norma enjuiciada será declarada exequible, por no ser contraria a la Constitución.

La defensa del patrimonio estatal, un interés común

También ha sido acusado el parágrafo del artículo 87 de la Ley 42 de 1993, por cuanto, en el sentir de uno de los demandantes, viola el principio de igualdad y desconoce las reglas del debido proceso.

La norma demandada se limita a consagrar que cuando los contralores -tanto el nacional como los seccionales- decidan constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos contra intereses patrimoniales del Estado y los que sean conexos con ellos, podrán solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, sin necesidad de prestar caución.

Exigir que quien solicita una medida preventiva, como el embargo o el secuestro de bienes, preste caución a satisfacción del juez con el objeto de asegurar el eventual resarcimiento de los perjuicios que se puedan causar al propietario si las razones de la demanda resultan infundadas o temerarias, corresponde a una previsión legal que busca impedir el abuso del derecho de quien se dice acreedor, preservar las prerrogativas procesales del demandado y garantizar que la administración de justicia no se verá entorpecida por acciones carentes de todo soporte.

Pero, desde luego, la caución, como las mismas medidas preventivas, es una figura de creación legal, cuya aplicabilidad, procedencia y características deben ser fijadas por el legislador, de acuerdo con los criterios que inspiran su actividad. Bien puede él considerar que cabe en ciertos casos y que no tiene lugar en otros, según la evaluación que haga de la incidencia que en cada tipo procesal tenga el aludido mandato. Igualmente podría, si lo juzga pertinente, suprimirlo o hacerlo exigible únicamente en situaciones excepcionales, sin que pueda alegarse que por optar una u otra de las enunciadas posibilidades viole la Constitución.

Es el legislador el llamado a evaluar cuándo debe exigirse por regla general que se preste caución y en cuáles oportunidades el trámite de las medidas cautelares puede llevarse a cabo sin ese requisito.

Claro está, la Corte Constitucional ha sostenido -y lo reitera- que la discrecionalidad legislativa no es absoluta y que, al consagrar las normas que regulan los procesos, el legislador debe partir de los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, y que no puede transgredir postulados constitucionales que configuran el límite de su actividad.

En ese sentido, el caso **sub-examine** no puede escapar a la verificación de constitucionalidad en lo que respecta a la observancia de esas reglas mínimas por parte del legislador.

Para resolver sobre el asunto planteado, en cuanto al artículo 13 de la Constitución, es suficiente reiterar que el principio de igualdad no resulta desconocido cuando se consagran disposiciones diferentes respecto de supuestos que guardan entre sí diferencias, lo cual significa que es permitido al legislador instaurar prescripciones diversas cuando median razones válidas para justificar el trato divergente a situaciones en apariencia iguales.

La norma enjuiciada introduce distinción a favor de los personeros del interés público -en este caso los contralores que se constituyen en parte civil dentro de procesos penales adelantados por delitos que han tenido como víctima pecuniaria al Estado- y ello, considera la Corte, no quebranta el principio de igualdad por cuanto no es lo mismo provocar un embargo en nombre de un acreedor particular que hacerlo en defensa del bien colectivo, de todas maneras afectado cuando la acción de la delincuencia implica daño económico a los bienes estatales.

Pero, además, cuando los titulares de los organismos de control se hacen parte en esa clase de procesos, obran -a diferencia del particular- no con el objeto de cuidar algo que les es propio, en su condición de individuos, y, en consecuencia, por su sola y espontánea voluntad, sino que actúan en cumplimiento del deber que les impone el ordenamiento jurídico. Recuérdese que, según el artículo 6° de la Constitución, los servidores públicos son responsables no solamente por infringir la Carta Política y las leyes sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 268, numeral 8°, de la Constitución obliga al Contralor General de la República a "promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado".

El artículo 272 **Ibídem** dispone que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuídas al Contralor General de la República en el artículo 268.

El artículo 271 de la Constitución señala con claridad que los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente.

Es evidente, entonces, que si la función de Contralor impone asumir en procesos penales la vocería y representación de los intereses económicos del Estado, bien que se trate de la Nación, ya de las entidades territoriales, mal puede sostenerse que la ley esté obligada a exigir que tal ejercicio de atribuciones se condicione a la presentación de una caución.

La norma legal demandada no viola, por tanto, el principio de igualdad, ni resulta opuesta a la razón ni a las debidas proporciones aplicables a la actividad procesal.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que el parágrafo acusado represente transgresión a las garantías procesales del sindicado contra quien se pide decretar, en el proceso penal, el embargo y el secuestro de bienes, ya que la ausencia de caución no impide su defensa ni obstaculiza el ejercicio de ninguno de los derechos consagrados en el artículo 29 de la Carta.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declárase EXEQUIBLE el artículo 45 de la Ley 42 de 1993.

Segundo.- Declárase EXEQUIBLE el parágrafo del artículo 87 de la Ley 42 de 1993, que dice: "La parte civil, al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no deberá presentar caución".

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-470
octubre 19 de 1995

SOBRERREMUNERACION-No es factor salarial/**TELECOM**

La sobrerremuneración que se paga a los trabajadores de TELECOM en el mes de diciembre, se originó, como se advirtió antes, con la expedición del Decreto Ley 325 de 1981. La norma acusada, vino simplemente a reiterar el carácter no salarial de la sobrerremuneración y, además, "a aumentarla en diez y siete días de sueldo", encuentra la Corte que las facultades fueron utilizadas, siguiendo el tenor literal de la norma habilitadora de la competencia, pues indudablemente las atribuciones para fijar las escalas de remuneración de los empleos públicos de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, facultaban al Gobierno para aumentar la sobrerremuneración, reafirmando que no tenía el carácter de factor salarial, siguiendo la tradición observada por el legislador extraordinario. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma el demandante, que la norma acusada le hubiera "extinguido" el carácter de factor salarial a la sobrerremuneración, que con certeza nunca lo tuvo.

DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia

Los derechos adquiridos, en el presente caso, sólo se predican en relación con las situaciones jurídicas individuales que hubieren quedado consolidadas, mientras estuvo vigente el artículo 4o. del Decreto Ley 325 de 1981, creador de la sobrerremuneración, porque con posterioridad las sucesivas disposiciones que regularon la sobrerremuneración le negaron el carácter del factor del salario. En consecuencia, no puede admitirse que la norma acusada viole derechos adquiridos, cuando de una parte ha reiterado, con fundamento constitucional, una situación que data desde el año de 1983 y, de otra, no ha afectado las situaciones jurídicas individuales antes mencionadas.

PRESTACIONES SOCIALES-Determinación legal de factores salariales

La Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores, lo cual hizo en el presente caso.

Referencia: Expediente No. D-825

C-470/95

Norma Demandada: Decreto 53 de 1989, art. 5o.

Demandante: Oriol Martínez Toledo.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los diez y nueve (19) días del mes de Octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Oriol Martínez Toledo, demanda la declaración de inexequibilidad del aparte final del artículo 5o. del Decreto 053 del 3 de enero de 1989, dictado en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas al Gobierno por la ley 77 de 1988.

Surtidos los trámites de rigor y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte procede a resolver de fondo la pretensión de inconstitucionalidad del actor.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcribe el artículo 5o. del Decreto 53 de 1989, resaltando en negrilla el aparte de la norma que se acusa.

DECRETO 53 DE 1989

Por el cual se dictan normas en materia salarial para la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 77 de 1988,

DECRETA:

ARTICULO 5o. La Empresa aumentará en 1989 en diez y siete días de sueldo la sobrerremuneración que por recargo de trabajo paga a sus empleados en el mes de diciembre, y en nueve días más para 1990. ***Esta sobrerremuneración no es factor salarial para la liquidación de prestaciones.***

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran vulneradas.

A juicio del actor, la norma acusada viola los artículos 53 y 150 numeral 10 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda.

Dice el actor que mediante el artículo 4o. del Decreto Ley 325 de 1981, dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 42 de 1980, el Gobierno Nacional creó en favor de los empleados de TELECOM una sobrerremuneración por recargo de trabajo en el mes de diciembre, con la calidad de factor salarial y los consiguientes efectos que se derivan para el cálculo y liquidación de las prestaciones sociales.

En los términos del artículo 30 de la Constitución de 1886, vigente al momento de su creación, la sobrerremuneración mencionada, con el carácter ya indicado, configuró un derecho adquirido, no obstante, que sucesivas disposiciones posteriores expresamente le negaron el carácter de factor del salario, entre ellas, el Decreto 53 de 1989. Por lo tanto, las referidas disposiciones no sólo violaron la norma primeramente citada, sino del aparte final del artículo 53 de la Constitución de 1991 que prohíbe la extinción de los derechos adquiridos por leyes posteriores.

Igualmente el demandante señala como violado el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, porque la norma acusada desconoció el límite señalado por la ley de facultades extraordinarias (L. 77/88). En efecto, las facultades le fueron otorgadas al Gobierno para señalar la remuneración de los servidores de TELECOM, más no para "extinguirle" a la sobrerremuneración la calidad de factor salarial.

IV. INTERVENCION DE LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

La ciudadana Martha Amelia González Pérez, quien interviene en favor de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- reclamó la declaración de exequibilidad de la norma acusada al considerar que ella no infringe ninguna disposición constitucional, según lo señala con apoyo en los siguientes argumentos:

- Advierte la interviniente que a la ley le corresponde fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, "salvo que se confieran facultades extraordinarias otorgadas al señor Presidente de la República, tal como ocurrió en el caso que nos ocupa", en vigencia de la Constitución de 1886.

- "No puede otorgarse la calidad de derecho adquirido, a la sobrerremuneración que en diciembre se ha venido cancelando a los funcionarios de TELECOM "vinculados con anterioridad a la fecha de transformación de la entidad en Empresa Industrial y Comercial del Estado. Ya que por ser una prestación extralegal, en cualquier momento por norma posterior de la misma categoría podía ser modificada o derogada".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En oportunidad el señor Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor y solicitó a la Corte declarar exequible la norma acusada, con fundamento en los siguientes argumentos que se resumen así:

- El Gobierno no extralimitó las atribuciones que le asignó el legislador, porque el Decreto 53 de 1989 se expidió dentro del término señalado por la ley y cumplió con los ordenamientos de la

ley 77 de 1988 que lo habilitó para expedir normas en materia salarial y prestacional de los empleados públicos, del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

El Procurador manifiesta en torno a la cuestión en análisis que "en vigencia de la Carta de 1886, lo atinente al régimen prestacional y salarial de los empleados públicos era en principio un asunto del resorte del legislador ordinario... Sinembargo, y como no existía impedimento alguno al respecto, fue muy frecuente el otorgamiento de facultades extraordinarias al gobierno para que legislara en ese campo, lo cual es ejemplo el Decreto al cual pertenece la norma acusada".

Luego de la aclaración anterior, el Procurador advierte:

"En cambio, el Constituyente de 1991 obró en estos mismos asuntos con un propósito racionalizador al establecer una competencia dual entre el Congreso y el Gobierno. En efecto, hoy por hoy lo concerniente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública, así como lo relacionado con las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales se encuentra sometido, entre otros, a la regulación por vía de leyes cuadro o marco (art. 150-19 e y f de la C.P.)".

- En cuanto a la violación del último aparte del artículo 53 de la Carta en la medida en que la norma acusada le quitó a la sobrerremuneración por recargo de trabajo de los empleados de TELECOM la condición de factor de salario para la liquidación de sus prestaciones sociales, señala el concepto, que ante todo, es necesario considerar la naturaleza jurídica de la mentada sobrerremuneración.

A juicio del Procurador, la sobrerremuneración "ostenta una naturaleza salarial porque este beneficio lo recibe el trabajador habitualmente como contraprestación por la actividad desplegada en determinada época del año. No se trata de una prestación social porque, como lo ha dejado establecido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia, con ella se cubren los riesgos inherentes al trabajo y lo que persigue el legislador con la sobrerremuneración por recargo de trabajo es reconocerle monetariamente a los trabajadores de TELECOM su esfuerzo laboral".

En estas condiciones, el artículo 5o. del Decreto 53 no está desconociendo el carácter salarial de la sobrerremuneración y, por lo demás, "el legislador se encuentra facultado para disponer que las prestaciones sociales de los trabajadores se liquiden sin tener en cuenta factores constitutivos de salarios".

Aduce el Procurador, en apoyo de esta última afirmación, el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a propósito del artículo 15 de la ley 50 de 1990, según el cual "pagos que son salarios pueden, no obstante, excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc)".

Agrega finalmente el concepto fiscal que de aceptarse en gracia de discusión que la sobrerremuneración constituye factor de salario para liquidar las prestaciones sociales, "se tiene que de acuerdo con los antecedentes que obran en este expediente, por convención los trabajadores acordaron con las directivas de TELECOM para los años de 1989 y 1990... que dicho beneficio

no representa factor salarial para liquidar prestaciones sociales, lo cual permite deducir que seguramente dicha sobrerremuneración nunca tuvo el carácter salarial que le atribuye el actor".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Corte es competente para decidir en relación con la demanda de inconstitucionalidad en referencia, de conformidad con el art. 241-5 de la Constitución.

2. La normatividad atinente a la sobrerremuneración que se paga a los trabajadores de TELECOM en el mes de diciembre.

Con el fin de precisar los orígenes y la naturaleza jurídica de la remuneración que se paga a los trabajadores de TELECOM en el mes de diciembre de cada año, la Corte hace la reseña de la correspondiente normatividad, así:

Mediante el art. 4o. del Decreto Ley 325 de 1981, dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 42 de 1980 se creó la mencionada remuneración. En efecto, dispuso esta norma:

"La Empresa Nacional de Telecomunicaciones pagará a sus empleados una sobrerremuneración de recargo de trabajo en el mes de diciembre, equivalente a diez (10) días de la asignación básica mensual".

Posteriormente el artículo 4o. del Decreto Ley 307 de 1983, expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 57 de 1982 estableció:

"La Empresa aumentará a veinte (20) días de la respectiva asignación mensual, la sobrerremuneración que actualmente viene reconociendo a sus empleados, por recargo de trabajo en el mes de diciembre. ***Esta sobrerremuneración no es factor salarial para la liquidación de otras prestaciones".***

Como puede observarse, esta norma expresamente descartó esta sobrerremuneración como factor salarial para la liquidación de "otras prestaciones".

Luego, fueron dictados por el Gobierno Nacional sucesivos Decretos Leyes (157 de 1985, art. 6o. ,107 de 1986, art. 6o., 192 de 1987, art. 7o. y 053 de 1989, art. 5o.) que aumentaron el valor de la sobrerremuneración, hasta llegar al equivalente a 63 días de salario. Pero es necesario aclarar, que en cada una de las normas de los aludidos Decretos que regularon la sobrerremuneración, se empleó invariablemente una redacción que, en esencia, es igual a la que contenía el art. 4o. del Decreto Ley 307 de 1983 que, como se dijo antes, creó dicha figura. En efecto, dichas normas emplearon la siguiente expresión:

"Esta sobrerremuneración no es factor salarial para la liquidación de prestaciones".

3. Delimitación del problema planteado en la demanda.

Según los planteamientos de la demanda, le corresponde a la Corte definir, en primer término, si el Gobierno Nacional al expedir la norma acusada -aparte final del art. 5o. del Decreto Ley 053 de 1989 -se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por la ley 77 de 1988, al quitar, según lo afirma el demandante, el carácter de factor salarial a la sobrerremuneración, y en segundo lugar, si al expedirse dicha norma se afectan los derechos adquiridos de los trabajadores de TELECOM.

4. La jurisprudencia de la Corte sobre el desbordamiento de la competencia en el ejercicio de facultades extraordinarias por el Presidente.

La Corte, en la sentencia C-546 de 1993[1] sostuvo, rectificando la jurisprudencia anterior, que el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias por el Presidente no constituye un vicio de forma, que sólo permite el ejercicio de la correspondiente acción de inconstitucionalidad dentro del término de caducidad previsto en el art. 242-3 de la Constitución.

El ejercicio irregular de las referidas facultades, dijo la Corte, comporta la actuación del órgano por fuera del ámbito de su competencia y genera "un vicio que hace anulable el acto de derecho público indebidamente producido, así como la incapacidad, en el derecho privado, genera una nulidad que nada tiene que ver con la inadecuada elección de la forma que ha de corresponder al acto, conforme a su naturaleza jurídica"; por lo tanto, dicho ejercicio, no puede asimilarse a un vicio de forma sino de fondo, que puede ser analizado por aquélla, en cualquier tiempo, en virtud de una demanda de inconstitucionalidad.

5. Las facultades extraordinarias.

En razón de que el demandante alega que el Gobierno se excedió en el uso de las facultades extraordinarias, se procederá, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, a analizar el cargo con fundamento en las normas de la Constitución de 1886, que eran las que estaban vigentes en el momento en que se otorgaron y utilizaron dichas facultades.

- Límite temporal.

El Decreto 053 del 3 de enero de 1989 fue expedido por el Presidente de la República en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1o. de la ley 77 del 21 de diciembre de 1988 y dentro del término allí previsto, esto es 15 días, calendario, contados a partir de su publicación, lo cual se hizo en el Diario Oficial número 38622 del 21 de diciembre de 1988. Por lo tanto, no encuentra la Corte que por este aspecto exista vicio que afecte la constitucionalidad de la norma.

---

[1] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Aspecto material.

Con el fin de determinar si el Presidente utilizó adecuadamente las atribuciones legislativas de que fue investido por el Congreso, se considera necesario transcribir, en lo pertinente, la norma del artículo 1o. de la ley 77 de 1988, que concedió dichas facultades, así:

"De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de quince (15) días calendario, contados a partir de la vigencia de esta Ley, para los siguientes efectos:

1. Fijar la nomenclatura de los empleos públicos, sus escalas de remuneración y el régimen correspondiente de comisiones, viáticos y gastos de representación de las distintas ramas y organismos del Poder Público, así:

a) La Rama Ejecutiva en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales;
b) Los empleados del Congreso Nacional;
c) La Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, incluidas las Direcciones de Instrucción Criminal;
d) El Tribunal Superior Disciplinario;
e) La Registraduría Nacional del Estado Civil y
f) La Contraloría General de la República".

(...)

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, para la época en que se otorgaron y ejercieron las mencionadas facultades, era un establecimiento público descentralizado del orden nacional y, por tanto, integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En tal virtud, las facultades podían ser utilizadas para los efectos indicados, con respecto a los empleos públicos de dicho organismo.

Estima la Corte que carece de fundamento el cargo formulado por el demandante, en lo relativo al desbordamiento de las facultades conferidas, por las siguientes razones:

La sobrerremuneración que se paga a los trabajadores de TELECOM en el mes de diciembre, se originó, como se advirtió antes, con la expedición del Decreto Ley 325 de 1981 (art. 4o.). Fue el artículo 4o. del Decreto Ley 307 de 1983 el que expresamente dispuso que "dicha remuneración no es factor salarial para la liquidación de otras prestaciones"; pero además, las normas posteriores que antes se reseñaron, en la cuales se incluye la acusada, no hicieron otra cosa que reafirmar el carácter no salarial de la referida sobrerremuneración para efectos prestacionales.

Como la norma acusada, vino simplemente a reiterar el carácter no salarial de la sobrerremuneración y, además, "a aumentarla en diez y siete días de sueldo", encuentra la Corte que las facultades fueron utilizadas, siguiendo el tenor literal de la norma habilitadora de la competencia, pues indudablemente las atribuciones para fijar las escalas de remuneración de los empleos públicos de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, facultaban al Gobierno para aumentar la

sobrerremuneración, reafirmando que no tenía el carácter de factor salarial, siguiendo la tradición observada por el legislador extraordinario. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma el demandante, que la norma acusada le hubiera "extinguido" el carácter de factor salarial a la sobrerremuneración, que con certeza nunca lo tuvo, a partir de la expedición del Decreto 307 de 1983.

6. El Cargo relativo a la presunta afectación de los derechos adquiridos.

Sobre el tema de los derechos adquiridos, en materia laboral, la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades, entre otras en las sentencias números C-013/93[2], C-09/94[3], C-529/94[4], C-126/95[5] y C-168/95[6] en el sentido de que aquéllos están constituidos por las situaciones individuales y subjetivas, es decir, particulares y concretas que se han creado, definido y consolidado bajo el imperio de una ley, y que deben ser respetadas en aras de la seguridad jurídica, lo cual implica la garantía de su no afectación o desconocimiento por leyes posteriores.

Dijo la Corte en la sentencia C-168 de 1995:

"Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuída en el artículo 29, así: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

(...)

"Como se puede apreciar, 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 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 apenas 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".
(....)

---

2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

4 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 M.P. Hernando Herrera Vergara.

6 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

"En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.".

Considera la Corte que la norma acusada tampoco afecta los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas individuales consolidadas con anterioridad a su vigencia. En efecto:

La norma del Decreto 325 de 1981, que creó dicha sobrerremuneración como recargo de trabajo del mes de diciembre, guardó silencio con respecto a su naturaleza jurídica. En efecto, no concretó si tenía el carácter de salario y si, por lo tanto, se la podía considerar como un factor para la liquidación de prestaciones sociales. Sin embargo, esta circunstancia en modo alguno excluía la posibilidad de calificarla como salario, con incidencia en la valoración de dichas prestaciones, dado su carácter retributivo del servicio prestado, en forma permanente y habitual. Estas dos últimas características de una remuneración, según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia no se pierden por la circunstancia de que regularmente se entregue en una misma oportunidad, año por año, porque la permanencia y la habitualidad no se condiciona al hecho de que la prestación sea seguida o continua, sino a la circunstancia de que sea reconocida con cierta periodicidad o regularidad.

Como se vio antes, el artículo 4o. del Decreto Ley 307 de 1983 expresamente dispuso que dicha sobrerremuneración "no es factor salarial para la liquidación de otras prestaciones". Es decir, que aun admitiendo de que con anterioridad la sobrerremuneración hubiera tenido el indicado carácter de factor del salario, bien podía el legislador dentro de la competencia que se le ha asignado para expedir la ley, interpretarla, reformarla y derogarla, quitarle esta propiedad. Ello es así, porque el legislador goza de plena libertad no sólo para crear la situación jurídica general, objetiva y abstracta que comprende los diferentes aspectos o materias atinentes a la función pública, sino para modificarla o derogarla, total o parcialmente, en cualquier tiempo, aunque guardando respeto por las situaciones jurídicas subjetivas o particulares y concretas que hubieran quedado consolidadas al amparo de una ley anterior.

Los derechos adquiridos, en el presente caso, sólo se predican en relación con las situaciones jurídicas individuales que hubieren quedado consolidadas, mientras estuvo vigente el artículo 4o. del Decreto Ley 325 de 1981, creador de la sobrerremuneración, porque con posterioridad las sucesivas disposiciones que regularon la sobrerremuneración le negaron el carácter del factor del salario.

En consecuencia, no puede admitirse que la norma acusada viole derechos adquiridos, cuando de una parte ha reiterado, con fundamento constitucional, una situación que data desde el año de 1983 (Decreto 307) y, de otra, no ha afectado las situaciones jurídicas individuales antes mencionadas.

Finalmente, observa la Sala que la Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones

sociales. Por consiguiente, corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores, lo cual hizo en el presente caso.

No se han transgredido, en consecuencia, con la norma acusada, los artículos 53, inciso final, y 58, ni ninguna otra disposición de la Constitución.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Declarar exequible el aparte acusado del artículo 5o. del Decreto Ley 053 de 1989.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-471
octubre 19 de 1995

DESCENTRALIZACION TERRITORIAL-Limitaciones

Las limitaciones que comporta la descentralización territorial en el marco del Estado unitario, en el cual existe unidad legislativa, es decir, que el Congreso expide las leyes que tiene aplicación en todo el territorio nacional, y no pueden ser modificadas por las autoridades locales, al contrario de lo que ocurre en el Estado Federal; además destacó la Corporación que en el primero, el manejo del Estado es unificado bajo la filosofía del llamado control de tutela, y las células territoriales no están sometidas al control jerárquico propio del Estado centralizado.

DESCENTRALIZACION DEL SISTEMA CARCELARIO/INPEC

Dentro del criterio de descentralización de que se habla, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no encuentra esta Corporación incompatibilidad alguna entre la Carta Política y el artículo 17 demandado, ya que la creación, fusión, supresión en materia carcelaria, de competencia de los departamentos y municipios, no quebranta el concepto del Estado unitario en cuanto la ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones "por orden de autoridad policiva", y es bien sabido que tanto para el régimen departamental como en el municipal, estos entes pueden prestar aquellos servicios públicos "que determinen la Constitución y las leyes".

DESCENTRALIZACION DEL SISTEMA CARCELARIO-Recursos

Previamente a la creación o fusión de cárceles, para los fines indicados, deben hacerse las previsiones presupuestales para que los respectivos recursos fiscales estén asignados en debida forma, o de lo contrario, los gobernadores y alcaldes no podrán ejercer la facultad referida.

C-471/95

CARCELES-Creación

Para la creación de cárceles, los gobiernos departamentales, municipales y distritales están sujetos a la observancia de lo ordenado por la Constitución, y a la ley; igual ocurre en el caso de las áreas metropolitanas, que se desarrollen con sujeción a la ley de ordenamiento territorial.

Referencia: Expediente No. D- 814

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1o. del artículo 17 (parcial) de la Ley 65 de 1993 *"Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario"*.

Materia: Creación, fusión, supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de cárceles por los departamentos.

Actor: Hugo Salazar Peláez.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Aprobada por Acta No. 50.

I. ANTECEDENTES.

Procede la Corte Constitucional a resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano HUGO SALAZAR PELAEZ contra el artículo 17 (parcial) de la ley 65 de 1993 "*Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*".

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Ponente dispuso que se fijara en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte Constitucional por el término de diez (10) días para asegurar la intervención ciudadana y además ordenó enviar copia de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y comunicar la iniciación del proceso al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- a fin de que conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, en caso de estimarlo oportuno.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

Se transcribe a continuación el texto de la norma, destacando el aparte acusado:

"LEY 65 DE 1993
(agosto 19)

"Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario"

El Congreso de Colombia",

DECRETA:

*ARTICULO 17. CARCELES **DEPARTAMENTALES** Y MUNICIPALES. Corresponde **a los departamentos**, municipios, áreas metropolitanas, y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.*

Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos.

Los castigados por contravenciones serán alojados en pabellones especiales.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ejercerá la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales.

En los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario."

III. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADAS

A juicio del actor la disposición demandada vulnera el artículo 356 de la Constitución Política.

IV. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

En lo que constituye un solo cargo contra la constitucionalidad de la disposición acusada, expresa el demandante que el artículo 356 de la Constitución Política dispone "*que mediante ley se asignarán los servicios a cargo de las entidades territoriales*", y que dicho precepto "*igualmente establece que no se podrán descentralizar responsabilidades si previamente no se asignan los recursos fiscales pertinentes.*" Manifiesta que "*Esta regulación implica necesariamente que la responsabilidad de la prestación del servicio en cuestión sea del resorte central, esto es, que su satisfacción y cumplimiento sea de la Nación, puesto que solamente la presencia de tal circunstancia podría permitir que mediante ley esa responsabilidad se transfiriera a las entidades territoriales, es decir, se descentralizara.*"

Recuerda el actor que previamente a la expedición de la Ley 65 de 1993 regulaba el régimen carcelario el Decreto 1817 de 1964, que en su artículo 1o. establecía que al Gobierno Nacional le correspondía "*la creación, organización, dirección, administración, sostenimiento y vigilancia de las penitenciarías, colonias agrícolas nacionales, cárceles de las cabeceras de distrito judicial y cárceles de las ciudades donde funcione juzgado superior.*"

Continúa diciendo que "*En el art. 356 de la Constitución Política de Colombia que actualmente nos rige, el constituyente decidió hacer lo que en título (sic) sobre organización territorial se defiere a la ley: asignar algunas competencias específicas a las entidades allí previstas.*" Agrega que "*La expedición y entrada en vigencia de un nuevo ordenamiento constitucional no puede entenderse como un salto irreversible de un ordenamiento jurídico a otro, con total olvido de las disposiciones expedidas bajo la vigencia del orden anterior (...) ni puede ignorarse (sic) las posibilidades de análisis y aplicación de la legislación producida bajo el imperio de la Carta anterior.*" Y concluye su afirmación diciendo que "*Aceptar lo contrario sería crear un vacío jurídico que deja sin piso normas de toda clase y lo más grave, dejaría sin fundamento normativo y sin protección alguna, los derechos adquiridos conforme a las disposiciones entonces vigentes y que podrían resultar grave e injustamente vulnerados o desconocidos.*"

Finalmente, el actor manifiesta que "*Con la ley que se ataca se transfiere a los departamentos una obligación que antaño era del resorte exclusivo del Gobierno Central. En consecuencia, al irrespetar el mandamiento constitucional de no asignarle los recursos fiscales para su atención, la norma en cuestión VIOLA FLAGRANTEMENTE LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL MENCIONADO ARTICULO 356 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.*"

V. INTERVENCION DE AUTORIDADES

1. Intervención del apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho solicita que se declare ajustado a la Constitución el precepto demandado.

El interviniente hace alusión a dos aspectos básicos: a la descentralización y al tránsito de legalización y el eventual vacío normativo al que se refirió el actor. Respecto del primer punto, manifiesta que el artículo 356 "*asigna algunas competencias específicas a las entidades territoriales allí previstas en materia de educación y salud básicamente*" pero que sobre el tema de la descentralización la Constitución consagra una normatividad más amplia "*no siendo posible por tanto analizar el tema de forma aislada con base en un solo artículo.*" Expresa que el artículo 288 de la Carta Política "*señala como función de la ley orgánica del ordenamiento territorial, el de (sic) establecer 'la distribución de las competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales*"; que según el artículo 298 corresponde a los departamentos "*el ejercicio de una serie de funciones asignadas bien por la Constitución o posteriormente por la ley*"; que el artículo 331 "*impone a los municipios la prestación de los servicios públicos que determine la ley*"; y el artículo 302 establece que la ley puede delegar, a uno o varios departamentos, atribuciones propias de los organismos o entidades públicas nacionales. Afirma además que "*la asignación de funciones a las diferentes entidades territoriales debe hacerse mediante ley, a falta de previsión constitucional al respecto.*"

Argumenta que la disposición acusada "*desarrolla lo preceptuado por la Carta en materia de descentralización dentro de los límites establecidos*" razón por la cual "*la norma subjudice es una aplicación completa de los diversos mandatos constitucionales en materia de distribución de competencias, la que se produce de manera sistemática y no aislada como pretende en su interpretación el petente.*" Agrega que desde el punto de vista presupuestal el artículo acusado prevé que "*en los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles*" y también que "*Gobernadores y Alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales*" en el evento de que no se ajusten a lo dispuesto por la norma. Aduce que el manejo y recuperación del sistema penitenciario del país es un propósito nacional, con lo que, de acuerdo con la descentralización prevista en la Carta Política "*los diferentes niveles de gobierno deben jugar un papel fundamental en su desarrollo en la medida en que la ley se los ordene*". Y concluye manifestando que la transferencia de funciones tiene lugar respecto de cárceles "*para personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad por orden de autoridad policiva*", lo cual encuentra plena justificación dentro del nuevo esquema del sistema carcelario que "*busca evitar que se le dé el mismo tratamiento penitenciario a los sindicados o condenados en procesos contravencionales y a los procesados y condenados por delitos.*"

Respecto al tránsito de legislación y el vacío normativo expresado por el actor, señala el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho que el Decreto 1817 de 1964, estatuto preexistente a la nueva Constitución, "*no fue dec larado contrario a la misma. No obstante lo anterior, es absolutamente posible la derogatoria de normas con fuerza material de ley, siendo este el caso de la ley 65 de 1993*". Además afirma que dicho decreto continuó vigente a la luz de la nueva Carta, sin que se produjera vacío normativo alguno, y para sustentar su apreciación alude a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia del 18 de julio de 1991, y de la Corte Constitucional plasmada en providencia de mayo 29 de 1992.

2. Intervención del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Obra en el expediente el poder otorgado por la Jefe de la Oficina Jurídica del INPEC a la abogada MARIA AURORA PESCADOR DE PEDRAZA, a fin de que presente "*las razones que justifique (sic) la constitucionalidad de la norma causada (sic)*" sin que se hubiese presentado intervención por parte de la misma.

VI. CONCEPTO DEL SEÑOR VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Aceptado el impedimento que en su oportunidad manifestó el señor Procurador General de la Nación, el señor Viceprocurador General rindió en término el concepto de rigor, solicitando a la Corporación declarar exequible la disposición acusada. Los argumentos que sirven de sustento a su solicitud, se resumen a continuación.

En primer término, el representante del Ministerio Público se refiere a la descentralización en la cual está inmersa la norma acusada, y afirma que su "*referente normativo no está constituído únicamente por los mandatos del artículo 356 superior.*" Expresa que el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 "*nos enseña el escenario de la descentralización propuesta por la Constitución y la efectivización de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que la*

gobiernan en la concepción del sistema carcelario, cuando prevé la atribución de inspección y vigilancia de las cárceles a entidades territoriales en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario, así como también cuando hace referencia a la cooperación interinstitucional entre la Nación y las entidades territoriales". A juicio del señor Viceprocurador la disposición demandada, al ser concordada con los demás preceptos de la Ley 65 de 1993, *"busca cerrar la brecha entre la realidad penitenciaria y el derecho que la sustenta, (hacinamientos. reclusión indiscriminada de las personas sin atender su condición de condenados, sindicados, etc.)"*, pues el régimen penitenciario previo a la referida ley *"se encontraba estático normativamente hablando, desde la expedición del Decreto 1817 de 1964, toda vez que con la incorporación a través de la asignación de unas competencias a nivel territorial para la creación y mantenimiento de cárceles en los supuestos allí descritos, racionaliza el sistema que se encontraba excesivamente centralizado".*

Finalmente el señor Viceprocurador afirma que *"ha de considerarse que el tránsito legislativo verificado en la materia carcelaria en ningún momento, como lo afirma el actor, generó un vacío jurídico, toda vez que mediante la expedición de una ley puede modificarse o derogarse la preexistente, sin que ello origine quebranto constitucional alguno."*

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o de la Carta, la Corte Constitucional es competente para decidir de manera definitiva sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio lugar al presente proceso.

Segunda. La materia.

El actor en su demanda formula un solo cargo contra el inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 65 de 1993 solicitando la inexequibilidad de la expresión *"departamentales"* ubicada en el encabezamiento de la disposición, y la expresión *"a los departamentos"*, afirmando que vulnera el artículo 356 de la Carta Política ya que en virtud de esta norma no se pueden descentralizar responsabilidades si no se asignan los recursos fiscales correspondientes. Además expresa que la entrada en vigor de la referida ley olvidó disposiciones expedidas bajo la vigencia del Decreto 1817 de 1964, con lo cual se creó un *"vacío jurídico"* que deja sin piso normas de toda clase.

Para efectos de dilucidar el cargo formulado por el demandante, resulta indispensable hacer algunas consideraciones acerca de la descentralización administrativa bajo el amparo de la Carta Política de 1991, y particularmente en relación con la descentralización del sistema carcelario, a fin de verificar si ésta se encuentra ajustada o no a las normas constitucionales; además se analizará el tránsito legislativo ocurrido con motivo de la expedición de la Ley 65 de 1993, a fin de establecer o no la ocurrencia de un eventual *"vacío jurídico"* a que hace referencia el actor, a la luz del ordenamiento jurídico Superior.

En relación con la descentralización administrativa, la Corporación ha tenido oportunidad de analizar en repetidas ocasiones las normas constitucionales que la consagran, partiendo de la organización del Estado colombiano en forma de República unitaria y descentralizada, con

autonomía de sus entidades territoriales, consagrada en la Constitución Política de 1991. Dijo al respecto la Corte en sentencia No. C-216 de 1994, lo siguiente:

"Es cierto que la forma de Estado unitaria se encuentra atemperada en la Constitución de 1991. con los principios de descentralización y de autonomía de las entidades territoriales que igualmente consagra el artículo 1o,. Pero debe recalcarse que dichas descentralización y autonomía tienen limitaciones de orden constitucional, que se desprenden, para comenzar, de la propia adopción de la forma unitaria por la Carta Política, una de cuyas primeras consecuencias es, como se ha dicho, la de la uniformidad legislativa en el ámbito nacional. Ello significa, en otras palabras, que no es válida la pretensión de que las entidades territoriales, llámense departamentos, distritos o municipios, puedan, so pretexto de su autonomía, entrar a regular de manera aislada la prestación de servicios públicos (...)"

La autonomía territorial no puede rebasar pues la naturaleza del Estado unitario (art. 1o.). Por tal se entiende el que posee un solo centro de impulsión política, es decir, aquel en el cual la soberanía se ejerce directa y continuamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica de derecho público suprema, el Estado. Todos los individuos convocados bajo la soberanía de éste obedecen a una misma autoridad nacional, viven bajo un mismo régimen constitucional y son regidos por unas mismas leyes.

El Estado unitario supone el principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional. La centralización política no es otra cosa que una jerarquía constitucional reconocida dentro de la organización jurídica del Estado.

Pero la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa, ni con la autonomía de las entidades regionales. Por el contrario, la tendencia en los Estados unitarios en el mundo contemporáneo ha sido la de vigorizar estos principios. (...)" (Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

De conformidad con la Carta Política de 1991, la descentralización administrativa, reviste entre sus modalidades, la descentralización territorial y funcional o por servicios, conceptos ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, el artículo 210 de la Carta Política consagra la descentralización funcional o por servicios, y el 285 y concordantes establecen la descentralización territorial. La Corte Constitucional definió la descentralización, de manera genérica, en los siguientes términos:

"(...) La palabra "descentralización" se emplea en sentido genérico y en sentido técnico. De acuerdo con el primero, se le da ese nombre a todo proceso que traslada a asuntos de la capital del Estado a las entidades seccionales o locales, cualquiera que sea su índole; así se habla de descentralización fiscal, económica o industrial. En

sentido técnico jurídico, la descentralización significa traslado de competencias de carácter administrativo a manos de autoridades regionales o locales.

La descentralización se ha entendido como la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente. (...)"

Y agregó en esa oportunidad, respecto de las distintas modalidades de descentralización, y en especial aquella que implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas del sector central a las entidades territoriales, lo siguiente:

"(...) Existe, por una parte, la denominada descentralización territorial, entendida como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Se trata entonces de una situación en la que se le confiere cierta autonomía a las colectividades para el manejo de sus propios asuntos; autonomía que debe ser comprendida desde un aspecto administrativo y financiero, lo cual no significa que las autoridades locales se aparten del control ejercido por el poder central."

En esa misma sentencia, la Corte analizó con apoyo en apreciaciones del tratadista y profesor Jean Rivero, las limitaciones que comporta la descentralización territorial en el marco del Estado unitario, en el cual existe unidad legislativa, es decir, que el Congreso expide las leyes que tiene aplicación en todo el territorio nacional, y no pueden ser modificadas por las autoridades locales, al contrario de lo que ocurre en el Estado Federal; además destacó la Corporación que en el primero, el manejo del Estado es unificado bajo la filosofía del llamado control de tutela, y las células territoriales no están sometidas al control jerárquico propio del Estado centralizado. Respecto de este último aspecto señaló esta Corporación:

"Sobre el control de tutela cabe hacer cuatro observaciones, según el autor citado:

a) La descentralización no excluye, a diferencia del federalismo, el control por parte del Estado central. Este control es necesario, a la vez, tanto en interés del Estado mismo, que debe salvaguardar su unidad política y vigilar el respeto a la ley, como en interés de la persona descentralizada, y asimismo en interés de los individuos que pueden tener necesidad de una protección contra la autoridad descentralizada; b) El control de tutela es normalmente una atribución del Estado, aunque aparece también en las relaciones de las colectividades locales con los establecimientos públicos que dependen de ellas; c) El control de tutela se refiere normalmente a las personas jurídicas de derecho público; sin embargo, el lenguaje administrativo emplea el mismo término para el mismo control sobre algunas personas de derecho privado encargadas de un servicio público; d) Finalmente, escribe Rivero, "el control debe conciliarse -so pena de aniquilarlo- con la libertad reconocida a la colectividad. Por ello se opone punto por punto al control jerárquico. En la centralización, la subordinación, se ha visto, es de principio y el control se ejerce sin texto: es para excluirlo que un texto es necesario. Además ella (la subordinación) es total; el control se extiende a todos los aspectos del acto, y puede conducir a su anulación o a su modificación.

Respecto a la autoridad descentralizada, por el contrario, la libertad es la regla, y el control la excepción; un texto debe establecer el principio, designar la autoridad que lo ejerce en nombre del Estado, fijarle la extensión (legalidad u oportunidad), los procedimientos fuera o más allá de las prescripciones legales, la tutela termina, y la libertad retoma su imperio; de allí las fórmulas clásicas: no hay tutela sin texto, y no hay tutela más allá de los textos". [1]

En el caso de transferencia de funciones del sector central a las entidades territoriales como los departamentos, municipios y distritos, en el fallo citado, la Corte Constitucional dijo en relación con los límites que la Carta Política estableció respecto de la descentralización de las entidades territoriales lo siguiente:

"Ahora bien, la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, está limitada por los términos de la Constitución y la ley (Cfr. art. 287 superior). Es importante aclarar que la ley puede limitar la autonomía territorial, pero nunca alterar su núcleo esencial. La Ley está autorizada por la misma Constitución para señalar los límites de la autonomía territorial, de suerte que la Carta prevé la función delimitante del legislador, y en este orden de ideas el art. 15 de la Ley 29 de 1973 está conforme a derecho.

La Sentencia 517 de 1992 de esta Corte, al pronunciarse sobre la autonomía territorial, expresó que dicha autonomía se ***concreta en la gestión de intereses propios mediante autoridades propias,*** *en consonancia con el artículo 287 constitucional.(...)"*

Ahora bien, acerca del tema planteado, conviene precisar los razonamientos consignados en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado a la consideración del Congreso por el Ministerio de Justicia y del Derecho:

"2. ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSION.

2.1. ***Sistema carcelario y penitenciario.*** *Se define el sistema carcelario y penitenciario, su integración, creación y organización, fusión y supresión de los centros de reclusión, por parte del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario. (...)*

2.2. ***Clasificación de establecimientos de reclusión.*** *En este Título II se encuentra también la clasificación enunciativa de los establecimientos de reclusión: cárceles, penitenciarías, reclusión de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa-cárceles y establecimientos de rehabilitación.*

2.3. ***Creación y organización.*** *El actual Código Penitenciario establece una tipología demasiado rígida. En este estatuto se pretende que además de los centros que corresponda a la División Judicial, el Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario*

---

[1] J. RIVERO. ob. cit. pp. 344-345. Ibidem, p. 349

quede facultado para crear otros nuevos en atención a la naturaleza de los internos y a los niveles de seguridad.

2.4. ***Cárceles departamentales y municipales.*** *Se contempla la obligación que tienen los departamentos de crear sus propias cárceles.*

Los establecimientos penales de la nación presentan el fenómeno de la promiscuidad y el hacinamiento. En épocas anteriores esto era dantesco pero ahora con las vigentes normas penales y procedimientales, la población carcelaria ha disminuido notablemente. De todas maneras en ciudades como Medellín, Cali y Cartagena, ante la ausencia de cárceles municipales los contraventores son enviados a los establecimientos nacionales.

Esto da origen al hacinamiento y de manera muy particular a la violación de las reglas mínimas que establecen la separación entre condenados, sindicados y contraventores.

La razón es que la pena de arresto tiene la exclusiva función de ser retributiva y a lo más, correctiva. Como nuestras cárceles crean estigmas sociales, mandar a una persona a un centro de reclusión es imprimirle una marca denigrante y sobre todo, es involucrarlo en un ambiente dañino y peligroso.

Sin embargo, en ausencia de cárceles municipales y departamentales la Nación ofrece a estos entes, alojar a sus contraventores en las cárceles nacionales con el requisito de firmar un contrato, en el cual se fijan las obligaciones que hagan menos onerosa la carga del Estado. En efecto, los municipios y departamentos deben pagar entre otras cosas, la alimentación de los arrestados, la dotación de los elementos y recursos necesarios para ellos y un sobresueldo a los funcionarios de la cárcel, por la razón justa, de que a ellos, se les recargan con exceso las funciones.

Desde luego lo ideal es que municipios y departamentos tengan sus propias cárceles.

Como hay municipios muy cercanos unos y otros, con el fin de rebajar los costos de construcción y funcionamiento de las cárceles, se autoriza la "fusión carcelaria" bajo un establecimiento conjunto." (Gaceta del Congreso del jueves 29 de octubre de 1992, página 3)

En la misma exposición de motivos, el Gobierno Nacional define a las cárceles como "*lugares de reclusión fundamentalmente para detenidos*" y aclara que las penitenciarías son lugares "*para purgar una pena.*" Agrega más adelante que los funcionarios competentes para hacer efectiva la detención y ejecución de las sentencias son el Director General del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, los Directores Regionales y los Directores de los Establecimientos de Reclusión.

La Ley 65 de 1993 estableció el "*Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario*" integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" y por todos los centros de reclusión que funcionan en el país dentro de los cuales se encuentran los creados, fusionados o suprimidos. En su artículo 17 acusado se dispuso que:

"Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas, y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos.

Los castigados por contravenciones serán alojados en pabellones especiales.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario ejercerá la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales.

En los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario."

Dentro del criterio de descentralización de que se habla, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no encuentra esta Corporación incompatibilidad alguna entre la Carta Política y el artículo 17 demandado, ya que la creación, fusión, supresión en materia carcelaria, de competencia de los departamentos y municipios, no quebranta el concepto del Estado unitario en cuanto la ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones "*por orden de autoridad policiva*", y es bien sabido que tanto para el régimen departamental como en el municipal, estos entes pueden prestar aquellos servicios públicos "*que determinen la Constitución y las leyes*" (artículos 298, 311 y 365 C.P.).

Si bien es cierto, como lo afirma el actor, que el Decreto 1817 de 1964 establecía en cabeza de la Nación la facultad de crear, organizar, dirigir, administrar, sostener y vigilar las penitenciarías, colonias agrícolas nacionales, cárceles de cabeceras de distrito judicial y cárceles de ciudades donde funcionara juzgado superior, en el marco de un Estado unitario también descentralizado, pero con mayor moderación, de conformidad con la Constitución de 1886, la Carta Política

de 1991 amplió las posibilidades de descentralización, y en consecuencia, de traslado de competencias del sector central a las entidades territoriales, más aún en tratándose de determinados servicios como el que es objeto de análisis, bajo las condiciones y requisitos establecidos por la propia Constitución y la ley, lo cual es consecuencia, precisamente, de la expresa determinación del Constituyente de permitir una mayor descentralización de las funciones a cargo del Estado, y de dotar de más autonomía a aquellas entidades, a fin de facilitar el cumplimiento de los objetivos propios de un Estado Social de Derecho.

En razón de lo anterior, y dada la naturaleza misma de la función carcelaria y penitenciaria, relacionada con la condición misma de las personas detenidas preventivamente o condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva, el Legislador consideró conveniente trasladar las competencias señaladas en el artículo 17 respecto de las cárceles, para lo cual está facultado de conformidad con los artículos 150 numerales 2, 4, 8 y 23; artículo 154; artículo 189 numeral 17; artículo 200 numeral 1o.; artículo 201 numeral 1o.; artículos 209 y 210; artículo 286, artículo 298; y artículo 311 de la Constitución Política, entre otros.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 establece que en los presupuestos municipales y departamentales "*se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios.*" El actor considera que las expresiones "*departamentales*" y "*departamentos*" vulneran el artículo 356 de la Carta Política por cuanto esta norma establece que "*mediante ley se asignarán los servicios a cargo de las entidades territoriales*", y que dicho precepto "*igualmente establece que no se podrán descentralizar responsabilidades si previamente no se asignan los recursos fiscales pertinentes*", y concluye que "*Esta regulación implica necesariamente que la responsabilidad de la prestación del servicio en cuestión sea del resorte central, esto es, que su satisfacción y cumplimiento sea de la Nación, puesto que solamente la presencia de tal circunstancia podría permitir que mediante ley esa responsabilidad se transfiriera a las entidades territoriales, es decir, se descentralizara.*"

Con respecto a lo anterior, el artículo 356 establece que "*Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales*". Y agrega que "*Determinará (la ley), así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen. Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que señale la ley, con especial atención a los niños*".

Como ya lo precisó la Corporación, el artículo 356 "*trata del situado fiscal, es decir, de las transferencias que la Nación hace a los departamentos para que éstos directamente o a través de sus municipios, provean los servicios de educación y salud.*" (Sentencia No. C-478 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). No es, pues, en principio aplicable el artículo 356 al asunto sub examine, pues el servicio penitenciario y carcelario no hace referencia a los niveles

de educación señalados en esta disposición constitucional, y tampoco al servicio de salud *"en los niveles que señale la ley"*.

Ahora bien, es cierto que el citado artículo 356 indica que *"No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales para atenderlas"*. No obstante, es la propia Ley 65 de 1993 la que obliga a que en los presupuestos municipales y departamentales se incluyan las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, y faculta a los gobernadores y alcaldes respectivamente, para que se abstengan de aprobar o sancionar los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en el artículo 17 demandado. De manera que, ha de entenderse que, previamente a la creación o fusión de cárceles, para los fines indicados, deben hacerse las previsiones presupuestales para que los respectivos recursos fiscales estén asignados en debida forma, o de lo contrario, los gobernadores y alcaldes no podrán ejercer la facultad referida.

Lo anterior también desvirtúa la afirmación del actor referente a que la prestación del servicio objeto de examen sólo puede ser de competencia de la Nación, pues precisamente tanto la Ley 65 de 1993 como la Carta Política, establecen las condiciones, desde el punto de vista fiscal, para que tales entidades territoriales asuman las competencias que se les transfieren respecto de las cárceles, su creación, fusión o supresión, organización, etc.

Además, el artículo 352 de la Constitución Política expresa que la ley orgánica de presupuesto regula lo concerniente *"a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo"*, y respecto de este punto, tanto a nivel departamental como municipal, las autoridades correspondientes deben, al momento de elaborar sus presupuestos, sujetarse a los postulados consagrados por la Constitución, y a lo establecido por la ley 38 de 1989, previamente al ejercicio de las competencias trasladadas de conformidad con el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, ya que el artículo 353 Superior expresamente señala que *"Los principios y las disposiciones establecidas en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto"*. No sobra advertir que, para la creación de cárceles, los gobiernos departamentales, municipales y distritales están sujetos a la observancia de lo ordenado por la Constitución (artículos 300 numeral 7o., y 313 numeral 6o.), y a la ley; igual ocurre en el caso de las áreas metropolitanas (artículo 319 de la Carta), que se desarrollen con sujeción a la ley de ordenamiento territorial. Por lo tanto, las expresiones acusadas, respecto del orden departamental, como uno de órdenes de descentralización territorial consagrados en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, no vulnera la Carta Política. De manera que el cargo formulado contra el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 no está llamado a prosperar.

Respecto del eventual vacío jurídico ocasionado como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, no comparte la Corporación los argumentos expresados por el actor, ya que de ninguna manera la derogación de una norma por otra de igual jerarquía -referida a los mismos temas, aunque adoptando decisiones de fondo respecto de la organización del Estado, como es el del traslado de competencias del sector central a las entidades territoriales, como consecuencia del cambio de régimen constitucional- implica que se configure dicho vacío, pues en ningún momento las disposiciones contenidas en el Decreto 1817 de 1964 dejaron de regir,

sino solamente hasta el momento de su derogatoria, es decir, la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, razón por la cual tal afirmación carece de sustento jurídico, y no afecta para nada la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLES en los apartes señalados la disposición acusada.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Viceprocurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

DECLARAR EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 17 de la Ley 65 de 1993.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-472
octubre 19 de 1995

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración oficiosa/**CONTROL CONSTITUCIONALIDAD**-Abuso

Con la interpretación que la Corte hace de la pretensión del demandante, por las razones antes indicadas, se busca evitar la perversión del control de constitucionalidad y el abuso de éste por los demandantes quienes, en muchos casos, actúan no para mantener la legalidad abstracta constitucional, lo cual es de interés público, sino con el propósito de satisfacer intereses particulares, cuando buscan que una norma se interprete en determinado sentido, eliminando de ella palabras o expresiones que no se adecuan o no resultan idóneas para alcanzar los propósitos deseados, y contrariando, como se dijo antes, la voluntad del legislador.

JURAMENTO ESTIMATORIO/EJECUCION POR PERJUICIOS

Con el juramento estimatorio consagró el legislador un mecanismo destinado a concretar o valorar en una suma de dinero un derecho que se demanda, pero cuya cuantificación no aparece establecida en el título que contiene una obligación principal, consistente en dar una especie mueble o bienes de género distinto de dinero o en la ejecución o no ejecución de un hecho. Pero se aclara, que aún cuando el derecho a percibir el pago de perjuicios se deduce legalmente de la obligación, pues el legislador parte del supuesto de que su incumplimiento genera un daño, sin embargo aquéllos no aparecen concretados o cuantificados. el criterio empleado por el legislador, al regular la ejecución por perjuicios en la norma acusada, es razonable y equitativo, toda vez que no se consagra ningún privilegio para el ejecutante; por el contrario, se confiere un trato igualitario desde las diferentes perspectivas, tanto al acreedor demandante como al deudor demandado, que garantiza sus derechos.

Referencia: Expediente No. D- 868

Norma Demandada: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 495 del C.P.C. reformado por el artículo 1, numeral 257 del decreto-ley 2282 de 1989.

Actor: Franklyn Liévano Fernández

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

C-472/95

Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Franklyn Liévano Fernández, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita de esta Corporación declarar parcialmente inexequible el artículo 495 del C.P.C. reformado por el artículo 1, numeral 257 del decreto-ley 2282 de 1989.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales que regulan el proceso de constitucionalidad, procede la Corte Constitucional a decidir el fondo del asunto.

II. NORMA ACUSADA.

Se transcribe el texto del art. 495 del C.P.C., con las modificaciones introducidas por el decreto 2282 de 1989, destacando en negrilla el segmento de la norma específicamente acusado.

Decreto 2282 de 1989

Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de las facultades que le confiere la ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora para ella establecida,

DECRETA:

ARTICULO 1o. Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

257. El artículo 495 quedará así:

EJECUCION POR PERJUICIOS. El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, ***estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo,*** *en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero.*

Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación ordenada en el mandamiento ejecutivo, deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda, tal como se dispone en el inciso anterior.

Si no se pidiere así y la obligación original no se cumpliere dentro del término señalado, se declarará terminado el proceso por auto que no admite apelación.

III. PRECISION EN TORNO A LA PRETENSION DEL DEMANDANTE

A pesar de que el demandante sólo demanda la expresión *"estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo"*, considera la Corte que debe interpretar que su pretensión abarca la totalidad del art. 495 de C.P.C., por las siguientes razones:

a) El aparte demandado constituye una unidad jurídica o un todo inescindible en relación con el texto integral de dicha norma.

b) De declararse la inexequibilidad 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 en relación con el problema relativo a la ejecución por perjuicios.

c) En el evento en que la Corte declarara inexequible únicamente el aparte demandado, quedaría a juicio del demandante la construcción de la norma, según su propia conveniencia, desnaturalizándola, alterando su verdadero sentido, y desconociendo, obviamente, la voluntad política del legislador.

También podría presentarse una situación insólita en caso de que la Corte declarara exequibles los apartes demandados de una disposición y posteriormente decidiera acerca de la inexequibilidad del resto de la disposición, con lo cual la norma quedaría completamente destruida o ininteligible al leerla únicamente con su parte exequible.

Con la interpretación que la Corte hace de la pretensión del demandante, por las razones antes indicadas, se busca evitar la perversión del control de constitucionalidad y el abuso de éste por los demandantes quienes, en muchos casos, actúan no para mantener la legalidad abstracta constitucional, lo cual es de interés público, sino con el propósito de satisfacer intereses particulares, cuando buscan que una norma se interprete en determinado sentido, eliminando de ella palabras o expresiones que no se adecuan o no resultan idóneas para alcanzar los propósitos deseados, y contrariando, como se dijo antes, la voluntad del legislador.

IV. LA DEMANDA

Considera el demandante que la norma acusada viola los arts. 13 y 29 de la Constitución, porque al autorizar al acreedor para demandar "la ejecución por perjuicios", con la sola estimación bajo juramento de la cuantía de aquéllos, cuando no figuran en el título ejecutivo, se consagra una desigualdad contra el deudor a quien se le priva del derecho a controvertir la existencia de dicha obligación.

La fuente de la obligación, anota el actor, no puede ser la simple voluntad del acreedor impuesta unilateralmente mediante el juramento, de manera que la norma acusada "desborda lo que en un Estado de Derecho ha de regirse por el deber ser, la moral y el derecho en justicia, que con el contenido de la norma acusada resultan indiscutiblemente quebrantados, como también el legítimo derecho de defensa del ejecutado".

Según el demandante, la determinación de los perjuicios causados debe ser el resultado de una condena, luego de un "debido proceso", donde se le haya dado oportunidad al demandado

para controvertirlos, pero no darse por establecidos a la sombra de una norma, como la acusada, sin que hagan parte del título de recaudo ni éste tenga la oportunidad de contradecir la pretensión del actor, con lo cual es vencido en juicio, sin ser oído.

V. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

El ciudadano Gonzalo Suárez Beltrán, interviniente en favor del Ministerio de Justicia y del Derecho, en escrito del 16 de mayo de 1995, se opuso a las pretensiones del demandante y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición acusada.

El interviniente comienza por analizar el juramento como uno de los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, sus diferentes clases, su aplicación y la oportunidad en que se propone, así como sus efectos dentro del debate procesal y el derecho del deudor a controvertir el aspecto material al cual se refiere, todo lo cual le permite concluir, como lo ha hecho la doctrina, que el juramento tiene el carácter de prueba provisional.

Precisamente, la presencia de la facultad de controvertir la estimación de los perjuicios por el acreedor con ocasión del juramento, le da pie al opositor para señalar que la ley garantiza el debido proceso, "pues el ejecutado dispone de una etapa procesal (art. 506 del C.P.C.) que le permite objetar la estimación de los perjuicios que el demandante efectuó. La tacha podrá demostrarse a través de cualquier medio probatorio que puede ser solicitado por el demandado, e inclusive por el juez de oficio".

En lo que respecta al cargo de la demanda, relativo al desconocimiento por la norma acusada del derecho de igualdad, advierte el interviniente que la ley otorga "idénticas oportunidades procesales para las partes del conflicto, y faculta a las mismas para que presenten los medios probatorios que consideren pertinentes para el reconocimiento de sus pretensiones", razón por la cual, no se desconoce dicho derecho.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corte la declaración de exequibilidad de la norma demanda, en consideración a los siguientes argumentos.

- Se advierte por el concepto fiscal que posiblemente el actor acusó la disposición del decreto 2282 como resultado de su lectura aislada, porque si lo hubiera hecho dentro del contexto dentro del cual la disposición se incorpora, le hubiera permitido explicar razonablemente su consagración y admitir de que no existe quebrantamiento de la normatividad constitucional.

- La regulación del artículo 495 del C.P.C. no se refiere a obligaciones alternativas, de las cuales una estaría respaldada por un título ejecutivo (la obligación de hacer) y la otra emanada de los perjuicios que se apoyan en la estimación bajo juramento, sino a dos obligaciones conjuntas, nacida la segunda de la primera, que pueden reclamarse, por razones de economía procesal, en la misma demanda ejecutiva, aún cuando los perjuicios no se hayan pactado en el título de ejecución.

Pero conforme con el artículo 506 del C.P.C., el demandado puede objetar la estimación de los perjuicios, y en los términos del artículo 211 del mismo estatuto, el juez puede también de

oficio disponer la regulación de los perjuicios cuando sospeche fraude o colusión, de manera que los intereses del deudor no están desprotegidos ni los del acreedor constituyen una verdad inconcusa; "así las cosas no se advierte privilegio injustificado ni pretermisión de las garantías del debido proceso".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Por estar dirigida la demanda contra una disposición de un decreto con fuerza de ley, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo establece el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución.

2. Precisiones en torno al problema planteado.

Mediante el proceso ejecutivo, el acreedor pone en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, con el fin de obtener coactivamente la satisfacción en su favor de una obligación expresa, clara y exigible, que consta en un título que presta mérito ejecutivo según la ley, cuando el deudor se abstiene de cumplirla voluntariamente.

Cuando se trata de la obligación de pagar una cantidad líquida de dinero e intereses, pueden demandarse aquélla y estos desde que se hicieron exigibles hasta cuando se efectué el pago (C.P.C. art. 491). Es decir, que en este evento, tanto el capital adeudado como sus intereses están determinados y cuantificados de manera precisa en el título.

Cuando se promueva ejecución por obligación de dar, hacer o no hacer, la pretensión del acreedor debe ser formulada de conformidad con las previsiones de los arts. 493 y 495 del C.P.C.

Mediante la primera disposición se autoriza al acreedor para solicitar, al tiempo con la entrega de un bien mueble o especie de género distinto de dinero, el reconocimiento de los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, "para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, sino figuran en el título ejecutivo". De la misma manera se procede cuando se trata de una obligación de hacer.

En los términos del artículo 495, también se permite al acreedor reclamar el pago de perjuicios compensatorios "por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distinto de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento sino figuran en el título ejecutivo en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual". En este evento, obviamente no se demanda la entrega del respectivo bien ni la realización del hecho, sino su equivalente o compensación en dinero, de manera que el cobro coactivo se asimila o convierte en una ejecución por suma de dinero.

Lo que caracteriza y a la vez asimila las situaciones reguladas en las normas mencionadas anteriormente, es que el cobro ejecutivo de los perjuicios, en ambos casos, se puede adelantar en los términos de los artículos 491 y 498 del C.P.C., a pesar de que la obligación no versa sobre una cantidad líquida de dinero ni consta expresamente en el título de recaudo ejecutivo, defiriéndose al acreedor la facultad de estimarlos y concretarlos bajo juramento.

Como es fácil deducirlo, el juramento constituye el instrumento eficaz, autorizado por la ley, para cumplir las exigencias del recaudo y complementar el título de ejecución, en los eventos previstos por ésta.

El Código de Procedimiento Civil recoge, entre los medios de prueba, el juramento (art. 175), y reconoce, como expresiones particulares de esta figura, dos formas cuyas caracterizaciones obedecen esencialmente a la identidad de sus fines, pues buscan definir obligaciones o establecer hechos controvertidos. Por lo mismo, esta prueba sólo debe versar sobre hechos, jamás sobre apreciaciones subjetivas o cuestiones de derecho.

En el del juramento estimatorio (art. 211 C.P.C.), la ley defiere al acreedor la facultad de "estimar en dinero el derecho demandado" y, en el otro, en el del juramento deferido por la ley o supletorio (art. 212 C.P.C.), se faculta al juez "para pedir el juramento a una de las partes", a fin de suplir una prueba que por renuencia de la parte contraria no pudo ser practicada.[1]

En resumen, en los casos examinados el juramento presta una función definitoria del monto de los perjuicios para convertir en suma de dinero concreta y liquida una obligación abstracta, porque su cuantía no consta expresamente en el respectivo título de ejecución.

El Código Judicial (ley 105 de 1931) consagró el juramento como un medio de prueba, a través de las especies del juramento estimatorio y del decisorio. Por medio de este último, una parte defería a la declaración juramentada de la otra la definición del hecho o hechos discutidos en el proceso, de manera que para el juez era obligatorio acogerse a lo declarado por quien lo prestaba (art. 626).

La eficacia de esta prueba era verdaderamente excepcional, al punto de que por sí misma podía constituir la demostración completa e indiscutible de los hechos materia de la litis. Para evitar los abusos que pudieran seguirse de un sistema de prueba de esta índole, la ley sometió su eficacia, además de los rigores que se predicaban de toda prueba, a que el juramento se sujetara a los siguientes requisitos: a) que se hacía a "falta de otras pruebas"; b) "que los hechos pudieran ser probados por medio de confesión" y c) que quien lo defería debía también ratificar la verdad del hecho bajo juramento.

El Código de Procedimiento Civil que actualmente nos rige suprimió esta figura probatoria por considerarla obsoleta y, porque según la doctrina,[2] la práctica del juramento decisorio equivalía a entregar el fallo del negocio a la conciencia de la contraparte, pero mantuvo las formas del juramento estimatorio y del deferido por la ley o supletorio.

En punto al juramento estimatorio dicho Código establece:

"ARTICULO 211. Juramento Estimatorio. El juramento de una parte, cuando la ley lo autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor

---

1 Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, T. II, p.8, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, 1993.

2 Pietro Castro, citado por Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, T. II, p. 10, 1993.

mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley le señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia".

Como se observa, con el juramento estimatorio consagró el legislador un mecanismo destinado a concretar o valorar en una suma de dinero un derecho que se demanda, pero cuya cuantificación no aparece establecida en el título que contiene una obligación principal, consistente en dar una especie mueble o bienes de género distinto de dinero o en la ejecución o no ejecución de un hecho. Pero se aclara, que aun cuando el derecho a percibir el pago de perjuicios se deduce legalmente de la obligación, pues el legislador parte del supuesto de que su incumplimiento genera un daño, sin embargo aquéllos no aparecen concretados o cuantificados.

Se deduce igualmente de la norma en referencia, que el juramento estimatorio constituye una prueba de eficacia relativa, porque la cuantía del perjuicio estimado puede ser objetada y desvirtuada por la parte contraria, e incluso puede ser desestimada por el juez, el cual de oficio puede ordenar su regulación, acudiendo al dictamen de peritos, cuando encuentre que dicha estimación es notoriamente injusta o sea el producto de un fraude o colusión.

El juramento estimatorio está sometido, como en general todas las pruebas, al principio de contradicción, el cual condiciona su validez; su inobservancia enerva los efectos probatorios del juramento.

Cuando el demandado no objeta los perjuicios estimados bajo juramento, la fijación hecha por el demandante adquiere certeza; pero si el demandado los objeta, hay lugar a un trámite incidental encaminado a definir judicialmente su cuantía. (art. 506 C.P.C.). Pero advierte esta norma que "*Si no se acredita la cuantía de los perjuicios, el juez declarará extinguida la obligación, terminada la ejecución en lo referente a aquéllos y continuará por las demás prestaciones, si fuere el caso*", y además puede resultar una sanción para quien estimó bajo juramento el derecho, si se logra probar que ese valor excede del doble del que resultó de la regulación incidental. (art. 211 inciso 2o. ibídem).

3. Los cargos de la demanda.

Los cargos de la demanda contra la norma acusada se fundamentan, como quedó expresado antes, en la violación del derecho al debido proceso y a la igualdad, porque permite la ejecución por perjuicios que no figuran en un título ejecutivo con la sola estimación bajo juramento de su cuantía por el acreedor, privándose así al deudor del derecho de controvertir la existencia y monto de la obligación que se le cobra, y consagrando una "desigualdad discriminatoria" en detrimento del ejecutado.

Lo primero que resulta claro de la confrontación entre los argumentos de la demanda y la regulación normativa del juramento como medio de prueba, como lo advierte el Procurador

General, es que el demandante pasó desapercibido el conjunto de normas que integran la institución de la ejecución por obligaciones de dar, hacer o no hacer y sólo se detuvo en el examen superficial e inconexo de la norma acusada.

Los cargos de inconstitucionalidad formulados por el actor carecen de fundamento, pues la norma acusada consulta los principios generales en materia probatoria, porque así como se permite al actor aportar con la demanda la prueba de la cuantía de los perjuicios, mediante su estimación bajo juramento, también el demandado tiene la oportunidad procesal para controvertirla, objetando dicha estimación; cuando esto acontece, la regulación de los referidos perjuicios se tramita por medio de un incidente, (art. 506 ibídem), dentro del cual las partes, en igualdad de oportunidades pueden pedir pruebas, y el juez decretarlas de oficio.

No advierte la Corte la discriminación alegada en perjuicio del ejecutado, pues aun cuando las partes se encuentran situadas en diferentes situaciones jurídicas y materiales -la de acreedor y la de deudor- no obstante ello, las normas procesales garantizan adecuadamente sus derechos al facilitar, de una parte, la ejecución por perjuicios por el actor y, de otra, la de controvertir la prueba de éstos por el deudor demandado. Por lo tanto, mal puede hablarse de una eventual violación del derecho de igualdad del ejecutado, pues ello sólo sucede cuando las normas regulan de manera distinta situaciones de hecho que son genéricamente iguales.

No hay duda que el criterio empleado por el legislador, al regular la ejecución por perjuicios en la norma acusada, es razonable y equitativo, toda vez que no se consagra ningún privilegio para el ejecutante; por el contrario, se confiere un trato igualitario desde las diferentes perspectivas, tanto al acreedor demandante como al deudor demandado, que garantiza sus derechos.

La norma acusada no desconoce el derecho al debido proceso, porque al ejecutado se le brinda la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, acudiendo al repertorio de actos procesales ya reseñados tendentes a desvirtuar la estimación de los perjuicios hecha por el demandante.

En razón de las consideraciones precedentes, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 495 del C.P.C.

VIII. DECISION

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, en la forma como fue modificado por el artículo 1o., numeral 257, del Decreto Ley 2282 de 1989.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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.

SENTENCIA No. C-479
octubre 26 de 1995

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Intervención en procesos penales

La función del Ministerio Público en defensa del interés social, lo obliga, a intervenir ante autoridades judiciales, en calidad de colaborador de la administración de justicia y asume entonces el carácter de verdadero sujeto procesal. En modo alguno ello implica desarrollar una función jurisdiccional, por cuanto no está administrando justicia, sino simplemente coadyuvando o impugnando una acusación ya en firme.

Referencia: Expediente No. D- 873

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4o. del artículo 135 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal)

Actor: Yesid Reyes Alvarado

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano **Yesid Reyes Alvarado,** en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad del numeral 4o. del artículo 135 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal).

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes; se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el decreto 2067 de 1991, procede la Corte Constitucional a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones demandadas es el siguiente:

Decreto 2700 de 1991
Código de Procedimiento Penal

"..."

"Artículo 135. Funciones especiales del Ministerio Público: Corresponde al agente del Ministerio Público como sujeto procesal, además de otras funciones contempladas en este Código:

"..."

"4. En la Audiencia pública intervendrá en los casos en que el procesado esté amparado por fuero constitucional, en los que se relacionen con asuntos de interés público y en aquellos en que hubiese actuado como querellante o ejercido la petición especial. Intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria."

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 116, 117, 118, 249, 250, y 277-7 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Afirma el actor que la Constitución Política de 1991 consagró dentro de nuestro ordenamiento el sistema acusatorio en materia penal y creó la Fiscalía General de la Nación , a la cual le fue atribuida la función de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes", tal como lo consagra el artículo 250 superior, y que, del mismo modo y por mandato del artículo 116, se ordenó que dicho ente hace parte de la rama jurisdiccional del poder público.

De otra parte afirma que el Ministerio Público, tal como lo consagra el artículo 117 de la Constitución Política, es un organismo de control, lo cual coloca a dicho organismo por fuera de la rama judicial del poder público, y por tanto **"constitucionalmente no le corresponde el desempeño de ninguna clase de función judicial."** (resalta el demandante).

Igualmente sostiene que "el artículo 277 de nuestra Carta Política permite de forma expresa la intervención de los representantes del Ministerio Público dentro de los procesos penales, pero solamente cuando ello 'sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales'. Con esta norma se reitera constitucionalmente que las

labores del Ministerio Público no son de índole jurisdiccional, es decir, la citada disposición no faculta indeterminadamente al Ministerio Público para actuar como sujeto procesal dentro de las investigaciones penales."

Pese a lo anterior, manifiesta el demandante que, aun cuando la norma acusada limita la intervención de los agentes del Ministerio Público a aquellos casos en los cuales el procesado estuviere amparado por fuero constitucional, o en los que se encuentre de por medio el interés público, o en aquellos en que hubiera actuado como querellante o en ejercicio de la petición especial, y que su intervención se limita a coadyuvar una acusación ya existente, "es innegable que esta norma autoriza a los representantes del Ministerio Público a desempeñar la función acusatoria que constitucionalmente está atribuida de forma exclusiva a la rama judicial, fundamentalmente a través de la Fiscalía General de la Nación."

"Por consiguiente -puntualiza el actor- en cuanto al numeral 4o. del artículo 135 del Código de Procedimiento Penal autoriza a los representantes del Ministerio Público para intervenir en algunos casos dentro de la audiencia pública para coadyuvar la acusación, se trata de una norma que le permite al Ministerio Público excederse en su calidad de órgano de control con clara violación del artículo 117 de la Constitución Nacional, que además le permite extralimitarse en las funciones de garante de los derechos humanos, protector del interés público y vigilante de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas que le atribuye el artículo 117 de la Constitución Política y, por añadidura, se está desconociendo la facultad que el numeral 7o. del artículo 277 de la Carta Fundamental le concede a los representantes del Ministerio Público para intervenir en los procesos penales sólo 'cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales'. De contera, el numeral 4o. del artículo 135 del Código de Procedimiento Penal permite a los representantes del Ministerio Público usurpar funciones jurisdiccionales sin formar parte de los órganos que conforme al artículo 116 de la Constitución Nacional están encargados de administrar justicia, y le está permitiendo invadir una potestad que como la acusadora ha sido radicada de manera exclusiva en la rama judicial y primordialmente en cabeza de la fiscalía General de la Nación por el artículo 250 de la Carta Fundamental."

Finalmente sostiene que la norma acusada, al atribuirle la función acusatoria al Ministerio Público, vulnera en forma flagrante el principio procesal de la igualdad de las partes, con lo cual se altera el funcionamiento armónico del sistema acusatorio que rige en materia penal, ya que, como lo expresó anteriormente, dicha función se encuentra únicamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad de la norma acusada de acuerdo con los argumentos que se enuncian a continuación.

Luego de hacer un análisis del marco constitucional dentro del cual se consagran las funciones del Ministerio Público, manifiesta el señor procurador que "es cierto, como lo afirma el demandante -para estructurar a partir de ello su argumento impugnador- que en la esencia del modelo acusatorio constituye imperativo procedimental el que el fiscal sea quien realice la inves-

tigación y formule la acusación, funciones que se encuentran atribuidas al Ministerio Público en el numeral 4o. del artículo 135, con quebranto del Estatuto Superior. Sin embargo, una detenida y armónica lectura de la función acusada no sólo frente a lo preceptuado en el sistema inquisitivo imperante en el anterior procedimiento penal, sino además en consonancia con el nuevo sistema, el cual de manera alguna podríamos adecuar en un modelo acusatorio propiamente dicho, nos lleva a afirmar que la disposición penal, en lo impugnado no vulnera los artículos 116, 117, 118, 249, 250, 277-7 de la Constitución Política. Así, en los eventos que prevé la disposición impugnada para la intervención en audiencia del Ministerio Público, esto es cuando el procesado esté amparado por fuero constitucional, en los relacionados con asuntos de interés público y en aquellos en que hubiere actuado como querellante o ejercido la petición especial, no hay duda que los móviles para el efecto no pueden ser otros que la defensa de la sociedad y la legalidad, en los que como ya se anotó, se refunden las atribuciones que le compete desarrollar por mandato constitucional."

Finalmente considera que la función contenida en la norma acusada tiene como fundamento la defensa del interés social que rige el actuar del Ministerio Público y que lo convierte en un colaborador de jueces y fiscales para que exista una pronta y cumplida administración de justicia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Por tratarse de una disposición que forma parte de un decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo transitorio 5-a de la Constitución Política es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, de acuerdo con los artículos 10 transitorio y 241-5 de la Carta Superior.

2. El Ministerio Público y el interés social

El Ministerio Público es un órgano social de control de la función pública, como expresión del interés general prevalente, que es el del conjunto de los asociados, interesados en la conservación de la moral pública. En una democracia el buen manejo de la cosa pública depende de la rectitud (aspecto subjetivo) y de la eficiencia (aspecto objetivo) con que el funcionario desempeña su labor, con la garantía de que toda actuación de las autoridades públicas tiene que estar autorizada por la ley. Pero el Ministerio Público no sólo ejerce función de control, sino de defensa del interés social y de vocero del común en los aspectos trascendentes de la función pública. Toda defensa supone acción preventiva o acción impulsiva, bien contra la lesión o bien contra la amenaza inminente sobre el interés común protegido por la Constitución y las leyes.

El artículo 277 superior señala, entre otras, las siguientes funciones al Ministerio Público, en cabeza de su supremo director -el procurador- o de sus delegados y agentes:

"1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos".

"3. Defender los intereses de la sociedad.

"4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente".

"7. ***Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales****". (Negrilla fuera del texto original).*

Como se observa, los numerales 1, 3 y 4 citados, hallan su punto de concreción en el numeral siete (7); por ello es conveniente hacer un somero análisis de cada uno de ellos, para luego hacerlo con el numeral séptimo y cotejarlo con la norma acusada en la demanda.

El numeral primero le impone al Ministerio Público el deber de vigilancia del cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, lo cual supone que debe tener una conducta diligente hacia el cumplimiento del orden social justo en cada una de las esferas de actividad del Estado. Nada obsta para que en el cumplimiento de dicha vigilancia actúe como sujeto procesal, pues el orden jurídico -por el cual vela- se lo puede exigir en determinados momentos y bajo ciertas circunstancias. Para asegurar, precisamente, el cumplimiento del orden jurídico, puede intervenir ante una autoridad judicial, como vocero del interés social y en defensa siempre del bien común.

El numeral tercero le impone el deber de defender los intereses de la sociedad. Como ya se ha enunciado, dicha acción de defensa puede ser de prevención o de impulsión; entonces, está facultado para intervenir como sujeto procesal, bien coadyuvando la acusación, o bien solicitando sentencia absolutoria, con fundamento en el interés social que hay en el cumplimiento de la justicia. La defensa de ésta será el título jurídico de su intervención ante las autoridades, avalado por el texto constitucional.

El numeral cuarto habla de los intereses colectivos. Cabe preguntar ¿Qué más interés colectivo que el que recae sobre la pulcritud de la función pública? Lo público es lo que en cierta manera pertenece a la colectividad, en su conocimiento, en su uso, en su patrimonio, o en su resultado. La función pública es propia de la colectividad, pero se expresa a través de sus representantes. Luego es apenas obvio que el Ministerio Público defienda el interés común como sujeto procesal, no sólo en representación de la sociedad, sino como defensor del interés colectivo, es decir, del legítimo interés que la comunidad tiene en la moralidad de los funcionarios, especialmente de aquellos que, por su rango, ostentan un alto grado de representatividad de la ciudadanía.

En cuanto al numeral séptimo, cabe hacer cuatro anotaciones en aras de la claridad en el asunto que ocupa la atención de la Corte: en primer lugar, la intervención no es facultativa, sino imperativa, es decir, por mandato de la Constitución. En segundo lugar, se refiere a su actuación como sujeto procesal. En tercer lugar la actuación no es por capricho del procurador, sino cuando sea necesaria, y dicha necesidad puede ser fijada por la voluntad general a través de la ley. Y por último, interviene en defensa del orden jurídico, o del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. Por orden jurídico, como se dijo, se entiende el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, es decir, la armonía social que se logra mediante la observancia de las normas jurídicas tanto en el campo del derecho

público como del derecho privado. Por patrimonio público, en sentido amplio se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera, a la comunidad, y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos.

También interviene el Ministerio Público en defensa de los derechos y garantías fundamentales, es decir, asume el deber constitucional de defender el fundamento de legitimidad del orden jurídico dentro del Estado; es decir, siempre actuará en favor de los bienes y garantías inherentes a la persona, sea natural o jurídica, como función natural suya. No en vano el Estado debe ser humanista y humanitario, es decir, un Estado de derecho que actúa para el bien de toda la sociedad en los aspectos más sustanciales de su estructura ética, jurídica y política.

3. Cotejo entre el Art. 277-7 superior y la norma acusada

La norma acusada estipula:

"Artículo 135. *Funciones especiales del Ministerio Público: Corresponde al agente del Ministerio Público como sujeto procesal, además de otras funciones contempladas en este Código:*

"..."

"4. En la Audiencia pública intervendrá en los casos en que el procesado esté amparado por fuero constitucional, en los que se relacionen con asuntos de interés público y en aquellos en que hubiese actuado como querellante o ejercido la petición especial. Intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria." *(Negrilla fuera del texto original).*

En tres casos ordena la norma *sub examine* la intervención del agente del Ministerio Público en audiencia pública: a) Cuando el procesado esté amparado por fuero constitucional, en atención, como se dijo, a la representatividad que la persona ostenta y porque, obviamente, sobre ella recae un marcado interés social. La intervención del Ministerio Público en este caso se realiza en consonancia con la defensa del interés social (art. 277-4); su actuación se hace necesaria, por tanto, en defensa del interés colectivo (277-8), y se entiende a la vez como una labor de vigilancia del cumplimiento de la normatividad jurídica (Art. 277-1) y de defensa de los valores señalados en la Carta Política (Art. 277-7); b) En los casos en que actúa como querellante, es obvio que se le permita intervenir en la audiencia para corroborar sus afirmaciones, como elemental garantía al debido proceso; y c) Puede intervenir en una audiencia pública, cuando sea *necesario* para coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria. No se trata aquí de invadir, como cree erróneamente el actor, la competencia de la Fiscalía, porque en primer lugar dicha intervención tiene amparo constitucional, como ya está demostrado y, en segundo lugar, porque no está cumpliendo una función acusatoria, ya que no formula la denuncia, sino que coadyuva, en nombre del interés social, una acusación ya existente, o pide -no profiere- sentencia absolutoria. Por otra parte, destaca la Sala que el actor no cayó en la cuenta de que el hecho de ser el Ministerio Público *sujeto procesal,* no implica necesariamente que haga parte de la rama jurisdiccional o que esté asumiendo la potestad exclusiva de ésta. Simplemente está el Ministerio Público actuando en igualdad de condiciones, siempre sometido a los derechos y garantías, más los deberes inherentes del *debido proceso.*

Arguye el actor que la norma bajo estudio consagra la potestad de administrar justicia a un órgano que no hace parte de la rama judicial, cuando afirma: "por lo que respecta al Ministerio Público, el artículo 117 de la Constitución Política señala perentoriamente la clase de entidad que es él en nuestro país: *"El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.* Esta norma que claramente coloca al Ministerio Público al margen de la actividad jurisdiccional, puede ser perfectamente enfrentada al ya citado artículo 249 de la misma codificación que en su inciso tercero cataloga a la Fiscalía General de la Nación como 'parte de la rama judicial'. Así, pues, convertido por esta norma en 'órgano de control', y no habiendo sido incluido por el artículo 116 de la Constitución Política como un ente encargado de administrar justicia, es claro que no se trata de un órgano perteneciente a la rama judicial del poder público, y que por tanto constitucionalmente no le corresponde el desempeño de ninguna clase de función judicial".(Las cursivas son del actor).

Al respecto cabe anotar que la función del Ministerio Público en defensa del interés social, lo obliga, a intervenir ante autoridades judiciales, en calidad de colaborador de la administración de justicia y asume entonces el carácter de verdadero sujeto procesal. En modo alguno ello implica desarrollar una función jurisdiccional, por cuanto no está administrando justicia, sino simplemente coadyuvando o impugnando una acusación ya en firme. Por tanto, la afirmación del actor carece de fundamento, ya que el Ministerio público no pierde su naturaleza de órgano de control.

Finalmente, la Corte observa que la norma acusada tiene pleno amparo constitucional, ya que la Carta Política en su artículo 277-7 le ordena al Ministerio Público intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales, y la disposición *sub examine* no hace cosa distinta a desarrollar el principio constitucional, dándole al Ministerio Público la calidad de sujeto procesal, para cumplir con esta función.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el numeral 4o. del artículo 135 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal).

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-480
octubre 26 de1995

CONDENA EN COSTAS

Nuestro C. de P.C. adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido.

RESTITUCION AL TERCERO POSEEDOR/CAUCION

Es lógico, pues, que quien pretenda desconocer en la práctica la sentencia, basándose en un hecho como la posesión, que por su misma naturaleza no se presta a equívocos, asegure la indemnización de la parte en cuyo favor se decretó la entrega, por medio de la caución. Y que con la misma caución garantice el pago de la multa con la cual se castiga el abuso del derecho de litigar, por el entorpecimiento que implica para la administración de justicia. En suma, las costas y la multa, y la caución que asegura su pago, no tienen fin distinto al de hacer realidad el ideal de alcanzar pronta y cumplida justicia, para lo cual es indispensable cumplir las providencias de los jueces.

PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

Pero, ni siquiera existe contradicción entre la gratuidad de la justicia civil consagrada en el artículo 1o. del Código, y las normas relativas a la condena en costas y a la imposición de multas. Las primeras se imponen al litigante vencido, en favor de quien triunfó en el litigio; las segundas castigan el abuso del derecho de litigar. Y ni unas ni otras representan un precio que deba pagarse por la justicia que administra el juez.

NORMAS PROCESALES CIVILES-Naturaleza

Las normas procesales civiles son de carácter legal, por lo general. Estas normas hacen parte de los códigos, cuya expedición corresponde al Congreso, función que ejerce por medio de leyes, según el artículo 150 de la Constitución. Sería, en consecuencia, absurdo buscar en la Constitución una norma específica que autorizara especialmente cada una de las disposiciones de un código. Las leyes están sujetas a la Constitución; pero no puede afirmarse que solamente puedan existir aquellas que reproduzcan literalmente sus normas.

Referencia: Expediente No. D-907

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1o., numeral 160, parágrafo 4o., inciso segundo del decreto 2282 de 1989 " Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil."

Actor: Nelson Eduardo Jiménez Rueda.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número 52 del veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Nelson Eduardo Jiménez Rueda, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 5, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1o., numeral 160, parágrafo 4o., inciso segundo del decreto 2282 de 1989.

Por auto del veintiocho (28) de abril de 1995, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación del negocio en lista para asegurar la intervención ciudadana dispuesta por los artículos 242, numeral 1, de la Constitución y, 7, inciso segundo, del decreto 2067 de 1991. Igualmente, dispuso el envío de copia de la demanda al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, y 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. NORMA ACUSADA.

El siguiente es el texto de las normas acusadas, con la advertencia que se destaca lo acusado.

"DECRETO NUMERO 2282 DE 1989
(octubre 7)

Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.
El Presidente de la República de Colombia,
en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 30 de 1987, y oída la Comisión Asesora por ella establecida,

DECRETA:

ART. 1°- Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

...

"160. El artículo 338, quedará así:
Oposición a la entrega. Las oposiciones se tramitarán así:

...

"PAR. 4°- Restitución al tercero poseedor:

1. Si el tercero poseedor con derecho a oponerse no hubiere estado presente al practicarse la diligencia de entrega, podrá solicitar al juez de conocimiento dentro de los treinta días siguientes, que se le restituya en su posesión. La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el opositor deberá probar su posesión. Si se decide desfavorablemente al tercero, éste será condenado a pagar multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales, costas y perjuicios.

Para que el incidente pueda iniciarse, el peticionario deberá prestar caución que garantice el pago de las mencionadas condenas.

2. Lo dispuesto en el numeral anterior se aplicará también al tercero poseedor con derecho a oponerse, que habiendo concurrido a la diligencia de entrega no estuvo representado por apoderado judicial.".

B. LA DEMANDA.

Considera el actor, que el aparte acusado del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, desconoce los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 31, 228 y 229 de la Constitución.

En concepto del demandante, la exigencia de una caución para poder intervenir en un proceso, con el único propósito de hacer valer los derechos del interviniente, desconoce los postulados del Estado social de derecho, al establecer barreras de tipo económico, para una adecuada defensa. Igualmente, se crea una desigualdad entre quienes tienen los medios para prestar las cauciones que exigen las compañías de seguros y, aquellos que por carecer de recursos no pueden acceder a ellas. Así, se desconoce el derecho de acceso a la justicia, como la gratuidad de la justicia.

El actor, al finalizar su demanda expone un caso donde, según él, se evidencian los problemas que acarrea la aplicación de la caución judicial.

C. INTERVENCIONES.

De conformidad con el informe secretarial del diez y siete (17) de mayo de 1995, en el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de los apartes demandados, presentó escrito oponiéndose a los cargos de la demanda, el ciudadano Gonzalo Suárez Beltrán, designado por el Ministerio de la Justicia y del derecho.

- La norma cuestionada no desconoce el derecho al debido proceso, pues su único objetivo es proteger los derechos e intereses de las partes dentro de un proceso, los cuales se pueden ver afectados por la intervención de un tercero, o de una de las partes. Agrega, sin embargo, que el monto de la caución debe ser razonable, para que se permita y garantice la intervención de quien cree tener un derecho que ha sido desconocido.

- La exigencia de una caución, no desconoce el derecho a la igualdad, pues, es necesario que el legislador fije ciertos límites para una intervención que puede dilatar un proceso, o el cumplimiento de una providencia, como es el caso de la entrega de un bien.

- La norma acusada tampoco desconoce el derecho de acceso a la justicia ni el principio de gratuidad de la misma, pues, lo único que se busca con el otorgamiento de la caución, es garantizar el pago de posibles perjuicios producidos por la intervención.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Por medio del oficio número 645, de junio cinco (5) de 1995, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el aparte demandado del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

Después de un análisis sobre la intervención de las partes y terceros en un proceso, concluye que la caución como mecanismo de protección para quienes se puedan ver afectados por la intervención en el proceso de un tercero, no desconoce norma alguna de la Constitución. Al respecto afirma:

" No queda duda que la caución que exigida al incidentante frente a las normas superiores que se dicen infringidas es razonable y proporcionada, dado el propósito que la misma norma le señala, esto es, el pago de las condenas, multas, costas y perjuicios que ocasiona el hecho de resultar vencido en el incidente el tercero opositor, dados los costos procesales que ocasiona a las partes con su actuar dilatorio y toda vez que se trata de una persona ajena a la litis cuyo actuar sólo es incidental en el proceso. La inexistencia de la cautela haría que el incidentante eventualmente pudiera burlar el pago de los perjuicios generados con su intervención. "

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Corte a resolver, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este asunto, por haberse demandado una norma que hace parte de un decreto con fuerza de ley (numeral 5 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- La condena en costas en el proceso civil: su razón de ser.

La norma acusada establece la obligación de prestar una caución, que tiene el tercero que promueve un incidente para que se le restituya la posesión de un bien cuya entrega se ordenó por sentencia que ya se cumplió. El fin de esta caución es garantizar el pago de la multa, las costas y los perjuicios a cuyo pago será condenado ese tercero en caso de que la providencia que decida el incidente le sea desfavorable.

Lo anterior nos lleva a examinar, en primer término, el fundamento de la condena en costas en el proceso civil.

Nuestro Código de Procedimiento Civil adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independiente-

mente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido.

Este criterio objetivo está plasmado en la primera de las reglas que contiene el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según la cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya propuesto.

Sobre la responsabilidad objetiva de la parte en lo relativo a la costas, escribe Carnelutti:

"Ello significa que la responsabilidad de la parte en cuanto a las costas es una responsabilidad objetiva. Al principio no sucedió así. En el derecho romano clásico, y también durante mucho tiempo en la ***extraordinaria cognitio****, el presupuesto de la responsabilidad era la* ***temeritas*** *y, por tanto, la culpa del litigante (infra, núm. 175); pero luego, el costo del proceso, paulatinamente acrecido y, por otra parte, la dificultad de establecer la culpa del vencido, hicieron sentir la necesidad de un freno a la iniciativa de los litigantes, más enérgico que el constituído por la responsabilidad subjetiva. Precisamente porque el proceso es un instrumento necesario pero peligroso, que no se maneja sin lesionar el interés ajeno y, por tanto, y, ante todo, sin ocasionar gastos, se aspira a que quien lo ocasiona soporte su peso. La raíz de la responsabilidad estriba, pues, en la* ***relación causal entre el daño y la actividad de un hombre.***

"Dicha relación causal la revelan algunos índices, de los cuales el primero es el ***vencimiento.*** *No existe, por tanto, antítesis alguna entre el principio de la causalidad y el del vencimiento como fundamento de la responsabilidad por las costas del proceso. Si el vencido debe soportarlas, ello sucede porque el vencimiento demuestra que él ha sido causa del proceso. Pero el principio de causalidad es más amplio que el del vencimiento, ya que éste es sólo uno de los índices de la causalidad. Otros índices son la* ***contumacia,*** *la* ***renuncia*** *al proceso y, además, la* ***nulidad*** *del acto a que el gasto se refiera". (Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo II, pág. 119, ed. UTEHA Argentina, 1944).*

En síntesis, puede decirse que la condena en costas al vencido, es la sanción al abuso del derecho de litigar, que se presume en el vencido.

Y algo semejante puede afirmarse de las multas previstas en el Código de Procedimiento Civil, cuya finalidad ostensible es sancionar a quienes entorpezcan la administración de justicia, dilatando el trámite de los procesos o abusando del derecho de litigar. Por ejemplo, el numeral 1 del artículo 39 faculta al juez para imponer multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que "sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución"; y el numeral 8o. del artículo 687 prevé la condena en costas y al pago de una multa para quien promueve el incidente de levantamiento del secuestro, diciendo ser tercero poseedor al tiempo en que la diligencia de secuestro se practicó.

Cuarta.- Razón de ser de la caución prevista en el artículo 338, numeral 4, inciso tercero.

El inciso tercero del numeral 4 del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, exige a quien promueve el incidente para que se le restituya la posesión que dice haber tenido al tiempo

de practicarse la entrega ordenada en la sentencia, prestar caución que garantice el pago de la condena en costas y de la multa, en caso de serle desfavorable la decisión del incidente.

Caución es término genérico, definido por el artículo 65 del C. C. así: "*Caución* significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

La caución, pues, no tiene otra finalidad que asegurar que, si llegan a causarse, las costas y la multa se paguen. ¿Se justifica esta previsión? La Corte estima que sí, por las siguientes razones.

La primera, que quien pretende la entrega prevista en los artículos 337 y 338 del Código de Procedimiento Civil, se basa en una sentencia, destinada naturalmente a ser cumplida. Por medio de esa sentencia el juez ha dicho el derecho en ese caso concreto. Y, precisamente por esto, la sentencia está amparada por una presunción de verdad, de acierto, que sólo se desvirtúa cuando se demuestra que ella fue el resultado de una violación del debido proceso.

Contra esa presunción de verdad, de acierto, actúa el tercero que propone el incidente. Y lo hace en dos circunstancias: la primera, diciendo que, pese a tener la posesión del bien, no estuvo presente en el momento de practicarse la diligencia de entrega; la segunda, argumentando que pese a haber concurrido a la diligencia de entrega, no estuvo representado por apoderado judicial. Debe aclararse, sin embargo, que quien propone el incidente, precisamente por haber sido un tercero, no está vinculado por la sentencia.

Los dos eventos, y en especial el último, demuestran el celo del legislador por asegurar el derecho de defensa.

Es lógico, pues, que quien pretenda desconocer en la práctica la sentencia, basándose en un hecho como la posesión, que por su misma naturaleza no se presta a equívocos, asegure la indemnización de la parte en cuyo favor se decretó la entrega, por medio de la caución.

Y que con la misma caución garantice el pago de la multa con la cual se castiga el abuso del derecho de litigar, por el entorpecimiento que implica para la administración de justicia.

En suma, las costas y la multa, y la caución que asegura su pago, no tienen fin distinto al de hacer realidad el ideal de alcanzar pronta y cumplida justicia, para lo cual es indispensable cumplir las providencias de los jueces.

De otra parte, la sentencia está destinada a cumplirse. Ese es, como se ha dicho, su destino. Pero la circunstancia excepcional supuesta en el numeral 4 del artículo 338 amerita el que se tramite el incidente encaminado a dejar sin efecto la entrega ordenada en la sentencia. Que se tramite, sí, pero con las debidas cautelas. Que ese hipotético tercero poseedor asegure el pago de la condena en costas y de la multa, en caso de no demostrar algo tan ostensible como es la posesión, es decir, la tenencia con ánimo de señor y dueño.

En un caso semejante, al declarar exequible el numeral 18 del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, y concretamente la exigencia de la caución a quien promueve el incidente de levantamiento del secuestro, dijo la Corte:

"El incidentante en este caso, es quien invoca la posesión, y no se había opuesto en la práctica de la diligencia de secuestro. A pesar de esto último, la norma le da una nueva oportunidad para invocar su pretensión, y para que declare, si hubiere lugar, su posesión material del bien. Pero, obviamente, tiene que garantizarse la seriedad del oponente, para evitar dilaciones injustificadas, y por ello se estipula que si el incidente se decide desfavorablemente a quien lo promueve, se impondrá a éste una multa. La norma pretende, pues, simplificar el proceso, sin negarle oportunidad a terceros poseedores. Ahora bien, es razonable la multa en el evento bajo examen, por dos motivos que no tuvo en cuenta el demandante: primero, porque es totalmente ilógico pensar que si se trata de la posesión material, quien la tiene no esté seguro de si es o no el tenedor del bien con ánimo de señor y dueño; segundo, porque el auto que decide el incidente es apelable en el efecto diferido. La norma garantiza entonces la celeridad del proceso, y evita, además, que terceros abusen de la oportunidad y entraben el curso del procedimiento, que ha de ser ágil, seguro y eficaz". (Sentencia C-127/95, marzo 23 de 1995, Magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Quinta.- Por qué la norma demandada no viola los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 31, 228 y 229 de la Constitución.

Como el demandante afirma que la norma acusada quebranta algunos de los artículos de la Constitución, que señala específicamente, habrá que examinar cada uno de los cargos.

a) Dice el demandante que al exigir la caución "estamos llevándonos de calle el artículo 1 de la C.N. (sic) pues estaremos abusando y violando el Estado de Derecho al decirnos este Estado de Derecho que en Colombia la justicia civil es gratuita..."

Aquí, el actor incurre en una confusión: no es en la Constitución donde se consagra expresamente la gratuidad de la justicia civil, sino en el artículo 1o. del Código de Procedimiento Civil que establece: "*Gratuidad de la justicia Civil.* El servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción del impuesto de timbre y papel sellado y de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría".

Pero, ni siquiera existe contradicción entre la gratuidad de la justicia civil consagrada en el artículo 1o. del Código, y las normas relativas a la condena en costas y a la imposición de multas. Las primeras se imponen al litigante vencido, en favor de quien triunfó en el litigio; las segundas castigan el abuso del derecho de litigar. Y ni unas ni otras representan un precio que deba pagarse por la justicia que administra el juez.

b) En relación con la supuesta violación del artículo 2o., se dice que la caución no facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan, y que impide la vigencia de un orden justo. Y que la Constitución ..."en sus 380 artículos no dice por ninguna parte que deban comprarse cauciones judiciales para que se me respeten mis derechos constitucionales..."

Es claro que el inciso primero del artículo 2o. de la Constitución se refiere a la llamada democracia participativa, que nada tiene que ver concretamente con el trámite de los procesos civiles. Con similar falta de lógica podría afirmarse que, basado en este mismo artículo 2o., cualquiera, movido sólo por su capricho, podría participar en un proceso, a pesar no tener un interés jurídico en el mismo.

Las normas procesales civiles son de carácter legal, por lo general. Estas normas hacen parte de los códigos, cuya expedición corresponde al Congreso, función que ejerce por medio de leyes, según el artículo 150 de la Constitución. Sería, en consecuencia, absurdo buscar en la Constitución una norma específica que autorizara especialmente cada una de las disposiciones de un código. Las leyes están sujetas a la Constitución; pero no puede afirmarse que solamente puedan existir aquellas que reproduzcan literalmente sus normas.

c) Tampoco puede afirmarse que la norma demandada viole el artículo 13 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, porque "discrimina entre *ricos* y *pobres*, entre ambiciosos y resignados".

En primer lugar, no es exacta la suposición de que sólo quienes carecen de recursos económicos proponen el incidente previsto en el artículo 338.

De otra parte, es evidente que la norma demandada prevé el mismo tratamiento para todos los que se encuentran en la circunstancias previstas en ella: ya pretendiendo que son terceros que tenían la posesión de un bien que se entregó en virtud de una sentencia, y que no estuvieron presentes en el momento de la diligencia, ya afirmando que habiendo estado presentes no tuvieron la asistencia de un apoderado judicial.

d) Tampoco viola la norma acusada el debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución. Hay que anotar que, según la demanda, el debido proceso se quebranta porque el actor afirma haber "demostrado que al infringir los artículos 1-2-4-13 de la Constitución no queda otra alternativa que manifestar que también viola o transgrede el artículo 29 de la Carta".

En esta parte de la demanda, repite el actor lo dicho en relación con la supuesta diferencia entre ricos y pobres, y trae a cuento el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, según el cual "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

Aunque la norma acusada en nada contradice la citada últimamente, es bueno recordar que el examen de constitucionalidad se hace a la luz de la propia Constitución, y no de otras normas del mismo rango de las demandadas.

e) No quebranta la norma acusada el artículo 228 de la Constitución. En este punto la acusación se basa en que según el artículo 228 las decisiones de la administración de justicia son independientes, y la disposición demandada hace que "el Estado de Derecho" se encuentre "bajo la tutela de las compañías aseguradoras pues reitero ellas por ministerio de la norma acusada deciden quien es parte".

Como se ve, ninguna acusación puede ser más contraria a la realidad. La verdad es diferente: puede promover el incidente quien se someta a lo previsto en la ley procesal, igual para todos. Además, se olvida que existen diferentes medios para constituir la caución.

f) Finalmente, tampoco es acertado sostener que la norma demandada quebranta el artículo 229 que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. En este caso, como en muchos otros, el establecer unos requisitos para el ejercicio de un derecho o de una facultad, no implica la negación del uno o de la otra.

III.- CONCLUSIONES

En conclusión, la norma acusada no viola precepto alguno de la Constitución. En consecuencia, será declarada exequible.

IV.- DECISION

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

RESUELVE:

Declárase EXEQUIBLE el inciso segundo, del parágrafo 4o., del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 160 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-Con aclaración de voto-

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

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-480
octubre 26 de 1995

PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA/CAUCION (Aclaración de voto)

El marcado acento "legalista" de la sentencia le atribuye exclusivamente a la ley el principio de gratuidad de la justicia. Pareciera que este particular carece de significación para el Estado social de derecho y que nada tiene que ver con el deber de protección efectiva de los derechos y deberes de las personas a cargo de las autoridades. Igualmente, se le resta toda relevancia al derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, que - no cabe duda -, podría sufrir menoscabo si las cauciones o multas resultan irrazonables, desproporcionadas o disuasivas para quienes pretenden intervenir en los procesos. La Corte, confiada en un enfoque formalista de raigambre legal, se abstuvo de establecer si la caución en sí misma representaba una barrera injustificada para acceder a la justicia o si, aún permitiéndose, bajo ciertas condiciones podría llegar a serlo.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Comparto la decisión adoptada por la Corte, pero considero necesario, brevemente, manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación.

La Corte, a mi juicio, se limita a interpretar la disposición demandada, sólo desde el punto de vista civil. El problema constitucional se despacha sin otorgarle la consideración atenta que merece en este proceso.

Seguramente a este enfoque se debe que, sin ninguna matización, se afirme que al "vencido" - sea éste de buena o de mala fe (C.P., art. 83) -, se le imponga la condena en costas a título de "sanción al abuso del derecho de litigar". Así en el derecho civil, en esta materia, prevalezca la responsabilidad objetiva, no puede anticiparse que dicho aserto, formulado de manera absoluta, tenga sustento constitucional. Sin ninguna confrontación ni análisis, la sentencia extiende carta de naturaleza constitucional a postulados y teorías civilistas, por el simple hecho de serlo.

El marcado acento "legalista" de la sentencia le atribuye exclusivamente a la ley el principio de gratuidad de la justicia. Pareciera que este particular carece de significación para el Estado social de derecho (C.P., art. 1) y que nada tiene que ver con el deber de protección efectiva de los derechos y deberes de las personas a cargo de las autoridades (C.P. art., 2). Igualmente, se le resta

toda relevancia al derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, que - no cabe duda -, podría sufrir menoscabo si las cauciones o multas resultan irrazonables, desproporcionadas o disuasivas para quienes pretenden intervenir en los procesos (C.P., art. 229). La Corte, confiada en un enfoque formalista de raigambre legal, se abstuvo de establecer si la caución en sí misma representaba una barrera injustificada para acceder a la justicia o si, aún permitiéndose, bajo ciertas condiciones podría llegar a serlo.

Finalmente, se adopta un criterio formalista para enfrentar el cargo que el demandante hace en relación con el derecho a la igualdad. El actor se refiere a los presuntos poseedores que objetivamente carecen de recursos para obtener una caución y que, por este motivo, no podrían intervenir en el proceso. Con un raciocinio "legalista" - como si la igualdad fuera el fruto natural y eterno de la ley -, la sentencia cree rebatir el cargo, cuando en realidad lo confirma: "(...) es evidente que la norma demandada prevé el mismo tratamiento para todos los que se encuentran en las circunstancias previstas en ella".

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-481
octubre 26 de 1995

NOTIFICACION POR EDICTO EN PROCESO ELECTORAL

La modalidad de notificación edictal prevista en los incisos 2o. y 3o. del numeral 4 del art. 233, aunque especial y de excepción frente a las disposiciones generales que normalmente prevén la notificación personal del auto admisorio de la demanda, responde indudablemente a la necesidad de la celeridad de los procesos electorales, que demanda su rápida tramitación y decisión, obviamente bajo la observancia del debido proceso, con el fin de que el pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional produzca los efectos deseados, en el sentido de garantizar la pureza del sufragio y el acceso regular a la función pública. No es la notificación personal el único medio que garantiza el conocimiento de un acto procesal, pues el legislador puede idear, mecanismos sustitutivos que tengan tanta o igual eficacia a aquélla.

Referencia: Expediente No. D-913

Norma Acusada: Artículo 233 del C.C.A., subrogado por el artículo 60 del decreto 2304 de 1989.

Demandante: José Javier Buitrago

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

Cumplidos los trámites propios del proceso a que da origen la acción pública de inconstitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional procede a adoptar la decisión de fondo, en relación con la demanda presentada por el ciudadano José Javier Buitrago contra el inciso 2o., aparte final, del numeral 4 del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el art. 60 del decreto 2304 de 1989.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

Se transcribe, en lo pertinente, la norma del artículo 233 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el decreto 2304 de 1989, destacando los apartes que se acusan:

DECRETO 2304 DE 1989
(octubre 7)

"Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 30 de 1987 y oída la Comisión Contencioso Administrativa,

DECRETA:

"Art. 60.- El artículo 233 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Art. 233.- Auto admisorio de la Demanda. El auto admisorio de la demanda deberá disponer:

1. Que se notifique por edicto que se fijará durante cinco (5) días.

2. Que se notifique personalmente al Ministerio Público.

3. Si se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda. Si esto no fuere posible dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto, sin necesidad de orden especial, se lo notificará por edicto que se fijará en la Secretaría de la Sala o Sección por el término de tres (3) días. El edicto debe señalar el nombre del demandante y la naturaleza del proceso y copia del mismo se remitirá, por correo certificado a la dirección indicada en la demanda y a la que figure en el directorio telefónico del lugar, de lo que se dejará constancia en el expediente. El edicto, una vez desfijado, se agregará al expediente. Si el notificado no se presenta, se le designará curador ad litem que lo represente en el proceso.

4. Que se fije en lista por tres (3) días una vez cumplido el término de la notificación, con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas.

Si por virtud de la declaración de la nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende. ***En este caso se les notificará mediante edicto que durará fijado cinco días (5) en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral.***

Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

(....)

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

Considera el actor que la norma acusada viola los artículos 2, 4 y 29 de la Constitución Política.

El concepto de violación lo desarrolla, siguiendo fielmente lo expuesto por la Sala Contenciosa Electoral, mediante auto del 18 de octubre de 1986, del cual fue Ponente el Consejero Hernán Guillermo Aldana Duque. En dicho auto se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso electoral No. E-009, a partir del auto admisorio de la demanda por no haberse notificado personalmente al demandado el auto admisorio de la demanda.

Cita el demandante, como fundamento de su argumentación, entre otros los siguientes apartes de dicha providencia:

"La Sala destaca que en el caso de autos el elegido lo ha sido por manifestación de la voluntad soberana de la Nación, y en esa medida "representa a la Nación entera". Sostiene que el mecanismo de notificación por edicto es suficiente amparo y es el debido proceso que proclama la Carta, para enterar al elegido de la existencia de demanda que pone en tela de juicio su carácter de representante de la Nación, no es afirmación que carece de asidero en la Constitución, pues por debido proceso debe entenderse, naturalmente, un sistema de actuación que ofrezca amplia oportunidad de defensa. Y la notificación regulada en la forma descrita para este evento, no se ajusta a la concepción del artículo 26 de la Constitución Nacional".

"En el sistema del C.C.A., se debe señalar que el demandado notificado supuestamente de la demanda por edicto, ni siquiera podría defenderse mediante la procuración de un curador ad-litem, pues el nombramiento de este no está previsto en la norma contencioso administrativa, que resulta, a juicio de la Sala Unitaria, violatorio y en contradicción con los principios generales del derecho y del precepto consagrado en el artículo 26 (art. 29 de la actual C.N.) de la Carta, toda vez que el procedimiento, para el efecto que se estudia, no ofrece la característica de procedimiento debido en la forma de notificación personal que es la propia de un juicio en un estado de derecho o que se pretende tal".

Precisa el actor, por otra parte, que la primera garantía que ha de brindársele a un procesado, es el permitirle el oportuno conocimiento de los cargos que se le imputan, de acuerdo a unos fundamentos de hecho y de derechos por probar, "para que de esta manera tenga oportunidad de debatir las argumentaciones expuestas, enriqueciendo la controversia, de lo que en últimas permitía al fallador contar con una mayor cantidad de elementos de juicios que brinden la mayor posibilidad que (sic) la sentencia, a mas de estar a derecho sea justa". Y agrega que en los casos que no sea posible la notificación personal, se han establecido mecanismos como el de la notificación por edicto, pero previendo la designación del curador ad-litem, a efecto de garantizar el derecho de defensa.

Finalmente dice, que sin desconocer la celeridad que debe informar los procesos electorales "si estamos hablando de elecciones plurinominales, es más expedito realizar la notificación personal a la sede de la corporación pública, que es de conocimiento general, que llevar a cabo todo el trámite del numeral 4 del art. 233 del C.C.A".

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada, con fundamento en los siguientes argumentos:

"Un recorrido por la normatividad reguladora del juicio contencioso electoral, confirma la observación del demandante respecto a la celeridad que le ha impreso el legislador, la que junto con las características de la preclusión y la eventualidad están llamadas a garantizar y asegurar la certeza en los resultados de las elecciones y nombramientos como soporte para la legitimidad y dinámica adecuada del sistema democrático".

"La especialidad de la actuación judicial electoral en punto a su celeridad ha llevado a que se identifiquen frente a la forma de notificación del auto admisorio de la demanda dos posiciones agonales, en particular en tratándose de las causas por elecciones que no en las de nombramientos - por cuanto para ellos determina la disposición acusada en su numeral 3 que al nombrado se dispondrá notificarle personalmente-: aquella que entiende a la notificación por edicto como sustitutiva de la notificación personal, prevista como regla general para las actuaciones judiciales contenciosas y otra que la admite como subsidiaria".

(...)

"Un sector de la doctrina administrativa ha entendido que no puede exigirse la notificación personal de la demanda para justificar su valor jurídico, a todas las personas posibles e hipotéticamente afectadas en los proceso electorales en los que esté en entredicho el acto respectivo en acción pública de nulidad, bajo la consideración de la imposibilidad de conocer con exactitud, y de manera previa quién o quiénes serán los afectados con el nuevo escrutinio que ordenare la sentencia. La razón de esta postura se apuntala no sólo en la celeridad propia de la actuación judicial electoral sino además, en que procesalmente existen otros mecanismos que evidencian garantías de igual entidad para los demandados, como la proposición del incidente de nulidad por falta de notificación y la intervención obligatoria del Ministerio Público".

"Para el otro sector que identifica en las causas electorales la existencia de partes es incontestable la necesidad de que se dé aplicación a todos los principios del derecho procesal garantes de su efectiva intervención, de manera tal que la integración debida del contradictorio es indispensable para regular la marcha de la actuación judicial".

Dice el Procurador, que tanto la notificación personal como por edicto, en la forma como aparece regulada en la norma, son medios suficientes para participar del conocimiento debido requerido a fin de asegurar la eventual defensa de la parte; son de igual categoría, aunque ambas notificaciones se aplican por el legislador en eventualidades distintas.

Además agrega, que cuando el demandado es conocido, se tiene la certeza de su eventual ubicación y el demandante suministra su dirección o posible localización es lógico que la

notificación se surta en la forma personal que aspira el actor, pero cuando el número de demandados o de personas contra quien va dirigida la acción es indeterminado y por ende su localización se dificulta, por ello más que por razones de celeridad procesal, debe acudirse a la notificación por edicto, como se prevé en la norma acusada.

Finalmente concluye, que el mecanismo de notificación por edicto que regula la norma acusada, sustitutiva de la notificación personal, constituye suficiente garantía para lograr que concurran al proceso los interesados en controvertir las pretensiones del actor.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Por dirigirse la demanda contra normas que hacen parte de un Decreto ley, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Interpretación y precisión de la pretensión del demandante.

Siguiendo la orientación jurisprudencial contenida en la sentencia C-472/95[1], la Corte considera que es del caso interpretar el alcance de la pretensión del demandante. En efecto:

Si bien es cierto que lo demandado es únicamente el aparte final del inciso 2o. del numeral 4 del art. 233, referente a la notificación por edicto, la Corte entiende que tanto el mencionado inciso, como el inciso 3o. del referido numeral, constituyen una proposición jurídica completa, porque regulan la situación especial relativa al evento en que por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, en cuyo caso se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, quienes deben ser notificados por edicto que requiere ser publicado por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, dentro del término perentorio que se ha previsto, so pena de que se declare terminado el proceso por abandono y se ordene el archivo del expediente. En tal virtud, considera la Corte que la pretensión del demandante comprende la totalidad de la unidad normativa antes precisada.

3. La Notificación del auto admisorio de la demanda en los procesos electorales.

A través del proceso electoral a que da origen la pretensión o acción electoral, se ejerce el control jurisdiccional y se discute la validez jurídica de los actos de elección popular de ciertos funcionarios y de los miembros de las corporaciones públicas, o del nombramiento o elección realizado por un órgano de cualquiera de las ramas del poder público, en los eventos en que se cuestiona la observancia de las normas jurídicas, relativas a la exigencia de las condiciones o calidades constitucionales y legales que debe reunir un candidato o persona para acceder al ejercicio de la función pública, o a la regularidad de las operaciones materiales y jurídicas requeridas para concretar y crear válidamente el acto de elección o de nombramiento.

---

[1] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

El art. 233 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el artículo 60 del decreto 2304 de 1989, al regular lo concerniente a la notificación del auto admisorio de la demanda, contempla las siguientes situaciones:

- El auto admisorio de la demanda debe ser notificado personalmente al Ministerio Público.

- Igualmente, el auto admisorio de la demanda, en todas las modalidades de acciones electorales, es decir, como regla general, se notifica por edicto.

- Dicho edicto es, además, el regulado por el inciso 2o. del numeral 4 del art. 233, que se refiere a la situación en que "por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio", pues en tal circunstancia se entienden "demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende".

- Cuando se trata de demanda contra actos de nombramiento o elección, producidos por junta, consejo o entidad colegiada, el auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente al demandado, esto es, a la persona sobre la cual ha recaído el respectivo nombramiento o elección. Si ello no fuere posible dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición del auto, se procederá como se indica en el numeral 3 del art. 233, el cual prevé la fijación de un edicto, y el envío de copia de éste por correo certificado a la dirección indicada en la demanda y a la que figure en el directorio telefónico del lugar, de lo cual se dejará constancia en el expediente. En el evento de que el notificado no se presente se le designa un curador ad-litem para que lo represente en el proceso.

4. La materia.

La censura contra la normatividad acusada estriba, según el demandante, en que el medio de notificación que ella prescribe no garantiza el derecho de defensa, pues a su juicio dicho derecho sólo se asegura a través de la notificación personal del auto admisorio de la demanda.

Estima la Corte que la referida normatividad no es violatoria del debido proceso, por las siguientes razones:

La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. Por consiguiente, solamente cuando una norma procedimental carezca de los atributos señalados y pueda juzgarse desproporcionada, es posible declarar que ella es contraria al ordenamiento superior.

El proceso electoral ha sido estructurado bajo la idea de la simplicidad de los trámites y de la celeridad y eficiencia de las actuaciones procesales, no sólo para responder a los mandatos constitucionales que exigen un debido proceso sin dilaciones, con el cumplimiento estricto de los términos procesales (arts. 29 y 228 C.P.), sino porque con dicho proceso se busca fundamentalmente que los actos de nombramiento o elección adquieran certeza jurídica a la mayor brevedad posible, con el fin de garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, e igualmente el buen servicio atinente a la función pública.

La modalidad de notificación edictal prevista en los incisos 2o. y 3o. del numeral 4 del art. 233, aunque especial y de excepción frente a las disposiciones generales que normalmente prevén la notificación personal del auto admisorio de la demanda, responde indudablemente a la necesidad de la celeridad de los procesos electorales, que demanda su rápida tramitación y decisión, obviamente bajo la observancia del debido proceso, con el fin de que el pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional produzca los efectos deseados, en el sentido de garantizar la pureza del sufragio y el acceso regular a la función pública.

Las citadas normas solucionan la dificultad procesal que se presenta cuando la notificación personal resulta demasiado engorrosa y dispendiosa, en razón del considerable número de destinatarios de la acción electoral, cuya localización no es fácil, o muchas veces resulta imposible por hechos o actos imputables a aquéllos.

El Consejo de Estado reiteradamente se ha pronunciado sobre la conveniencia y viabilidad de este tipo de notificación. Fue así como expresó:

"De acuerdo con esto resulta suficiente que en la demanda electoral en la que se pide la práctica de nuevo escrutinio como resultado de la nulidad impetrada, como en el caso de este proceso, se diga que son partes los ciudadanos declarados elegidos por el o los actos cuya nulidad se pretende con la puesta en marcha de la acción pública electoral. Iría contra ese principio un procedimiento engorroso consistente en la notificación personal a todos y cada uno de esos demandados. Entendiéndolo así el legislador fue que dispuso la notificación mediante la publicación del edicto en dos periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral correspondiente"[2].

El mecanismo de notificación establecido en dichas normas no es violatorio del debido proceso, porque el edicto fijado durante el término de cinco (5) días en la Secretaría y la exigencia de su publicación por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, cumple a cabalidad con la función de la notificación, como forma de comunicación de los actos procesales, habida consideración de que las personas que son consideradas como demandados, en las circunstancias que contempla la disposición del inciso 2o. del numeral 4 del art. 233, con certeza resultan noticiados o enterados suficientemente de la existencia del proceso. Es mas, la norma del inciso 3o. del numeral 4 del art. 233 garantiza, además, con una sanción drástica la efectiva publicación del edicto, cuando dispone que si no se comprueba la publicación en la prensa dentro del término de 20 días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará el archivo del expediente.

No es la notificación personal el único medio que garantiza el conocimiento de un acto procesal, pues el legislador puede idear, como lo hizo en las mencionadas normas, mecanismos sustitutivos que tengan tanta o igual eficacia a aquélla. Sobre este tema se pronunció la Corte en la sentencia C-428/94[3] cuando dijo:

---

[2] Sentencia del 22 de febrero de 1991, Sección Quinta, Exp. No. 0501, Actor Emilio Abuabara Noriega, C.P. Jorge Penen Deltiure.

[3] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

"No se infringe el debido proceso, cuando la aplicación del instrumento sustitutivo de la notificación personal permite franquear un escollo para lograr la comunicación que resulta imposible de manera directa, y si dicho instrumento contiene en si mismo los elementos que racionalmente permiten deducir la viabilidad del objetivo propuesto. En lugar de desconocerse el derecho al interesado a ser oído, se establece una opción real que busca garantizarle ese derecho".

En suma, y por las consideraciones expresadas, no existe la alegada violación de los artículos 2o., 4o. y 29 de la Constitución. Por lo tanto, se declararán exequibles los incisos 2o. y 3o. del numeral 4 del art. 233 del C.C.A.

VI. DECISION

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los incisos 2o y 3o. del numeral 4 del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 60 del decreto 2304 de 1989.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta Constitucional.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-482
octubre 30 de 1995

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Error mecanográfico/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

En aras de la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.) y teniendo en consideración que el actor tan sólo incurrió en un error de tipo mecanográfico al presentar su demanda contra el artículo 60 del Decreto 2083 de 1994, en lugar del artículo 6 literal c), esta Corporación se pronunciará entonces sobre la exequibilidad de la disposición referida.

ESAP-Naturaleza jurídica/ESAP-Régimen jurídico

La misma Ley 30 de 1992 quiso que la Escuela Superior de Administración Pública mantuviese su naturaleza jurídica, es decir, su carácter de establecimiento público y no de universidad del Estado. En otras palabras, el régimen jurídico en materia de educación superior aplicable a la ESAP, es el contemplado en el parágrafo del artículo 57 y en el artículo 137 de la Ley 30 de 1992, y no el que está previsto en el artículo 19 y en los primeros incisos del artículo 57 de esa normatividad.

ESAP-Calificación errónea en la ley/ERROR DE TECNICA LEGISLATIVA

La calificación que la Ley 136 de 1994 hace de la ESAP como universidad del Estado, se debe tan sólo a un error de técnica legislativa en la denominación de la entidad, que no se compatibiliza con los propósitos mismos de la ley de facultades ni con la regulación histórica de que ha sido objeto esa institución.

ESAP-Régimen jurídico

El Decreto 2083 de 1994 interpretó cabalmente el propósito contemplado en la norma habilitante, cual era el de determinar en primer término la naturaleza jurídica de la ESAP de acuerdo con su tradición histórica y con la ley de educación superior, para posteriormente darle su nuevo régimen jurídico. Definido en consecuencia que la ESAP era y sigue siendo un establecimiento público, resultaba entonces ajustado a la Constitución, a la ley y a derecho, reconocer expresamente que se trata de un establecimiento público y que el presidente de la República puede nombrar al director nacional de la entidad -en su calidad de agente-, así como a dos de los miembros integrantes del Consejo Directivo Nacional, uno de los cuales deberá ser egresado de la ESAP.

C-482/95

Referencia: Expediente No. D-905

Demanda contra los artículos 1o., 8o. y 60 (6o.) del Decreto 2083 de 1994, "por el cual se adecua el estatuto básico de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones."

Actor: Alvaro Tafur Galvis.

Temas:
El ejercicio de las facultades extraordinarias
El régimen legal de la Escuela de Administración Pública

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de los artículos 1o., 8o. y 60 del Decreto 2083 de 1994, "por medio del cual se adecua el estatuto básico de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones".

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes; se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al Procurador General de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones demandadas es el siguiente:

" Decreto Número 2083 de 1994

"por medio del cual se adecua el estatuto básico de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones.

*"**Artículo 1o. Naturaleza.** La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, creada por la ley 19 de 1958, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y autonomía académica de conformidad con las normas que regulan el sector educativo en general y el servicio público de la educación superior en particular.*

(...)

"Artículo 6o. Consejo Directivo Nacional. El Consejo Directivo Nacional estará integrado por:

"..."

*"c). **Dos miembros designados por el Presidente de la República, uno de ellos egresado de la ESAP.***

"Artículo 8o. Director Nacional. El Director Nacional de la Escuela es su representante legal, agente del Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción."

Las negrillas corresponden a lo demandando por el actor

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 69, 150-10 y 189-10 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Afirma el demandante que el presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 196 de la ley 136 de 1994, al expedir el Decreto 2083 de 1994. Así, considera que la norma habilitante ordenaba la adecuación de la Escuela Superior de la Administración Pública -ESAP-, a los lineamientos señalados en la Ley 30 de 1992, y que esta adecuación debía realizarse teniendo en cuenta el carácter de la Escuela como una universidad del Estado. Sin embargo, aduce, el Decreto 2083 de 1994 transformó a la ESAP en un establecimiento público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, lo cual, en su sentir, es contrario a la expresa calificación de universidad del Estado dada por la ley habilitante y en la Ley 30 de 1992.

Respecto de lo anterior, manifiesta que de acuerdo con las normas del estatuto del servicio público de educación superior, contenidas en la Ley 30 de 1992, a la cual se refiere la ley de facultades, las entidades oficiales de la educación superior son de dos clases: las universidades estatales y los establecimientos públicos -que son las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidades-, según lo prevé el parágrafo del artículo 57 de la citada ley. Luego de hacer un análisis pormenorizado de las características de uno y otro de los tipos de entidades oficiales de educación superior, de acuerdo con los lineamientos generales señalados en la citada ley 30 de 1992, el actor concluye lo siguiente:

"El Decreto 2083 de 1994, con acatamiento de la voluntad legal expresada, ha debido ordenar la adecuación de la organización de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- teniendo en cuenta el carácter de Universidad del Estado, explícito en la ley 136 de 1994. Al ordenar la reorganización de la ESAP como establecimiento público del orden nacional, el decreto cuyas disposiciones se demandan, equivocada-

mente optó por negar a la ESAP el carácter de Universidad del Estado y la clasificó en una categoría diferente sujeta a un régimen de organización y funcionamiento específico. El Decreto 2083 de 1994, en las disposiciones acusadas, se apartó, entonces, de la perceptiva legal que imponía al presidente de la República adecuar la organización vigente en la ESAP, a su condición de Universidad del Estado, como medio para el cumplimiento de las muy especiales misiones que le ha señalado la ley, en particular la propia habilitante 136 de 1994, ya que las reglas adoptadas para su organización y funcionamiento no reflejan la preceptiva legal explícita."

Adicionalmente, el peticionario solicita que si la Corte Constitucional considera que el presidente de la República no incurrió en extralimitación de las facultades legales al expedir el Decreto 2083 de 1994, se declare que las normas acusadas son violatorias del artículo 69 de la Constitución Política, toda vez que, argumenta, resultan contrarias a los postulados de la autonomía universitaria. Sobre el particular, señala:

"El carácter propio de las Universidades estatales u oficiales, tal como lo describe y desarrolla la ley 30 de 1993, en consonancia con la preceptiva del artículo 69 Constitucional, comporta la potestad de 'darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley'. Los establecimientos públicos responden a otra lógica organizativa, son de estirpe fundacional y por tanto se excluye de su estructuración la posibilidad de que se den sus propias autoridades. Definida por ley una entidad como 'Universidad del Estado', como lo hace la 136 de 1994 respecto de la Escuela Superior de Administración Pública, a ésta debe aplicarse todo el régimen que en desarrollo de los mandatos constitucionales haya establecido la misma ley, en este caso la 130 de 1992."

Pese a lo anterior, considera que "la autonomía que para las Universidades del Estado, y en desarrollo de la disposición constitucional, establece el Artículo 57 de la ley 30 de 1992, resulta recortada al tenor del artículo 8° del Decreto 2083 de 1994, cuando prevé el nombramiento del Director General de la ESAP por parte del presidente de la República y con el carácter de agente suyo, de libre nombramiento y remoción." Igualmente estima que se menoscaba la autonomía universitaria en el artículo 60 (realmente es el 6°) acusado, al prever que hará parte del Consejo Directivo de la ESAP un representante de los egresados nominado por el presidente de la República.

IV. INTERVENCION DEL APODERADO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA -ESAP-

La Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, mediante apoderado judicial, presentó un extenso escrito justificando la constitucionalidad de las normas acusadas. En primer lugar, el interviniente dedica especial atención para explicar el manejo especial de los objetivos que desarrolla la ESAP, contenidos en el artículo 2° del Decreto 2083 de 1994, los cuales se resumen en el deber de investigar, enseñar y difundir las ciencias y técnicas concernientes a la administración pública, junto con el adiestramiento y perfeccionamiento del personal al servicio del Estado. Al respecto, manifiesta:

"Como se observa, las funciones de la ESAP no son exclusivamente de docencia a nivel superior, en el sentido clásico de la expresión. Además de ello, a requerimiento

del Gobierno o por mandato de la ley, la ESAP debe adelantar programas especiales de adiestramiento y capacitación de los funcionarios del Estado en diversos niveles y sectores, y cumplir programas especiales de pedagogía y divulgación. Misión primordial de la ESAP consiste, por tanto, en actuar como instrumento del Estado para promover la racionalización y modernización de la administración pública y el mejoramiento del funcionariado dentro del ámbito de sus investigaciones y servicios".

Respecto del carácter especial del ESAP y su relación con el régimen al que están sujetas las demás universidades del Estado, anota:

"Este manejo especial no es compatible con el régimen de las universidades establecido en la ley 30 de 1992. El Estado no podría apelar a los servicios y al apoyo de la ESAP para fines institucionales prioritarios y de gran interés general, como lo ha hecho hasta la fecha, si fuera un ente universitario autónomo, investido de aquella autonomía que especialmente otorga a las universidades amplia facultad para 'crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales', conforme al artículo 28 de la ley 30 de 1992.

"Por esas razones la naturaleza de las funciones que cumple la ESAP es hasta cierto punto incompatible con el régimen universitario y, en especial, con la autonomía que a las universidades otorgan la Constitución y la ley. La ESAP es un instrumento que dirige muy de cerca el Estado para mantenerlo al servicio de las necesidades de la administración pública e impulsar procesos de adiestramiento, capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios, acordes con las necesidades de cada época de la vida institucional, que es esencialmente dinámica."

En cuanto al ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República, considera el defensor de las normas acusadas que éstas, al tenor del artículo 196 de la ley 136 de 1994, se debían ejercer de conformidad con la ley 30 de 1992. Así, señala que el artículo 57 de la ley 30 de 1992, ordena que las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes autónomos, sujetas a un régimen especial y adscritas al Ministerio de Educación Nacional. En igual sentido, advierte que el parágrafo del mismo artículo ordena que las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidades, se deberán organizar como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

Sobre el particular, aduce:

"La Escuela Superior de Administración Pública no era, a la fecha de expedirse la ley 30 de 1992 'una universidad reconocida actualmente como tal', y por otra parte tampoco estaba en capacidad de satisfacer las exigencias de la ley para que, conforme a sus previsiones, pudiera ser considerada como universidad.

"Para adquirir ese status que se confiere mediante el reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional, se requiere previo concepto favorable del CESU y que dentro de un proceso de acreditación se demuestre: tener experiencia en investi-

gación de alto nivel y contar con programas académicos y programas en ciencias básicas que los apoyen. La ESAP debía entonces continuar como establecimiento público del ordena nacional según las previsiones generales de este estatuto."

Además de lo anterior, manifiesta que el artículo 137 de la ley 30 citada contiene disposición expresa acerca de la naturaleza de la ESAP, en los siguientes términos:

"Artículo 137. La Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), el Instituto Tecnológico de Electrónica y Comunicaciones (ITEC), el Instituto Caro y Cuervo, la Universidad Militar Nueva Granada, las Escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que adelanten programas de Educación Superior y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), continuarán adscritas a las entidades respectivas. Funcionarán de acuerdo con su naturaleza jurídica y su régimen académico lo ajustarán conforme a lo dispuesto en la presente ley".

Considera el interviniente que, a la fecha en que se expidió la ley 30 de 1992, la ESAP era un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, y que por tal razón, y en virtud del artículo transcrito, continúa adscrito a dicha entidad y conserva dicha naturaleza jurídica. Por ello, concluye:

"Si el Gobierno hubiera procedido como lo plantea la demanda, dándole a la ESAP el tratamiento de universidad, habría violado flagrantemente la condición básica de la norma de facultades. Nada más lejos de la ley 30 de 1992 que una ESAP convertida en ente universitario autónomo vinculado al Ministerio de Educación Nacional. Y, por tanto, nada más lejos de la mente del legislador cuando ordenó al Gobierno reestructurar la Escuela en el artículo 196 de la ley 136 de 1994".

En cuanto al estatuto básico de la Escuela, considera que "si el legislador creyó necesario conferir al Gobierno Nacional facultades extraordinarias para 'adecuar' el estatuto básico y la estructura orgánica de la Escuela Superior de Administración Pública, es porque entendía que la Escuela no era una 'Universidad del Estado', conforme al régimen especial fijado por la ley 30 de 1992, sino que seguía funcionando como un establecimiento público", ya que, si se tratase de una universidad del Estado, las disposiciones de la ley 30 citada constituirían su estatuto básico u orgánico, tal como lo dispone el artículo 61 *ibídem*, y no sería necesaria su adecuación, como en efecto lo dispone la ley de facultades.

Acerca de la planta de personal, considera el defensor de las normas acusadas que "si fuera cierto que la Escuela Superior de Administración Pública es una universidad, como lo sostiene la demanda, y que el decreto demandado, 2083 de 1994, debió reconocerle dicho carácter, el Congreso de la República no habría solicitado al Gobierno Nacional que dispusiera 'lo pertinente' para adecuar la plana de personal de la entidad", toda vez que el Gobierno Nacional no tiene nada que ver con las decisiones internas de las universidades del Estado, en cuanto a su planta de personal, precisamente porque se trata de entes autónomos. Sobre la escala salarial, afirma que, tanto las universidades del Estado como los establecimientos públicos se encuentran sometidos a los mandatos de la ley 4a. de 1992 y sus decretos reglamentarios. En este punto, concluye que "entre las materias que son objeto de las facultades, ninguna de ellas hace alusión a la modificación de la naturaleza jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública."

Adicionalmente aduce que debido a que el fin de la ley 136 de 1994 es la modernización de la organización y el funcionamiento de los municipios, no sería consonante con esa finalidad que se facultara al Gobierno para modificar la naturaleza jurídica de la ESAP. Así, si se hubiese obrado en tal sentido, el artículo 196 de la ley 136 de 1994 sería violatorio del artículo 158 de la Constitución Política. Por ello, considera:

"El objetivo de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional era habilitar a la Escuela para que pudiera responder mejor a las demandas o requerimientos de las entidades territoriales en materia de investigación, asesoría, capacitación y formación de los servicios públicos, todo ello de importancia para el desarrollo de la ley 136 de 1994, Cotejando el contenido de las facultades con el objeto de la ley, el cambio de la naturaleza jurídica de la ESAP no tiene sustento ni justificación alguna. Es evidente que la adecuación de la ESAP que ordena la ley no hace indispensable su conversión en Universidad. Antes bien, ello podría ser inconveniente para la necesidad que tiene el Estado de orientar la actividad de la institución hacia esos derroteros y prioridades del interés público."

De otra parte, estima el interviniente que la ley 136 de 1994 no modificó la naturaleza jurídica de la Escuela, ni otorgó facultades para que el Gobierno alterara dicha naturaleza, toda vez que sus mandatos se dirigen al Gobierno Nacional "para que, como órgano de tutela que es de todos los establecimientos públicos del orden nacional, intervenga, impulse y supervigile la reestructuración administrativa de la ESAP", y porque, como bien lo señala el artículo 196 de la ley en comento, las facultades se otorgaron para que la ESAP se adecuara a los requerimientos de dicha ley.

A juicio del defensor de las normas acusadas existe una contradicción en los mandatos de la ley 136 de 1994 ya que "parece suponer o sobreentender que la Escuela Superior de Administración Pública es una Universidad del Estado. Si al redactarse la ley 136 de 1994 la ESAP ya era Universidad, esto sólo habría sido posible si se lo hubiera permitido el estatuto que organiza la Educación Superior, o sea la ley 30 de 1992. Y sabemos con certeza que esto no es así, si atendemos las prescripciones generales de la ley 30 en relación con las universidades y las instituciones estatales de Educación Superior, y si acatamos la salvedad expresa de la misma ley 30 de 1992 en relación con la ESAP, según más arriba hemos visto." Por ello, afirma que la norma habilitante parece redactada erróneamente al considerar que la ESAP tenía el carácter de Universidad del Estado, cuando en realidad siempre ha ostentado la calidad de establecimiento público del orden nacional. Simplemente considera que el tratamiento de la ESAP como Universidad del Estado a que se refiere el artículo 196 de la ley 136 de 1994, "es una imprecisión o inexactitud de la norma en la denominación de la entidad destinataria de las facultades, en la que inadvertida e involuntariamente el legislador quizá se dejó llevar por lo que durante años ha sido el slogan de la ESAP, concebido y utilizado simplemente para efectos de presentación y difusión institucional de la Escuela, pero que no corresponde a una realidad jurídica ni material."

Finalmente afirma que las normas acusadas no son violatorias del artículo 69 de la Constitución Política, toda vez que la autonomía universitaria no se puede predicar de un establecimiento público del ordena nacional, y como lo señaló atrás, ésta naturaleza jurídica de la ESAP no fue modificada por la ley 136 de 1994.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la inexequibilidad del Decreto 2083 de 1994, ya que, a su juicio el legislador extraordinario excedió las facultades otorgadas por el artículo 196 de la ley 136 de 1994 al reestructurar la Escuela Superior de Administración Pública como un establecimiento público del orden nacional, cuando la citada norma habilitante le señala una naturaleza jurídica distinta, cual es la de Universidad del Estado, desbordándose en forma clara y ostensible tales facultades.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Por dirigirse la demanda contra una decreto expedido en ejercicio de facultades extraordinarias, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241-5 de la Carta Fundamental.

2. Observaciones previas

La demanda versa sobre la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 1o., 8o. y 60 del Decreto 2083 de 1994. En cuanto a esta última disposición, encuentra la Corte que, con base en los argumentos expuestos por el actor, realmente se trata de una acusación en contra del artículo 6o. de la citada ley y, en particular, del literal c), toda vez que el interesado cuestiona la facultad del presidente de la República para nombrar dos miembros en el Consejo Directivo Nacional de la Escuela de Administración Pública, uno de los cuales debe ser un representante de los egresados de la ESAP. De igual forma, téngase en cuenta que el Decreto en mención consta de veinticinco (25) artículos, razón por la cual resulta materialmente imposible estudiar la constitucionalidad del artículo 60, el cual es inexistente.

Así las cosas, en aras de la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.) y teniendo en consideración que el actor tan sólo incurrió en un error de tipo mecanográfico al presentar su demanda contra el artículo 60 del Decreto 2083 de 1994, en lugar del artículo 6o. literal c), esta Corporación se pronunciará entonces sobre la exequibilidad de la disposición referida.

3. Las facultades extraordinarias

Al tratarse la presente demanda de un supuesta extralimitación del ejecutivo, respecto de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador, conviene, entonces, transcribir el texto completo del artículo 196 de la Ley 136 de 1994.

"Ley 136 de 1994
"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios.

*"**Artículo 196-.** El Gobierno Nacional dispondrá lo pertinente para que, de conformidad con la ley 30 de 1992, en un lapso no mayor de tres meses a partir de la vigencia de la presente ley, la Escuela Superior de Administración Pública ESAP como Univer-*

sidad del Estado especializada en la materia, adecue su estatuto básico, estructura orgánica, planta de personal y escala salarial, a los requerimientos que en cuanto a investigación, asesoría, capacitación, formación profesional y tecnológica de los servidores públicos, en sus diferentes niveles municipal, departamental y nacional, tengan los entes territoriales para el desarrollo de esta Ley".

4. El ejercicio temporal de las facultades extraordinarias.

De conformidad con el artículo 196 de la Ley 136 de 1994, el gobierno contaba con un plazo de hasta tres meses para reestructurar la Escuela Superior de Administración Pública. La citada disposición entró en vigencia el dos (2) de junio de 1994 y se publicó en ese mismo día en el Diario Oficial No. 41377. Por su parte, el presidente de la República dictó el Decreto No. 2083 de 1994, el día dos (2) de septiembre de ese mismo año (Diario Oficial No. 41.525). Por tanto, el Ejecutivo empleó las facultades dentro del término conferido por la ley habilitante, razón por la cual esta Corporación no encuentra objeción alguna de constitucionalidad, en los términos del numeral 10 del artículo 150 superior.

5. El alcance de las facultades extraordinarias

Para la Corte, la autorización contenida en el artículo 196 de la Ley 136 de 1994, se circunscribe a dos parámetros específicos: por una parte, le corresponde al gobierno adecuar el estatuto básico, la estructura orgánica, la planta de personal y la escala salarial de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- a los "requerimientos que en cuanto a investigación, asesoría, capacitación, formación profesional y tecnología de los servidores públicos, en sus diferentes niveles municipal, departamental y nacional tengan los entes territoriales para el desarrollo de esta ley", esto es, aquella por medio de la cual "se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios". Por otra parte, el gobierno debe desarrollar la anterior tarea "de conformidad con la Ley 30 de 1992", es decir, según los presupuestos contenidos en la normatividad que organiza el servicio público de educación superior.

De acuerdo con lo precedente, le corresponde a la Corte determinar si la remisión que hace la norma habilitante a la Ley 30 de 1992, implica que la expedición del decreto acusado se debió o no basar íntegramente en dicho texto legal. Asimismo, resulta indispensable establecer si la Escuela Superior de Administración Pública conserva su característica de ser establecimiento público o si, por el contrario, ha pasado a convertirse en una universidad del Estado, según lo prevé el artículo 196 de la Ley 136 de 1994. De la conclusión a la que se llegue dependerá entonces la constitucionalidad de las normas demandadas.

La Ley 30 de 1992, al organizar el servicio público de educación superior, estableció que las entidades que prestan este tipo de educación son las instituciones técnicas profesionales, las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y las universidades (Art. 16). Respecto de estas últimas, señaló:

*"**Artículo 19-.** Son universidades las reconocidas actualmente como tales y las instituciones que acrediten su desempeño con criterio de universalidad en las siguientes actividades: La investigación científica o tecnológica; la formación académica en profesiones o disciplinas y la producción, desarrollo y transmisión del conocimiento y de la cultura universal y nacional.*

"Estas instituciones están igualmente facultadas para adelantar programas de formación en ocupaciones, profesiones o disciplinas, programas de especialización, maestrías, doctorados y post-doctorados, de conformidad con la presente Ley".

En virtud de lo anterior, se tiene que el legislador distinguió dos clases de instituciones universitarias: las que anteriormente se hubiesen reconocido como tales -lo cual, lógicamente, debe provenir de una orden dada por la autoridad competente- y las que acrediten su desempeño académico con un criterio universal en las actividades que enuncia la norma en comento. Valga agregar que, de acuerdo con los artículos 20, 21 y 22 de la citada ley, el ministro de Educación Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Educación Superior, es el encargado de aprobar el funcionamiento de un nuevo ente universitario estatal, el cual deberá ser creado por las corporaciones públicas territoriales competentes (Arts. 58 y 59). Asimismo, para efectos del asunto bajo examen, resulta relevante remitirse al artículo 57 de la referida ley, el cual definió los alcances de la autonomía de las universidades estatales en los siguientes términos:

***"Artículo 57-. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos**, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.*

"Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

"El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.

***"Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley, deberán organizarse como Establecimientos Públicos** del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal".* (Negrilla fuera de texto original).

Corresponderá, entonces, establecer si la Escuela Superior de Administración Pública se puede enmarcar dentro de los supuestos anteriormente descritos, con el fin de determinar la consecuente autonomía de la que debería gozar en caso de reconocérsele como una universidad del Estado, tal como lo prevén los artículos 69 de la Constitución Política y 28 de la Ley 30 de 1992.

Para efectos de responder al anterior cuestionamiento, debe indicarse que la misma Ley 30 de 1992 se encargó de definir la situación jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública dentro del contexto de la regulación legal de la educación superior. Al respecto, dispuso:

*"**Artículo 137-. La Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)**, el Instituto Tecnológico de Electrónica y Comunicaciones (ITEC), el Instituto Caro y Cuervo, la Universidad Militar de la Nueva Granada, las Escuelas de Formación de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que adelanten programas de Educación Superior y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), **continuarán adscritas a las entidades***

respectivas. Funcionarán de acuerdo con su naturaleza jurídica y su régimen académico lo ajustarán conforme lo dispuesto en la presente ley.

"Parágrafo. *El Ministro de Educación Nacional, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), reglamentará de equivalencias correspondientes a los títulos otorgados por las instituciones señaladas en el presente artículo".* (Negrilla fuera de texto original)

De lo transcrito se deducen tres aspectos fundamentales: en primer lugar, el legislador quiso que las instituciones allí referenciadas continuaran adscritas a sus entidades respectivas, para lo cual se permite que continúen funcionando de acuerdo con su naturaleza jurídica; en segundo lugar, se dispuso que esas entidades ajustaran su régimen académico a lo dispuesto en la ley; y, finalmente, se permitió a las autoridades educativas correspondientes reglamentar lo respectivo a las equivalencias de los títulos otorgados por esas instituciones. Compete ahora, por ende, analizar cada uno de estos aspectos.

Al señalar el artículo en comento que establecimientos como la ESAP "continuarán adscritas" a la entidad respectiva, significa que el legislador está reconociendo, *per se*, que esa institución sigue ostentando el carácter de establecimiento público y no de universidad del Estado, en los términos definidos por la Ley 30 de 1992. Dicho carácter de establecimiento público se deriva, como bien lo anota el impugnante de la demanda de constitucionalidad, de la Ley 19 de 1958, el Decreto-Ley 3119 de 1968 y el Decreto-Ley 2083 de 1994, principalmente, que le definieron dicha naturaleza jurídica a la ESAP y determinaron que estuviera adscrita al Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública. Igualmente esas disposiciones definen, y así lo admite esta Corte, el objeto jurídico singular de esta institución, el cual sobrepasa los límites propios de la academia para abarcar campos que se relacionan directamente con la calidad de la función pública y la preparación, capacitación, adiestramiento y entrenamiento de los empleados que se encuentran al servicio del Estado.

Por otra parte, no sobra recordar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. del Decreto-Ley 1050 de 1968, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 115 superior, los establecimientos públicos se encuentran *adscritos* -término empleado por el parágrafo del artículo 137 de la Ley 30 de 1992- a los ministerios o a los departamentos administrativos y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley, bajo el control y la orientación de éstos.

El segundo aspecto, esto es, el que las entidades a que se refiere el artículo 137 deban ajustar su régimen académico a lo dispuesto en la Ley 30 de 1992, no hace otra cosa que corroborar el hecho de que la ESAP no era, al momento de expedirse la referida ley, una universidad del Estado. En efecto, téngase en cuenta que la misma norma legal obliga a instituciones como la ESAP a "ajustar su régimen académico" a las prescripciones de la ley de educación superior. Ello significa que el legislador entiende y acepta que esa entidad no reviste el carácter de universidad estatal, pues si ello no fuese así, la disposición carecería de fundamento y lógica jurídica. Sobre el particular, conviene preguntarse: ¿Por qué razón se obligaría a una universidad del Estado a ajustar su régimen académico a lo dispuesto en la Ley 30 de 1992, cuando la misma ley prevé que esas entidades gozarán de la autonomía suficiente para cumplir con esa misión?

Lo mismo sucede con el tercer aspecto en mención. El hecho de permitir a las autoridades educativas correspondientes reglamentar lo respectivo a las equivalencias de los títulos otorga-

dos por instituciones como la ESAP, significa que se está partiendo del supuesto necesario de reconocer que esas entidades no son realmente universidades del Estado. Si ello no fuere así, entonces la ley hubiese guardado silencio al respecto, pues no se trataría ya de "equivalencias académicas", sino de verdaderos títulos cuya expedición se debe ajustar a los parámetros determinados en la misma Ley 30 de 1992.

Así las cosas resulta forzoso concluir que la misma Ley 30 de 1992 quiso que la Escuela Superior de Administración Pública mantuviese su naturaleza jurídica, es decir, su carácter de establecimiento público y no de universidad del Estado. En otras palabras, el régimen jurídico en materia de educación superior aplicable a la ESAP, es el contemplado en el parágrafo del artículo 57 y en el artículo 137 de la Ley 30 de 1992, y no el que está previsto en el artículo 19 y en los primeros incisos del artículo 57 de esa normatividad.

Conviene reiterar y destacar, por lo demás, que el carácter específico de la misión encomendada a la ESAP no permite enmarcar a esta entidad dentro de los estrictos parámetros de una universidad propiamente dicha. Tal carácter fue definido por el legislador desde el momento mismo de la creación de la ESAP (Ley 19 de 1958, artículo 17) y por otras disposiciones, en especial, por el Decreto 3119 de 1968, que le confió a esta entidad, además de la "enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas concernientes a la administración pública", el deber de adiestrar y perfeccionar la capacitación del personal al servicio del Estado (Art. 2o.). A lo anterior, debe agregarse la posibilidad de actuar como órgano consultivo del Gobierno para efectos de proponer soluciones a los problemas de la Administración pública, así como la responsabilidad de recolectar y difundir la información existente y relevante sobre el particular. Estos mismos criterios y atribuciones se contemplan en el Decreto 2083 de 1994.

Como puede observarse, el objetivo y funciones que, de manera especial, le han sido encomendados a la ESAP, si bien en esencia son de naturaleza académica, no se enmarcan propiamente dentro de los parámetros específicos de una universidad en el exacto sentido del término. No debe olvidarse que a esa entidad se le encarga también, con igual énfasis, una labor de adiestramiento permanente de los funcionarios estatales, con el fin de procurar que la Administración pública alcance los niveles de eficiencia, imparcialidad, seriedad y celeridad que el Constituyente le ha encomendado (Art. 209 C.P.). Se trata, para la Corte, de una labor que se encuentra ligada al desarrollo mismo de la carrera administrativa y al propósito que ella cumple dentro del funcionamiento del Estado. Por eso la responsabilidad de la ESAP, se insiste, no se limita a impartir exclusivamente una enseñanza específica; por el contrario, a ella se le exige que participe en forma activa en todos los ámbitos propios de la administración pública: desde la preparación y entrenamiento de los funcionarios y servidores públicos, hasta la presentación de propuestas concretas y específicas para que el Gobierno adopte medidas tendentes a mejorar la carrera administrativa y el funcionamiento mismo del Estado, pasando por la distribución de la información necesaria para un mejor cumplimiento de la tarea estatal. El otorgarle a la ESAP el *status* de universidad, con todas las implicaciones que ello tiene, particularmente en lo que hace a la autonomía, implicaría desnaturalizar la entidad, desviándola en buena parte de los objetivos para los cuales fue creada.

Establecido lo anterior, corresponde ahora determinar si el hecho de que la norma habilitante -artículo 196 de la Ley 136 de 1994- hubiese calificado a la Escuela de Administración Pública como universidad del Estado, significa que el legislador le modificó la naturaleza jurídica a esa entidad.

Para la Corte, la calificación que la Ley 136 de 1994 hace de la ESAP como universidad del Estado, se debe tan sólo a un error de técnica legislativa en la denominación de la entidad, que no se compatibiliza con los propósitos mismos de la ley de facultades ni con la regulación histórica de que ha sido objeto esa institución. En efecto, la normatividad en comento, con la intención de modernizar la organización y funcionamiento de los municipios del país, quiso que el legislador extraordinario adecuara el estatuto básico y la estructura orgánica de la Escuela Superior de Administración Pública, con el fin de que esa entidad, a través de los programas de capacitación, enseñanza y adiestramiento, colaborara en la formación de funcionarios públicos competentes encargados de laborar en estas entidades territoriales. En este punto la Corte debe manifestar que comparte los argumentos expuestos por el representante del ESAP, cuando señala que el hecho de que le legislador le hubiese conferido al Gobierno la facultad de "adecuar" el estatuto básico y la estructura orgánica de la señalada institución, significa que se "entendía que el Escuela no era una 'Universidad del Estado', conforme al régimen especial fijado por la ley 30 de 1992, sino que seguía funcionando como un establecimiento público".

Por otra parte, debe insistirse que el artículo 196 de la Ley 136 ordenó al Gobierno Nacional remitirse en forma completa e íntegra a los postulados de la Ley 30 de 1992, respecto de la labor que se le confería en relación con la ESAP. En otras palabras, el legislador fue consciente de que no era una ley de municipios la encargada de fijar los soportes para la reforma de este tipo de entidades -establecimiento público-, sino que, por el contrario, resultaba necesario basarse en la normatividad que regulaba el servicio público de educación superior, para realizar la reforma de la ESAP. En otras palabras, era necesario determinar, en primera instancia, que por orden de la ley 30 de 1992 la Escuela Superior de Administración Pública seguía funcionando como establecimiento público adscrito al Departamento Administrativo de Función Pública, para ahí sí "adecuar" nuevamente su estatuto básico, su estructura orgánica, su planta de personal y su escala salarial, con el fin de lograr los objetivos contemplados en la ley de municipios. Esta labor, lógicamente, encuentra pleno respaldo constitucional en el numeral 7o. del artículo 150 superior que faculta al Congreso -o, en este caso, al legislador extraordinario- para determinar la estructura de la administración nacional, dentro de la cual se encuentran los establecimientos públicos.

6. La constitucionalidad de las normas acusadas del Decreto 2083 de 1994.

Tanto el demandante como el procurador general de la Nación estiman que el Decreto 2083 de 1994 transformó a la ESAP en un establecimiento público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, lo cual, en su sentir, es contrario a la expresa calificación de universidad del Estado dada por la ley habilitante y en la Ley 30 de 1992. De ahí colige el actor igualmente que los artículos 1o., 6o. literal c) y 8o. acusados, vulneran el artículo 69 de la Constitución Política referente a la autonomía universitaria.

Esta Corporación debe apartarse de los mencionados argumentos, toda vez que, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, no es jurídicamente posible asimilar el régimen legal del establecimiento público denominado "Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-" al de una universidad del Estado, en los términos contemplados en la Ley 30 de 1992. Habiéndose demostrado lo anterior, entonces carece de fundamento pretender que las disposiciones tachadas de inconstitucionalidad hubiesen vulnerado ya sea los límites propios de la ley de facultades o la autonomía universitaria prevista en el artículo 69 de la Carta Política. Por el contrario, el Decreto 2083 de 1994 interpretó cabalmente el propósito contemplado en la

norma habilitante, cual era el de determinar en primer término la naturaleza jurídica de la ESAP de acuerdo con su tradición histórica y con la ley de educación superior, para posteriormente darle su nuevo régimen jurídico. Definido en consecuencia que la ESAP era y sigue siendo un establecimiento público, resultaba entonces ajustado a la Constitución, a la ley y a derecho, reconocer expresamente que se trata -se repite- de un establecimiento público y que el presidente de la República puede nombrar al director nacional de la entidad -en su calidad de agente-, así como a dos de los miembros integrantes del Consejo Directivo Nacional, uno de los cuales deberá ser egresado de la ESAP.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLE la expresión "establecimiento público del orden nacional" contenida en el artículo 1o. del Decreto 2083 de 1994, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el literal c) del Artículo 6° del Decreto 2083 de 1994, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE la expresión "agente del Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción" contenida en el artículo 8° del Decreto 2083 de 1994, por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-483
octubre 30 de 1995

CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONAL DOCENTE-Improcedencia de duración máxima determinada/**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL**

La limitante establecida por la norma acusada, según el análisis que precede, transgrede el principio en mención, al impedir a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza la celebración de contratos de trabajo por un tiempo mayor al del año escolar, pues, dado que a la luz de la norma el máximo período de contratación es de un año, ocurre que no obstante haberse desempeñado de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley y por el contrato mismo, de antemano se sabe que su vinculación laboral se verá interrumpida, con notorio sacrificio de su estabilidad en el empleo, pues nada les garantiza que seguirán trabajando durante el siguiente año lectivo, y con la necesaria pérdida de la continuidad indispensable para el cómputo y pago de sus prestaciones sociales. Lo inadecuado entonces se da -a la luz de la Constitución- cuando la ley, violando la estabilidad laboral, impone pactos o convenios por una duración máxima determinada.

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO

Son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo.

PERSONAL DOCENTE DE COLEGIOS PRIVADOS-Discriminación

No existe fundamento que resulte razonable, proporcional y fundado para discriminar a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza frente a los demás docentes y darles un tratamiento diferente en relación con el tipo de contratos que pueden celebrar, ni tampoco para propiciar su abierta desigualdad, en relación con la estabilidad laboral y con el pago de prestaciones sociales, respecto de los demás trabajadores.

VACACIONES DE PERSONAL DOCENTE

Bien se sabe que el año lectivo no coincide con el año calendario, pues los establecimientos educativos no prestan el servicio a lo largo de los doce meses de manera continua e

íntegra, pues contemplan los períodos de vacaciones escolares, lo cual, frente a las normas generales transcritas de no ser por el precepto demandado, podría interpretarse en contra de los derechos de los trabajadores, entendiéndose que, pese a haber laborado durante todo un año escolar, todavía faltara tiempo del año calendario en relación con la unidad anual como base para alcanzar el derecho concreto referente a vacaciones y cesantías.

-Sala Plena-

Referencia: Expediente No. D-912

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo.

Actor: Andrés de Zubiria Samper.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta del treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano ANDRES DE ZUBIRIA SAMPER, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, ha presentado ante la Corte una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

Los artículos impugnados son del siguiente tenor literal (se resalta lo acusado):

"CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente

(...)
ARTICULO 101.- Duración del Contrato de trabajo.- El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor.

ARTICULO 102.- Vacaciones y cesantías.-

1. Para el efecto de los derechos de vacaciones y cesantías se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año calendario.

2. Las vacaciones reglamentarias del respectivo establecimiento dentro del año escolar serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales, en cuanto aquéllas excedan de quince (15) días".

III. LA DEMANDA

Considera el actor que las transcritas normas vulneran los artículos 1, 2, 5, 13, 21, 25, 26, 38, 39, 48, 49, 52, 53, 55, 67, 68 y 85 de la Constitución Política.

Estima que, al confrontar los textos de las disposiciones acusadas, se encuentra que vulneran los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución Política. A su juicio, mientras en Colombia existe un régimen general aplicable a los trabajadores en cuanto tienen un contrato de trabajo a término indefinido, regulado en el Código Sustantivo del Trabajo, el mismo establece un régimen especial para los docentes que laboran en colegios y universidades privadas, para quienes su nexo contractual se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor.

Para el demandante, los contratos de trabajo de los profesores de instituciones privadas, por su actividad misma, deben ser permanentes e ilimitados.

En su criterio, con las normas acusadas se vulnera el principio a la igualdad, toda vez que establecen una discriminación entre los profesores, en su calidad de trabajadores docentes, y el resto de los trabajadores colombianos, los cuales, por regla general, tienen un contrato a término indefinido. Por tanto -continúa-, se discrimina la actividad vital realizada por las personas que se dedican al magisterio en establecimientos privados.

Alega, además, que -si se comparan tales disposiciones con la legislación vigente sobre los maestros vinculados con una entidad estatal, en donde los docentes tienen estabilidad laboral, según régimen especial que los protege de manera particular en sus garantías y derechos, a la vez que su trabajo es de carácter indefinido por cuanto la docencia no tiene ningún límite temporal-, se encuentra una ruptura al principio de la igualdad, pues los maestros que actúan en colegios y universidades privadas no tienen estabilidad laboral.

En lo que se refiere al derecho al trabajo, concretamente a la especial protección que merecen los docentes de instituciones privadas, al tenor del artículo 25 Superior, señala que ella no se da, sino que por el contrario su derecho resulta limitado en atención a que los profesores de este nivel carecen de los derechos fundamentales mínimos a la estabilidad laboral, al pago de las prestaciones sociales y al debido reconocimiento social a la trascendencia de su labor. Estas mismas consideraciones invoca cuando sostiene que se vulneran los derechos a la salud y a la seguridad social de tales trabajadores.

Igualmente encuentra transgredidos los mandatos de los artículos 38 y 39 de la Carta Política pues, al decir del actor, como los docentes del sector privado de la educación tienen vinculación contractual por el año escolar o período menor, están en absoluta incapacidad de ejercer los derechos constitucionales a la libre asociación y a la constitución de sindicatos, por cuanto al terminar su "labor" en la entidad respectiva, son desvinculados jurídicamente de su trabajo, razón por la cual tampoco tienen derecho a la negociación colectiva de sus respectivos pliegos de peticiones laborales.

IV. DEFENSA DE LAS NORMAS ACUSADAS

El ciudadano FRANCISCO RAMIREZ INFANTE, quien actuó como apoderado de la Nación-Ministerio de Educación, presentó un escrito destinado a sustentar la exequibilidad de los preceptos demandados.

Al esgrimir los argumentos por los cuales considera que las normas se ajustan a la Constitución, anota que el contrato es la típica expresión de la voluntad de las partes y que la oferta laboral del empleador puede ser acogida o no por el docente, y éste puede o no prestar sus servicios, según se acomode o no a las posibilidades que se le presenten.

Considera que la igualdad es un concepto abstracto que no se puede imponer, sino que está dentro de las aspiraciones del ser humano, que encuentra a su alrededor múltiples factores de desigualdad ajenos a la voluntad, pero también incontrolables por parte del Estado y de las leyes.

Al referirse al artículo 53 de la Constitución, dice que lo que en él se exige al empleador es que ofrezca igualdad de oportunidades, remuneración justa, proporcional a la cantidad y a la calidad del trabajo, así como estabilidad, pero entendida, ésta última, como correlativa a ciertas formas de vinculación.

En su opinión, el artículo 53 mencionado no prohíbe los contratos a término fijo; lo que trata de impedir es que los contratos menoscaben la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores.

Tampoco encuentra vulnerado el derecho a la igualdad porque los contratos por el año lectivo se ofrecen en iguales condiciones a quienes quieren vincularse por este sistema. Adicionalmente, termina diciendo, la Ley 50 de 1990 que reformó el Código Laboral, permitió períodos inferiores a un año y no superiores a tres años, lo que afianza la viabilidad por constitucionalidad de los contratos laborales a menos de un año de duración.

En representación del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el ciudadano PEDRO NEL LONDOÑO CORTES, presentó un escrito, también con el propósito de defender la constitucionalidad de las disposiciones atacadas.

En primer término afirma que el demandante parte de un supuesto equivocado, cual es el de considerar que todos los contratos de trabajo previstos en Colombia son a término indefinido.

Específicamente para el caso de los contratos que celebran los profesores de instituciones privadas, señala que éstos se asimilan a los que contemplan la realización de una labor determinada, por cuanto la razón y esencia del contrato es que se presten los servicios dentro del año lectivo.

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo con los profesores de los establecimientos particulares, cita la Sentencia del 14 de febrero de 1977, proferida por la Corte Suprema de Justicia, de la que concluye que éstos en manera alguna se entienden celebrados por un tiempo determinado fijo sino por el tiempo que dura la realización de una labor determinada, sin que pueda deducirse de allí ningún tipo de violación de la Carta, en ninguna de cuyas disposiciones se señala que los contratos de trabajo deban ser de determinada clase.

Al analizar el artículo 53 constitucional, dice que de él se desprende que existen principios relativos la posibilidad de que existan contratos de trabajo por un tiempo determinado, a la vez que no desconoce la existencia de diversos tipos de contratos de trabajo, entre los cuales tienen cabida los celebrados con profesores de establecimientos privados.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación mediante Oficio Nº 565 del 14 de junio de 1995, emitió el concepto previsto en el artículo 242, numeral 2, de la Constitución, en el cual solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las normas demandadas.

Considera el Procurador General de la Nación, que la demanda se basa en un supuesto falso, cual es la existencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de un régimen laboral de contratación a término indefinido respecto del cual las demás modalidades de la contratación, en cuanto al término de duración, no serían otra cosa que modalidades de excepción.

Afirma que ni nuestro Ordenamiento Superior ni la legislación laboral colombiana han establecido como regla general del contrato de trabajo, en materia de duración, el contrato indefinido. En el caso de la Carta, cuando este Estatuto se refiere al contrato de trabajo, se limita a prescribir que él no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Y, en el caso de la legislación laboral, cuando la misma regula lo atinente a dicha duración, la señala como una de las modalidades del contrato de trabajo, junto con la celebración de ese tipo de contratos por tiempo determinado, por el lapso que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, sin que en la norma correspondiente (artículo 45 C.S.T.) se privilegie alguna de estas modalidades otorgándosele la condición de regla general.

Además, anota el Procurador, habida cuenta de la inexistencia jurídica de un régimen general de contratación indefinida, la declaratoria de inexequibilidad de las normas acusadas no llevaría necesariamente a la aplicación de dicho régimen, puesto que la legislación prevé otras opciones contractuales y no sería posible obligar a los establecimientos particulares de enseñanza a adoptar una determinada modalidad en cuanto a la duración del contrato, cuando figuras como la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y de contratación hacen parte del marco constitucional en que ha de realizarse la contratación laboral.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para resolver en definitiva sobre la inconstitucionalidad planteada, según lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Carta Política, ya que las normas acusadas hacen parte de una ley de la República.

La estabilidad laboral, derecho mínimo fundamental de los trabajadores

El artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una norma supletiva del acuerdo entre los contratantes en una relación laboral docente, ya que únicamente ante el silencio de las

partes en el convenio el legislador concluye que el contrato de trabajo ha sido celebrado por término equivalente al del año escolar.

El mutuo consentimiento del establecimiento educativo por una parte y del profesor por la otra tiene la virtualidad de regir en ese aspecto las relaciones propias del vínculo laboral que se contrae, ya que las dos partes están disponiendo de aquello que a ambas interesa.

A falta de estipulación en contrario, rige la norma subsidiaria. Esta ha sido establecida por el legislador con el objeto de otorgar seguridad jurídica a la relación contractual, previendo la solución de eventuales controversias, dada la circunstancia de un contrato en el cual el término de duración no haya sido previsto de manera expresa.

Se trata indudablemente de una norma especial, que tiene aplicación cuando se está frente a la contratación de docentes para planteles de educación privada. No se aplica entonces la regla general contemplada en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5°, en el sentido de que los contratos en los cuales no se haya previsto el término se entienden celebrados por término indefinido.

Hasta allí la norma enjuiciada no vulnera la Constitución Política, puesto que su consagración obedece al ejercicio de la función legislativa, en cuya virtud es posible establecer reglas generales y disposiciones especiales, según la evaluación que haga el legislador acerca de las conveniencias que reporta regular los fenómenos de la vida social en una u otra forma.

Pero acontece que el tenor literal de la disposición enjuiciada define de manera expresa hasta dónde puede llegar el pacto entre las partes sobre duración del contrato, señalando que éste "se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación ***por tiempo menor***" (resalta la Corte).

Ello significa que la disposición supletiva señalada por la ley ante la falta de acuerdo explícito entre los contratantes opera en la medida en que ellos no hayan estipulado un término contractual inferior a un año.

En otras palabras, a la luz de la norma, el pacto en contrario que están en posibilidad de celebrar los contratantes tan sólo puede tener el sentido de fijar un lapso contractual que no supere el legal supletivo equivalente al año lectivo. No les permite contratar por tiempo superior, toda vez que, a falta del pacto por término inferior al del año escolar, se aplica la norma subsidiaria prevista por el legislador.

Es claro que la previsión normativa concebida en tales términos contiene una limitación clara y perentoria a la libertad contractual.

Desde luego, la autonomía de la voluntad de los particulares no es absoluta y bien puede el legislador establecer restricciones a ella por razones de orden público o por la necesidad de hacer que prevalezcan los intereses colectivos. Lo que resulta inadmisible es la consagración de límites que impliquen desconocimiento de principios o mandatos constitucionales, como ocurre en esta oportunidad.

En materia laboral, el Constituyente de 1991 introdujo garantías mínimas a favor de los trabajadores que son imperativas para el legislador.

En efecto, el artículo 53 de la Constitución, al disponer que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo, ordena que la ley tenga en cuenta los principios mínimos fundamentales que la misma norma enuncia, uno de los cuales es el de la estabilidad en el empleo.

La limitante establecida por la norma acusada, según el análisis que precede, transgrede el principio en mención, al impedir a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza la celebración de contratos de trabajo por un tiempo mayor al del año escolar, pues, dado que a la luz de la norma el máximo período de contratación es de un año, ocurre que no obstante haberse desempeñado de acuerdo con las condiciones fijadas por la ley y por el contrato mismo, de antemano se sabe que su vinculación laboral se verá interrumpida, con notorio sacrificio de su estabilidad en el empleo, pues nada les garantiza que seguirán trabajando durante el siguiente año lectivo, y con la necesaria pérdida de la continuidad indispensable para el cómputo y pago de sus prestaciones sociales.

No significa lo anterior que los denominados contratos a término fijo sean **per se** inconstitucionales; ellos son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo.

Lo inadecuado entonces se da -a la luz de la Constitución- cuando la ley, violando la estabilidad laboral, impone pactos o convenios por una duración máxima determinada.

Por tanto, no hay razón válida para que se obligue a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, que incluyen los de educación media, a celebrar contratos únicamente por el año escolar, si esa no es su voluntad y cuando es bien sabido, por otra parte, que, siendo la educación un derecho de todos los colombianos y un servicio público, el siguiente período académico también habrá de requerir el concurso de los profesores para continuar la formación de los alumnos.

El principio de igualdad y la duración de los contratos laborales

Otro de los principios mínimos fundamentales consagrados en la Constitución es el de la igualdad de oportunidades para los trabajadores, que constituye realización concreta -para el campo laboral- del postulado de igualdad plasmado en el artículo 13 C.P. y desarrollado también por varios convenios internacionales, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7°, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968; Convenio Internacional de Trabajo número 111, aprobado mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Sobre la igualdad en el trabajo ya esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse:

"El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación dife-

rente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero)).

Posteriormente, en Sentencia C-472 del 23 de julio de 1992 se dijo:

"Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una ***esencia común*** *perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes".*
(...)

"En concordancia con ello, el ordenamiento jurídico, fundado en la Constitución, ha de reconocer el ámbito de la igualdad y discernir en el campo de las desigualdades, a fin de evaluar con criterio objetivo cuáles son las normas que deben plasmar idéntico tratamiento para todos y cuáles, por el contrario, tienen que prever consecuencias jurídicas distintas para hipótesis diferentes. ***Entonces, no realiza este principio el sistema legal que otorgue privilegios injustificados o establezca discriminaciones arbitrarias entre iguales****, ni tampoco el que atribuya iguales consecuencias a supuestos disímiles, ni el que desconozca a los más débiles el derecho fundamental que la Carta Política les confiere a ser especialmente protegidos, habida cuenta de la debilidad en que se encuentran frente a los demás. Desde luego,* ***las distinciones que establezca el legislador tienen por límite la preceptiva constitucional, muy especialmente los derechos que ella reconoce y los deberes que impone a las personas y a la sociedad.***

Ahora bien, motivos de interés colectivo, de justicia social o de equidad pueden hacer indispensable que, en desarrollo de postulados constitucionales, se consagren excepciones a las reglas generales, cuyo sentido no puede interpretarse como ruptura del principio de igualdad ***si encajan razonablemente dentro de un conjunto normativo armónico, orientado a la realización de los fines del Estado".*** *(Resalta la Corte).*

Uno de los fines del Estado es, según el artículo 2° de la Constitución, la garantía de efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución.

En este caso, pues, lejos de justificarse la distinción, resulta ser odiosa en contra de un cierto grupo de trabajadores y contraria a los propósitos de la Carta Política.

Los anteriores criterios, aplicados a las normas bajo examen llevan a concluir su inconstitucionalidad. No existe fundamento que resulte razonable, proporcional y fundado para discriminar a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza frente a los demás docentes y darles un tratamiento diferente en relación con el tipo de contratos que pueden cele-

brar, ni tampoco para propiciar su abierta desigualdad, en relación con la estabilidad laboral y con el pago de prestaciones sociales, respecto de los demás trabajadores.

En reciente pronunciamiento, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en relación con el salario devengado por los educadores de establecimientos privados, la Corte sostuvo:

"No se discute que la educación privada, bajo ciertos aspectos, puede diferir de la pública. Esta última se imparte con carácter universal y gratuito y carece de toda connotación confesional o religiosa. La educación privada, por lo general, es onerosa y en ella legítimamente se refleja una opción ideológica o religiosa, que ofrece a los padres de familia y a los estudiantes una alternativa frente a la educación estatal, con la que concurre y a la que sirve de contrapeso. En este orden de ideas, la educación pública no se presenta como residual o contingente. Por el contrario, los titulares del "derecho-deber" a la educación básica, siempre deben tener la posibilidad de recibir una educación que tenga los atributos de universalidad, gratuidad y confesionalidad, sin perjuicio de que eventualmente prefieran la privada. La presencia vigorosa y constante del Estado en el servicio educativo obedece a una exigencia de la Constitución que no lograría su cometido si no garantizara a las personas una adecuada formación que las capacite como sujetos autónomos y libres (libertad), como ciudadanos conscientes y activos (democracia) y como miembros de la comunidad que comparten una posición inicial de igualdad ante las oportunidades de la vida (igualdad).

No obstante las diferencias anotadas entre las dos formas de impartir el servicio educativo, se trata de una prestación que exhibe una esencia común. Sus fines han sido sintetizados por la Constitución de manera general: "con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura" (C.P. art. 67). Por otra parte, independientemente del tipo de educación, la intervención del Estado en la materia asume directrices uniformes: "con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (C.P. art. 67)" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-252 del 7 de junio de 1995).

En conclusión, esta Corte habrá de declarar exequible el artículo 101, salvo la expresión "por tiempo menor", que es la que introduce la injustificada discriminación aludida.

El artículo 102. Régimen especial para computar tiempo de prestaciones

En cuanto al artículo 102 del Código Sustantivo del Trabajo, también impugnado en este proceso, su numeral 1° no tiene otro sentido que el de equiparar el término real de la prestación del servicio docente -que se desarrolla dentro del año escolar- y el tiempo del año calendario, para los efectos del cómputo relativo a los derechos de vacaciones y cesantías de los profesores que han celebrado contratos de trabajo con instituciones privadas de educación.

Las vacaciones, según el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo constituyen una prestación cuyo enunciado legal es del siguiente tenor:

*"**ARTICULO 186.-** ...Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas".*

En cuanto al auxilio de cesantía, el artículo 249 del mismo Código dispone:

*"**ARTICULO 249.-** ...Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año".*

Como puede observarse, la regla general, aplicable a los contratos de trabajo, es la de considerar el año completo como elemento básico para determinar la cuantía de las aludidas prestaciones.

Bien se sabe que el año lectivo no coincide con el año calendario, pues los establecimientos educativos no prestan el servicio a lo largo de los doce meses de manera contínua e íntegra, pues contemplan los períodos de vacaciones escolares, lo cual, frente a las normas generales transcritas de no ser por el precepto demandado, podría interpretarse en contra de los derechos de los trabajadores, entendiéndose que, pese a haber laborado durante todo un año escolar, todavía faltara tiempo del año calendario en relación con la unidad anual como base para alcanzar el derecho concreto referente a vacaciones y cesantías.

La disposición enjuiciada no choca con norma o precepto constitucional alguno, pues su propósito fundamental consiste en prever las reglas aplicables para el pago de prestaciones, dado que el tiempo de vinculación del trabajador al servicio, por razón de la estructura educativa de los establecimientos docentes, no es contínuo sino que debe interrumpirse al finalizar el respectivo período académico.

Otro tanto puede decirse del numeral 2 del artículo acusado, a cuyo tenor las vacaciones reglamentarias del respectivo centro educativo, dentro del año escolar, serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales en cuanto aquéllas excedan de quince (15) días.

Se trata, otra vez, de adaptar el sistema legal de vacaciones previsto para todos los trabajadores a la situación que se genera por la forma en que se dividen los períodos académicos, mediante la suspensión de las labores dentro del año escolar por las temporadas vacacionales de los estudiantes, quedando cobijados en ellas los docentes.

Si faltara la disposición especial que se considera, podría pensarse que los profesores, como trabajadores que son, gozarían del derecho a tomar sus vacaciones remuneradas individuales no obstante el disfrute real de ellas cuando son suspendidas las tareas escolares. Esto representaría un trato inequitativo y desigual, en cuanto preferente, e injustificado, en detrimento de los demás trabajadores, y además implicaría rupturas constantes en los períodos académicos normales, con notorio sacrificio de la continuidad que debe imperar en el quehacer educativo.

No encuentra la Corte que esta disposición lesione derechos de los docentes ni quebrante la normativa constitucional.

Por otra parte, es función del legislador la de establecer condiciones diversas en el campo laboral cuando situaciones, también diferentes, justifican que se haga.

La norma examinada no está vinculada de manera necesaria a la parte del artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo que se declara inexequible, pues las reglas en aquélla plasmadas son aplicables independientemente de que se pacte el contrato laboral por término igual, menor o superior a un año, o por término indefinido.

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declárase EXEQUIBLE el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, salvo la expresión "por tiempo menor", que se declara INEXEQUIBLE.

Segundo.- Declárase EXEQUIBLE el artículo 102 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA No. C-484
octubre 30 de 1995

COSA JUZGADA RELATIVA POR REFORMA CONSTITUCIONAL

En caso de cambio o de reforma constitucional, la cosa juzgada constitucional pasa de ser absoluta a relativa y puede ser removida por la Corte Constitucional, no obstante mediar fallo que haya resuelto sobre la constitucionalidad de una norma de rango legal anterior a la nueva disposición superior.

TRANSITO CONSTITUCIONAL

Cuando se producen los fenómenos propios del tránsito constitucional, sea por virtud de la expedición de una nueva Carta o de la reforma de la parte correspondiente de la misma Constitución, es posible adelantar un nuevo juicio de constitucionalidad, sin que sea un obstáculo absoluto los efectos de la cosa juzgada constitucional.

SERVIDORES PUBLICOS-Clasificación

Igual de lo que ocurría en la Carta de 1986, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a las que se refieren las expresiones acusadas del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y a las que se les agregan, dentro del marco de la Carta vigente y con claridad meridiana, la de los miembros de las corporaciones públicas y las demás que establezca la ley; de otra parte, también aparecen la de los notarios, quienes sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzar el rango de funcionarios públicos, son particulares nombrados en propiedad y por concurso por el Gobierno y que atienden un servicio público permanente reglamentado por la ley, y la de los miembros de la fuerza pública.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autono-

mía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y en la aplicación de normas jurídicas.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Autonomía

La autonomía de las entidades descentralizadas se concreta, en primer lugar, en la atribución que tienen de contar con sus propios órganos de dirección, y en segundo lugar, en la facultad de darse sus propios estatutos, con la posibilidad de reglamentar el funcionamiento y actividad del organismo. La autonomía de las entidades de la administración no llega hasta el punto de permitir que ellas definan en sus estatutos las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales en el caso de los establecimientos públicos.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-No pueden determinar cuáles actividades pueden desempeñarse por Trabajadores oficiales

Los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley. La atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES-Fijación de actividades que van a ser desempeñadas por empleados públicos

La fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley. Los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción de las normas constitucionales.

Referencia: Expediente No. D-916

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

C-484/95

Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez

Magistrado Sustanciador: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D. C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano LUIS ANTONIO VARGAS ALVAREZ, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que establece el artículo 241 de la Constitución Nacional, presentó ante la Corte Constitucional la demanda de la referencia contra el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

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, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos 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 NORMA ACUSADA

"DECRETO NUMERO 3135 DE 1968

"....

*"**ARTICULO 5. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.** Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. **En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo**".*

*"Las personas que presten sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; **sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos**". (Lo resaltado es lo demandado)*

III. LA DEMANDA

A. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN INFRINGIDAS.

El actor considera que la disposición acusada vulnera los artículos 53, 122, 123, y 150, numerales 7o., 19, y 313, de la Constitución Nacional. Además, considera que con la disposición acusada se violan los derechos consignados en los artículos 13 y 58 de la Carta.

B. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

Se observa con claridad que la demanda solamente se dirige contra las expresiones subrayadas en el apartado II de esta sentencia y que, específicamente, son la última frase del inciso primero y la última parte del inciso segundo ambos del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, pues, es respecto de ellos sobre los cuales se pronuncia la demanda en el concepto de la violación, lo cual condiciona el alcance de la competencia en concreto de esta Corporación en el asunto de la referencia.

- En concepto del demandante, la facultad que se otorga por la norma acusada a las juntas directivas de las entidades descentralizadas, en el sentido de clasificar los empleos en la administración nacional, es inconstitucional porque ésta es una facultad exclusiva del legislador.

- El demandante señala al respecto que no puede concebirse que las mismas entidades a su gusto, o a su arbitrio, establezcan y reformen la normatividad básica que las rige, puesto que esa potestad debe ser desempeñada por el Congreso de la República, según lo establecen los artículos 53, 122, 123, 150 y 313 de la Carta.

- Indica que las reformas estatutarias y las clasificaciones de personal, realizadas por las entidades a que hace referencia la norma demandada, desconocen abruptamente las leyes marco de las entidades descentralizadas, generando traumatismo a la administración y una considerable violación de los derechos de los administrados.

- Señala que los estatutos de las entidades, se limitan a hacer clasificaciones, sin tener en cuenta las actividades que determinan el carácter de servidor público o trabajador oficial, lo que origina con frecuencia violación de los derechos de los trabajadores, sometiéndolos a un tratamiento de desigualdad, respecto de otros que prestan servicios al mismo ente.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

El doctor Eduardo González Montoya, quien dice actuar en calidad de Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, pero en verdad se le recibe su intervención como ciudadano, como quiera que no fue convocado a participar en aquella actividad dentro del proceso, solicita ante esta Corporación declarar la constitucionalidad del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Se advierte en la intervención que la norma acusada en ningún momento otorga a las juntas directivas la competencia para efectuar esta clasificación, ya que la misma disposición establece los criterios generales a los cuales deben ceñirse las juntas para determinar en sus estatutos las actividades cuyo desempeño corresponde, por excepción, a trabajadores oficiales, en el caso de los establecimientos públicos, o a empleados públicos, tratándose de las empresas industriales y comerciales del Estado.

- De otra parte, señala que la demanda se refiere a la totalidad del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, pero el actor fundamenta la inconstitucionalidad únicamente en lo que hace relación a las atribuciones de las juntas directivas de los entes descentralizados.

- Concluye la intervención advirtiendo que de declararse la inconstitucionalidad total del artículo demandado, sería dejar a la administración central de la Rama Ejecutiva sin disposición alguna que determine los criterios generales para la clasificación entre empleados y trabajadores del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución Política, en su artículo 123, hace esta distinción entre servidores públicos.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En la oportunidad correspondiente, el señor Procurador General de la Nación, rindió el concepto de su competencia y en él solicita a esta Corporación que declare que la disposición acusada es exequible, puesto que ella encuentra conformidad con los postulados de la nueva Carta fundamental.

Para fundamentar su concepto, el jefe del Ministerio Público formula las consideraciones que se resumen:

- En primer término sostiene que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades de entre las cuales se destaca la autonomía administrativa con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades.

Sostiene que la autonomía a través de la descentralización conduce a una "mayor libertad de las instancias periféricas territoriales y funcionales en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en la creación y aplicación de normas" (Sentencia C-517 de 1992. Corte Constitucional).

La autonomía de las entidades descentralizadas se concreta en primer lugar en la atribución que tienen de contar con sus propios órganos de dirección, según la expresa voluntad del artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 y en segundo lugar en la facultad de darse sus propios estatutos, como la posibilidad que tienen de reglamentar el funcionamiento y actividad del organismo de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 del Decreto mencionado. Por ello, la entidad se encuentra autorizada para fijar su organización y orientar así el cumplimiento óptimo de las funciones y objetivos encomendados.

Observa entonces que los establecimientos públicos se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, sin que por ello pueda afirmarse que están usurpando la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, pues se entiende que la facultad otorgada a las juntas o consejos directivos debe subsumirse dentro del esquema normativo superior, de manera que la atribución de precisar qué tipo de actuaciones de las de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe adaptarse a la clasificación de los empleos hecha por la ley en el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, y en los artículos 2 y 3 de su decreto reglamentario número 1848 de 1969.

Sostiene que la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas mediante contrato laboral al interior del establecimiento, o por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro

de las empresas industriales o comerciales, no modifica la naturaleza de aquellas, pues la naturaleza del empleo está dada por ley, no por la voluntad unilateral o bilateral de las partes, como surgiría de una clasificación estatutaria o de una convención colectiva.

Por último, advierte que "los estatutos internos en virtud de los cuales, los establecimientos públicos precisan cuáles de las actividades de la entidad van a ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y las empresas industriales y comerciales, cuáles de sus labores corresponden a la categoría de empleados públicos, son actos de carácter administrativo, por lo cual son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso en caso de que vulneren el principio de legalidad. De manera que existen garantías frente a la posible extralimitación de las juntas directivas de los establecimientos públicos en la precisión de las labores a ser desempeñadas mediante contrato laboral".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución, esta Corporación es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en atención a que se trata de una disposición que hace parte de un decreto ley expedido con base en una ley de facultades extraordinarias.

Segunda: La Materia de la Acusación

A. El objeto preciso de la demanda.

En primer término es necesario advertir que no obstante transcribir todo el texto del mencionado artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, el demandante únicamente formula el concepto de la violación en relación con la incorporación en los estatutos de los establecimientos públicos y en los de las empresas industriales y comerciales del Estado respectivamente, de las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo en los primeros, y de las actividades de dirección y de confianza que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, en las segundas. Su demanda no comprende las reglas generales previstas en las restantes partes de la disposición a la que pertenece la acusada y, por el contrario, se fundamenta en su validez para destacar el fundamento constitucional de las expresiones acusadas.

De conformidad con lo visto, es claro que el demandante contrae su demanda sólo a dos párrafos del transcrito artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en los cuales se dispone la regla de la definición en los estatutos de cada entidad, de las actividades que en cada caso no se sujetan a las reglas generales de clasificación orgánica de los destinos públicos como lo prevé el mismo artículo 5o., que consiste en que, por principio, los servidores públicos de los establecimientos públicos se consideran y clasifican como empleados públicos, mientras que los de las empresas industriales y comerciales del Estado se clasifican como trabajadores oficiales; en este sentido, la Corte advierte que contrae su juicio a esta parte del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, sin ocuparse de los restantes aspectos de la misma disposición ya que, como se ha dicho, no hacen parte del objeto de la demanda.

B. La Cosa Juzgada Constitucional y la nueva Carta Política

De otra parte, esta Corporación encuentra que sobre los artículos 5o., 6o., 7o. y 31 del citado decreto, que es una norma de rango legal como quiera que fue expedida en ejercicio de facultades extraordinarias, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciar su fallo de constitucionalidad en el que declaró que la norma ahora acusada era exequible dentro del marco de la Carta de 1886 y sus reformas, y que no desconocía ninguno de sus preceptos; en efecto, dicho pronunciamiento, que ahora se prohíja parcialmente y que se acoge sólo en algunos de sus apartes por ser coincidente con las consideraciones de esta Corporación ante las disposiciones de la Carta de 1991, se produjo el 26 de abril de 1971 con ponencia del H. Magistrado Eustorgio Sarria y aparece en la Gaceta Judicial, tomo CXXXVIII paginas 189 y siguientes; desde luego, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en caso de cambio o de reforma constitucional, la cosa juzgada constitucional pasa de ser absoluta a relativa y puede ser removida por la Corte Constitucional, no obstante mediar fallo que haya resuelto sobre la constitucionalidad de una norma de rango legal anterior a la nueva disposición superior.

Ahora bien, cuando se producen los fenómenos propios del transito constitucional, sea por virtud de la expedición de una nueva Carta o de la reforma de la parte correspondiente de la misma Constitución, es posible adelantar un nuevo juicio de constitucionalidad, sin que sea un obstáculo absoluto los efectos de la cosa juzgada constitucional, como es el caso que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad.

Es evidente que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se ha producido un profundo fenómeno jurídico de cambio en el que buena parte de las instituciones constitucionales han sido modificadas y especialmente las que se refieren a los principios de la función administrativa, de la carrera administrativa y del servicio público, lo cual obliga al intérprete a reflexionar sobre la relación entre las nuevas disposiciones constitucionales y la normatividad legal anterior a la nueva Constitución; en verdad, en estos casos es preciso examinar frente a la nueva disposición superior las disposiciones legales declaradas constitucionales ante la Carta anterior, para determinar si la cosa juzgada existente debe mantenerse, inclusive con nuevas interpretaciones que las adecuen al nuevo ámbito constitucional o que corrijan las interpretaciones anteriores, lo cual supone que el fallo anterior se mantiene, o si debe modificarse hasta el punto de emitir un fallo en el que se declare su inexequibilidad.

En este asunto la Corte asume el conocimiento de la demanda de las expresiones acusadas, no obstante que frente a la anterior Constitución ya habían sido declarada exequibles, con base en la consideración según la cual el ámbito de nuevas regulaciones en materia de la función y del servicio público fue objeto de varias modificaciones sustanciales, que reclaman un tipo de examen judicial de carácter sustancial, bien diferente del practicado sobre las expresiones acusadas bajo la anterior Constitución.

C. La regulación constitucional del tema de la clasificación de los servidores públicos.

En primer término, el Constituyente de 1991, recogiendo la experiencia legislativa antecedente y el régimen preconstitucional aplicable a esta materia, decidió clasificar directamente, aun cuando no de modo exhaustivo, a los servidores públicos o del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tres categorías muy generales, según se desprende de una lectura inicial del artículo 122 de la nueva Constitución, así:

- Los miembros de las corporaciones públicas.
- Los empleados públicos.
- Los trabajadores oficiales del Estado.

De otra parte y dentro de una actividad hermenéutica de orden constitucional que recurre a definir el alcance de las disposiciones jurídicas con base en el sentido literal de los términos empleados por el Constituyente, es claro que de la Constitución Política se desprende que los empleados públicos deben ser nombrados por la administración para ingresar al servicio (art. 126 C.N.), que se encuentran comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones legales y reglamentarias, que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (art. 122 C. N.). Además, es claro que la regla general para el ingreso al servicio por los empleados públicos es el concurso, y que su régimen de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa (art. 125).

Por su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales.

No obstante lo anterior, para mayor claridad sobre estos aspectos, es preciso hacer una breve consideración sobre el tema de la clasificación jurídica y constitucional de las distintas categorías de empleos y de servidores públicos, teniendo como base no sólo lo dispuesto por la Carta de 1991, sino atendiendo en buena medida a las razones que históricamente explican la expedición de la disposición parcialmente acusada.

En efecto, aparte de las notables diferencias que se encuentran entre la Constitución de 1886 y la nueva Constitución de 1991, en los temas de la función pública, de la carrera administrativa, del servicio público y de la función administrativa, se aprecia una característica común que consiste en que, al igual de lo que acontecía en la Carta de 1886, en la Constitución de 1991 tampoco se incluye precepto alguno que defina, desde ese nivel jerárquico y en detalle, los elementos normativos específicos o los criterios jurídicos precisos y concretos que sirvan para elaborar, directamente y con propósitos exhaustivos y prácticos, las nociones legales o reglamentarias de empleado público y de trabajador oficial, como servidores públicos vinculados a los cuadros de la administración; esta observación, desde luego, no corresponde a ningún enjuiciamiento específico en relación con el contenido de la Carta Política de 1991 y, por lo contrario, únicamente comporta una reflexión dogmática que se pone como premisa para adelantar este examen judicial de constitucionalidad.

Lo cierto es que igual de lo que ocurría en la Carta de 1986, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a las que se refieren las expresiones acusadas del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y a las que se les agregan, dentro del marco de la Carta vigente y con claridad meridiana, la de los miembros de las corporaciones públicas y las demás que establezca la ley; de otra parte, también aparecen la de los notarios, quienes sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzar el rango de funcionarios públicos, son particulares nombrados en propiedad y por concurso por el Gobierno y que atienden un servicio

público permanente reglamentado por la ley (art. 131 C.N.), y la de los miembros de la fuerza pública (arts. 217 inciso tercero, 218 inciso tercero, 219, 220, 221 y 22 C.N.).

Empero, y sin que sean unos conceptos jurídicos absolutamente vacíos, aquellas dos nociones básicas a las que se refiere la demanda no encuentran en la Carta elementos explícitos que contribuyan a definirlos plenamente y con precisión conceptual plena, y aparecen al lado de los otros conceptos como los de "los miembros de las corporaciones públicas" y de los "demás que determine la ley", que son igualmente conceptos indefinidos; su desarrollo legal aparece precisamente en los términos del Decreto 3135 de 1968 que es el acusado parcialmente en esta oportunidad y en el decreto reglamentario No. 1848 de 1969, ambos expedidos con base en una interpretación integral y sistemática de la Reforma Constitucional de 1968.

De otra parte, en la nueva normatividad superior tampoco se encuentra una noción bien definida del servidor público, ni aparece con suficiente claridad una clasificación exhaustiva de sus distintas expresiones empleadas, salvo las previstas con miras en la regulación de la carrera administrativa en los artículos 122, 123 y 124 en las que partes que establecen que "*No habrá **empleo público** que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*", de un lado (art. 122) y, de otro, en la que se utilizan simultáneamente criterios orgánicos y nominales que nada enseñan con precisión sobre los elementos de una y otra noción y en la que se advierte que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, ***los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*** (art. 123 inciso primero); allí también se establece que "*Los **empleos** en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, **los de trabajadores oficiales** y los demás que determine la ley" (art. 125 inciso primero).* (Las negrillas no corresponden al texto transcrito)

De igual modo, es preciso tener en cuenta que en la Carta de 1991 se establece como regla general aplicable para el servicio público, la obligatoriedad de la Carrera Administrativa para los empleados públicos y el nombramiento por concurso público de la mayor parte de estos, la que no es aplicable para los cargos de elección popular y de la cual pueden excluirse, en algunos casos y con fundamento en el tipo de actividad, los cargos que sean de libre nombramiento y remoción y los de los trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley, de todo lo cual se ocupó con extensión la Ley 27 de 1992.

Cabe observar que la Ley 27 de 1992 (arts. 2 y 4), definió con algunas excepciones muy precisas, el régimen legal de carrera que es aplicable a todos los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental y distrital, diferentes de los del Distrito capital, municipal y sus entes descentralizados, entre otros; además, en dicha ley se elaboró una lista de empleados públicos a los que no se aplican las reglas de la carrera administrativa en las varias entidades descentralizdas y del orden central, inclusive en las empresas industriales y comerciales del Estado, obviamente, esta última no se ocupa del régimen de los trabajadores oficiales pues para aquellos no procede su extensión.

En este sentido es preciso tener en cuenta la jurisprudencia reiterada de la Corte acerca de la carrera administrativa, pronunciada en las sentencias: C-479/92, Magistrados Ponentes Drs.

José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; C-195/94, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; C-514/94, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, y C-405/95. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Por último y con carácter especial, y sin que se altere la clasificación general que aquí se examina, debe observarse que la Carta ha previsto un régimen concreto para el ingreso a la carrera y al retiro del servicio en la Fiscalía, lo mismo que para la denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de ***los empleados*** de aquella dependencia, que debe tenerse en cuenta al momento de elaborar una clasificación exhaustiva de los distintos regímenes laborales de los servidores públicos que aparece en la Carta Política.

D. Las competencias legales para la clasificación de los empleos en la administración pública.

Como lo ha definido la Constitución Política de 1991, corresponde a la ley señalar las principales reglas relacionadas con la Carrera Administrativa y en general con la función pública, y así lo ha entendido esta corporación en su interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales relacionadas con este tema, pero, si la nueva Carta Política emplea varios elementos para configurar los conceptos de carrera, de función administrativa y de servicio público, dice menos acerca de los elementos subjetivos, funcionales y orgánicos que sirvan para configurar las dos nociones que ocupan la atención del demandante y de la Corte, como son las de empleado público y trabajador oficial.

De otra parte lo que dice el artículo 125 al respecto del régimen general de la Carrera administrativa, es que todos los *empleos* en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que todos los servidores públicos quedan comprendidos bajo sus regulaciones, salvedad hecha de los *trabajadores oficiales*, los empleos de elección popular, los servidores de libre nombramiento y remoción y los demás que determine la ley, pero no se ha establecido en aquella disposición constitucional cuáles actividades pueden ser desempeñadas o no por trabajadores oficiales y cuáles pueden ser atendidas y cuáles no por los empleados públicos.

Así, siempre se ha dicho por la doctrina que por regla general el servicio público y la función administrativa, que comportan ejercicio de autoridad deben ser satisfechos y atendidos por empleados públicos, y que como sus actos son por principio actos administrativos, expedidos para el cumplimiento de responsabilidades públicas, como las que se atienden por los ministerios, los departamentos administrativos y los establecimientos públicos en el orden descentralizado, lo mismo que las responsabilidades de inspección, vigilancia y control que se cumplen por las superintendencias en el orden central, no pueden ser dictados sino por empleados públicos, los cuales deben cubrir todo el cuadro de destinos de las entidades a las que se les asignan aquellas responsabilidades, claro está, con algunas salvedades sobre cierto tipo de actividades relacionadas con la construcción y mantenimiento de obras públicas, en cuyo caso, por las características de la actividad, por los horarios, los desplazamientos, las distancias, las eventuales inclemencias del clima, pueden negociar el régimen de remuneración, salarios y prestaciones.

Ahora bien, la doctrina nacional y la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia, siguiendo las conocidas pautas del derecho administrativo, ha dicho que los actos de gestión y de atención de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma

de empresas industriales y comerciales deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura empresarial y económica de la gestión, y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal. Este es el sentido preciso que se desprende de las restantes partes no acusadas del artículo 5 del decreto 3135 de 1968.

Esta situación es evidente a lo largo de todo el texto de la nueva Carta Política, no sólo desde el punto de vista de las razones funcionales sino desde el punto de vista orgánico y técnico; obviamente, este panorama es idéntico al que se podía observar bajo la vigencia de la Carta Política de 1886, lo cual, en su momento, obligó al legislador a emplear algunos criterios generales de carácter orgánico como la regla, y otros de orden funcional como la excepción, haciendo depender la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales de la clase de entidad a la que se puede vincular el servidor público, y de algunos elementos relacionados con el tipo de actividad que se debía cumplir en cada caso.

Pero además, en el fondo de esta situación y dentro de la evolución científica del derecho administrativo que se hace presente entre nuestras instituciones constitucionales y legales a partir de la reforma constitucional de 1968, se encuentra que en contra de una concepción parlamentarista y rígida, de exageradas concesiones al legislador y de un radical estancamiento, que marchaba a la zaga de nuestras instituciones, se hacía necesario incorporar una visión moderna y racional de la administración y del servicio público, que exigía que se le otorgara a las distintas entidades del Estado, con funciones administrativas y de servicio público, la posibilidad de adecuarse y adaptarse a las distintas condiciones y circunstancias que las afectan y comprometen, y que reclaman su respuesta dinámica.

Por ello, desde 1968 se advertía que no podía aplicarse exclusivamente el criterio orgánico, ni exclusivamente el funcional para construir el régimen de clasificación específica de los servidores públicos, y que bien podía ocurrir que por excepción en un establecimiento público se hiciese necesario atender una actividad como la de construcción y sostenimiento de obras públicas u otras equiparables a ellas con trabajadores oficiales como personal vinculado por contrato de trabajo y que, en veces, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hiciese necesario atender determinadas actividades de confianza y dirección con personal de empleados públicos, naturalmente sometidos a las reglas de la carrera y a sus excepciones.

En dicha reflexión se encuentra la idea, según la cual, no se hace necesario y por el contrario es extraño a toda lógica de eficiencia, eficacia, racionalidad, celeridad y oportunidad, provocar toda la actuación del legislador para crear un cargo en una empresa industrial o comercial o para definir qué tipo de actividad se debe desarrollar por cada servidor público o para precisar si una u otra actividad debe desempeñarse por personal vinculado por nombramiento a una situación legal y reglamentaria y en carrera administrativa o por contrato de trabajo y en últimas para definir y clasificar todos y cada uno de los cargos dentro de los cuadros de la función pública; precisamente, este es el caso del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, que nuevamente se demanda como contrario a la Constitución, en el que el legislador extraordinario de la época empleó los dos criterios de diferenciación para encuadrar con precisión a los servidores públicos vinculados a las distintas entidades de la Administración, al establecer las dos reglas generales de clasificación de los mismos, empleando, de una parte, un criterio orgánico relacionado con el tipo de entidad y con la naturaleza del servicio a prestar por ella y al dar la oportunidad racional

y razonable de aplicar, por excepción y como criterio complementario, un elemento relacionado con la específica función que se debe cumplir por el servidor en cada caso.

En relación con el tema específico que se trata en esta oportunidad, es preciso señalar que la doctrina nacional que estudia el tema ha manifestado en relación con la clasificación de los servidores públicos en los establecimientos públicos que:

"5. Clasificación de los servidores. También se sabe que la clasificación de los servidores de los establecimientos públicos se compendia en el decreto-ley 3135 de 1968, que dispone que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, y señala como regla general la vinculación legal y estatutaria. Como vimos en la definición de establecimiento público, su actuación se regula conforme a reglas de derecho público y por eso resulta lógico, en consecuencia, que sus servidores tengan también una relación de tal linaje, como lo es la legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos.

"No obstante lo anterior, el decreto citado admite dos excepciones, que son la relativa a las actividades precisadas por los estatutos de los establecimientos públicos, como susceptibles de ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y la relativa a las personas que prestan sus servicios en 'construcción y sostenimiento de las obras públicas', los cuales también son trabajadores oficiales, salvo el personal directivo y de confianza que labore en dichas obras (dec. 1848 de 1969, art. 3o.).

"Un punto interesante que surge del examen del art. 5° del decreto-ley 3135 de 1968, es el alusivo a cuál estatuto ha de ser el que señale 'qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo'. En desarrollo de dicho artículo, el decreto 1848 de 1969 que lo reglamenta, también dispuso que en los estatutos de los establecimientos públicos se debería realizar la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

"Creemos que son los estatutos internos de cada entidad los que deben precisar las actividades susceptibles de contratación laboral, dado el carácter casuístico de la decisión. No podría ser el estatuto básico, que por ser competencia de la ley, debe ser general y abstracto.

"Recordemos que el art. 26 del decreto-ley 1050 de 1968 prevé como función de las direcciones colegiadas de cada establecimiento público 'adoptar los estatutos de la entidad' y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno'.

"Es conveniente agregar que trabajadores oficiales son no sólo quienes se encargan de la construcción propiamente dicha, sino, igualmente, quienes se dedican a su sostenimiento, o sea a su conservación y reparación, como lo ha entendido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según se puede deducir de los siguientes apartes: 'Para los efectos del capítulo VII, título IX-Prestaciones patronales especiales del Código Sustantivo del Trabajo-, 'se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edifi-

cios y las inherentes a esa construcción, excepto su conservación o reparación...' El objeto, por el cual el código citado define la obra o actividad de construcción, determina a su vez la clasificación del trabajador para efectos prestacionales exclusivos de tal actividad, y este criterio es el que aplica con iguales efectos y con carácter de garantías mínimas el decreto 3135 de 1968, al establecer en su art. 5° que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. También expresamente determinada por la naturaleza de su actividad, califica el art. 3° del decreto 1848 de 1969 como trabajadores oficiales de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, cuando prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1° del art. 1° del mismo decreto, lo cual determinan, a su vez el carácter de su vinculación.

"La actividad relativa al sostenimiento de las obras públicas construídas, es decir, su conservación y reparación, está expresamente calificada en la definición legal, al contrario de lo que ocurre en la relación laboral de carácter particular, en que no se entienden por obras o actividades de construcción las relativas a conservación o reparación de casa o edificios.

Cabe asimismo aclarar que la condición de trabajador oficial dedicado a la construcción y sostenimiento de las obras públicas puede darse en cualesquiera de los organismos a los que se refiere el art. 5° del decreto 3135 de 1968, a saber: ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, y no solamente por ejemplo en las entidades destinadas a construir las obras públicas. Apartes del concepto ya citado sobre este particular expresan: 'Otra precisión en cuanto a la calidad de trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas conduce a concluir, que aquél no deriva de la vinculación a una entidad exclusivamente encargada de ejecutarlas, sino de la actividad específica que el trabajador desarrolló. Quienes, en consecuencia realizan actividades propias de la construcción y sostenimiento de obras públicas, deben considerarse trabajadores oficiales, aunque estén vinculados a una entidad cuya actividad específica no se limite a construirlas."

Además en relación con la misma clasificación pero en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado el mismo autor advierte que:

"...
"Así, pues, del análisis de la norma se desprende que el criterio adoptado para determinar la clase de vínculo con la empresa es el orgánico. De esta suerte, basta que se presten servicios a una empresa calificada como tal para que la regla general de vinculación sea la contractual laboral, es decir, la propia de los trabajadores oficiales; es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado, y para determinarla siguió el legislador el criterio de la actividad, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza, podrá darse la vinculación estatutaria.

"Pero no es suficiente que se trate de actividades de dirección o confianza, sino que además el estatuto de la respectiva empresa debe indicar cuáles de tales actividades del conjunto de todas las direcciones o confianza, deben ser desempeñadas por empleados públicos.

"Recordemos en esta oportunidad que el Consejo de Estado anuló el art. 3° del decreto 1848 de 1969, en la parte que estableció para todo el personal directivo y de confianza de las empresas industriales y comerciales del Estado la condición de empleados públicos, olvidando que no era suficiente la índole de la tarea, sino que el estatuto las señalara expresamente como susceptibles de ser desempeñadas por empleados públicos.

"El art. 4° del decreto 1848 de 1969 ensayó una definición de personal directivo y de confianza, diciendo que por este se entiende 'el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo a aquél en sus facultades directivas de mando y organización'. No obstante el Consejo de Estado anuló dicho artículo, por considerar que con el se excedía la potestad reglamentaria.

"La Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del doctor JAIME PAREDES TAMAYO, en concepto de 30 de mayo de 1983, señaló un método lógico para indagar si se estaba en presencia o no de personal directivo o de confianza; algunos párrafos del concepto expresan: "Como lo ha señalado la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible dar un criterio de la noción de dirección y confianza sino con base en las funciones que tenga señaladas el trabajador, y así ocurre con las personas que tengan la calidad de empleados públicos, cuya función y clasificación determina su vinculación a las empresas del Estado.

"Son, por tanto, fuente de interpretación los estatutos de cada empresa, en cuanto precisen las actividades de dirección y confianza que, por excepción, deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos. Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las empresas industriales y comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esta situación, mediante la correspondiente clasificación, y así lo ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, en sentencia de 27 de julio de 1979. [Exp. 4003. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago]" (YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Función Pública. Ed. Temis. Bogotá, 1993; pág. 361 y ss.)

Por lo anterior y de conformidad con las competencias que aparecen en la Carta, corresponde a la ley la regulación de los servicios públicos, fijar las distintas categorías de los empleos y establecer con detalle las funciones de los empleos públicos que deben aparecer en cada caso en la respectiva planta; en este sentido también es claro que según la Constitución de 1991, los trabajadores oficiales no pueden ser incorporados, en dicha condición a carrera alguna, y que bien pueden existir empleados públicos que estén sometidos a un régimen de libre nombramiento y remoción en los términos establecidos por la ley, obviamente sólo en los casos en los que exista suficiente fundamento constitucional, como en los cargos de dirección y de gran responsabilidad y en los que exista algún fundamento razonable que habilite al legislador para señalar que aquel destino público, previsto para que sea cumplido por un empleado público, se encuentra por fuera del régimen de la carrera administrativa.

Para la Corte, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y

gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autonomía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y en la aplicación de normas jurídicas.

De igual modo, la autonomía de las entidades descentralizadas se concreta, en primer lugar, en la atribución que tienen de contar con sus propios órganos de dirección, según la expresa voluntad del artículo 16 del Decreto 3130 de 1968 y en segundo lugar, en la facultad de darse sus propios estatutos, con la posibilidad de reglamentar el funcionamiento y actividad del organismo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 del decreto mencionado.

Por ello, la entidad descentralizada se encuentra autorizada para fijar su organización y orientar así el cumplimiento óptimo de las funciones y objetivos encomendados y, dentro de ellas, cabe la función de fijar las funciones de los empleos en el acto administrativo correspondiente, que debe ser aprobado por el Gobierno en el caso de los establecimientos públicos; empero, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se cita más adelante, la autonomía de las entidades de la administración no llega hasta el punto de permitir que ellas definan en sus estatutos las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales en el caso de los establecimientos públicos, así:

"Igualmente, es inexequible la última parte del literal b) de la norma acusada, por cuanto los estatutos orgánicos de las entidades referidas -los establecimientos públicos-, no pueden ejercer una facultad exclusivamente legal, por mandato de la Constitución, y el legislador no está autorizado por la Carta para delegar tal atribución. Conviene, pues, distinguir entre el estatuto básico de las entidades y los estatutos internos, que son los aludidos por la norma ***sub examine.*** *En efecto, el estatuto básico lo expide el Congreso mediante ley. Se entiende por tal, acogiendo la definición dada por la Corte Suprema de Justicia, el conjunto de reglas que determina su denominación, su sede, las actividades que ha de desarrollar, el patrimonio inicial y demás haberes presentes y futuros, los órganos por medio de los cuales tiene que actuar, la manera de constituirlos y sus atribuciones respecto de terceros, los representantes legales, manera de designarlos, los poderes que pueden ejercer, las formalidades y requisitos a que esté sometida la validez de sus actos.*

"Los estatutos básicos son, en definitiva, el complemento necesario del acto de creación propio del Congreso, mediante el cual surge la entidad pública.

"Los tratadistas señalan como necesidad básica, la distinción entre dichos estatutos básicos, y los llamados ***estatutos internos,*** *los cuales no pueden ser considerados, en el sentido estricto de la palabra como estatutos, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 15 de septiembre de 1973. 'Mejor sería -señala esta Corporación- llamar a esos documentos reglamentos internos o, como concesión al uso referido, estatutos internos o de organización interna, los cuales pueden adoptarse por la junta directiva u otros órganos o funcionarios, con arreglo a la ley o a los estatutos básicos cuando estos no los consigne'.*

"Se puede observar entonces que el artículo 125 superior exceptúa de la ***carrera*** *a los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales* ***y los demás que determine la ley****. Como los estatutos internos u orgánicos son adoptados por las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, según el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, por tanto, la norma en comento atribuye una potestad que es exclusiva del Congreso, a las juntas y consejos directivos de los establecimientos públicos, por lo cual la Corte ha de declarar inexequible tal disposición." (Sentencia C-195 de abril 21 de 1994. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).*

Además, en este mismo sentido se observa que la Corte Constitucional dejó en claro lo siguiente:

"3o. *De conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estos, en sus respectivos estatutos.*

"En el caso sub exámine, el aparte de la norma acusada establece que ***'los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo'****, es decir, que se faculta a las juntas directivas de los mismos para que determinen qué servidores se vinculan a los respectivos establecimientos públicos del sistema de salud en calidad de trabajadores oficiales.*

"Esta disposición resulta contraria a juicio de la Corte, a los preceptos constitucionales citados, ya que constituye una potestad propia del Legislador, no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos, como lo señala el demandante, ya que por mandato constitucional corresponde exclusivamente al Congreso a través de la ley determinar la estructura de la administración en lo nacional, a las Asambleas en lo departamental, y a los Concejos en los municipal y distrital.

"De permitirse esta delegación, los establecimientos públicos podrían realizar la clasificación de sus servidores en empleados públicos y trabajadores oficiales, contrariando las disposiciones constitucionales.

"De conformidad con lo expuesto, se tiene que el artículo 674 del Decreto 1298 del 22 de junio de 1994, inciso 2o. de su parágrafo, al establecer que 'los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo', delegando una potestad atribuída por la Constitución al legislador, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, quebrantó los preceptos examinados, razón por la cual habrá de declararse su inexequibilidad, al igual que el artículo 26 inciso 2o. del parágrafo de la Ley 10 de 1990, por unidad normativa (artículo 158 CP.), por tratarse del mismo texto acusado." (Sentencia C-432/95. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Así las cosas, resulta que los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley.

De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley; por todo ello, las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son inconstitucionales y así lo señalará esta Corporación

Por el contrario, para la Corte, la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley.

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción de las normas constitucionales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero. Declarar que las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, son INEXEQUIBLES.

Segundo. Declarar que las expresiones acusadas del inciso segundo del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, son EXEQUIBLES.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado
-Con salvamento parcial de voto-

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
-Con aclaración parcial de voto-

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-484
octubre 30 de 1995

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Estructura orgánica la fija el Congreso
(Salvamento de voto)

Es perfectamente lógico que al crear un establecimiento público, como lo prevé la norma mencionada, y al señalar sus objetivos y estructura orgánica, se diga qué actividades, entre todas las que cumplirá el establecimiento, "pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". Estas actividades, según la norma acusada, serán la excepción, pues, en principio, todos los servidores del establecimiento público son empleados públicos. Aún en el caso de no existir el aparte declarado inexequible, siempre podrá el Congreso de la República, al crear, por medio de una ley, un establecimiento público, señalar su estructura orgánica *y sus* objetivos, *y definir cuáles de sus actividades podrán ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Y siempre el establecimiento público tendrá que ser creado por ley.*

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

He disentido de la opinión mayoritaria que se manifestó en la declaración de inexequibilidad del siguiente aparte del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968: "En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". Las razones de mi disentimiento son las siguientes:

1a. Pienso que la mención que se hace en la norma demandada de los "estatutos de los establecimientos públicos", se refiere a la "estructura orgánica" que menciona el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución. Esta estructura orgánica, lo mismo que los objetivos del establecimiento público, la fija el Congreso de la República, por medio de una ley, según el citado numeral.

Es perfectamente lógico que al crear un establecimiento público, como lo prevé la norma mencionada, y al señalar sus objetivos y estructura orgánica, se diga qué actividades, entre todas las que cumplirá el establecimiento, "pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". Estas actividades, según la norma acusada, serán la excepción, pues, en principio, todos los servidores del establecimiento público son empleados públicos.

2a. Aun en el caso de no existir el aparte declarado inexequible, siempre podrá el Congreso de la República, al crear, por medio de una ley, un establecimiento público, señalar su *estructura orgánica* y sus *objetivos*, y definir cuáles de sus actividades podrán ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Y siempre el establecimiento público tendrá que ser creado por ley. Así, ¿qué finalidad tiene la inexequibilidad declarada?

Cordialmente,

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-484
octubre 30 de 1995

REGIMEN DE LOS SERVIDORES PUBLICOS-Regulación (Aclaración de voto)

La Constitución de 1991 no se ocupó de definir la titularidad de la competencia normativa y reguladora para establecer el régimen de los servidores públicos en los distintos niveles de la administración, ni se la entregó exclusivamente al legislador ordinario; considero, por el contrario, que el régimen del servidor público en estas entidades del orden administrativo está dado no sólo por la Constitución y por el estatuto orgánico aplicable a las entidades descentralizadas por servicios del Estado, que, a su vez está constituido por el conjunto de disposiciones de orden legal que integran el régimen general de la administración, algunos de cuyos aspectos pueden aparecer, después de la Carta de 1991, aun en algunas leyes marco especiales, pues, además, la clasificación de los servidores públicos, según los diversos criterios aplicables, también puede aparecer en la ley de creación de la entidad y aun en los estatutos del establecimiento que son el desarrollo especifico de las reglas internas de organización y distribución de competencias, y que bien puede implicar ajustes y decisiones de adecuación a las políticas de expansión o de transformación de los organismos y, en últimas, obedecen a una regla apenas razonable de modernización y de sana administración pública.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-No es obligatorio el régimen del empleo público (Aclaración de voto)

La Constitución no establece que la regla jurídica para la definición del régimen aplicable a los cuadros del servicio público en el orden descentralizado y especialmente en los establecimientos públicos, sea la de la obligatoriedad del régimen del empleo público, y en consecuencia la de la prevalencia y la generalidad de la carrera administrativa, salvo disposición expresa y razonable del legislador, como lo entiende la Corporación bajo el supuesto de inderogabilidad de la salvaguardia de los derechos a la estabilidad y a la continuidad en el empleo que genera el vínculo del servidor público en carrera, y que operaría como un principio básico de la organización y de la estructura del Estado en la nueva Carta Política.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Competencia del Congreso en relación con servidores públicos (Aclaración de voto)

El legislador es competente para establecer como regla general que los servidores públicos vinculados por una relación laboral a los establecimientos públicos sean tenidos como empleados públicos y también lo es para establecer que por excepción el establecimiento

público bien pueden definir en sus estatutos internos las actividades que pueden ser desempeñadas o cumplidas por personal vinculado por contrato de trabajo como trabajadores oficiales, y esto bien puede hacerse bajo el marco de la Constitución siempre que se respeten en cada caso concreto los derechos adquiridos de empleados públicos y de trabajadores oficiales según se trate, lo cual, en mi respetuosa opinión, no es patrocinado por la norma que se declara inexequible en la providencia de la que me aparto parcialmente.

Referencia: Expediente No. D-916

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, dejo constancia de mi de voto disidente en relación con una parte de las consideraciones introducida en el texto de la sentencia de la cual soy ponente, a raíz del debate en la Sala Plena de la Corporación y en atención a la opinión mayoritaria sobre el tema; por virtud de la misma, los fundamentos que sirvieron para la declaratoria de inexequibilidad de las partes demandadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, comprenden una extraña modalidad de interpretación extensiva sobre las disposiciones jurídicas de orden constitucional en las que se establecen las competencias del legislador en materia de la definición de la estructura de la administración y del régimen de carrera administrativa previsto para los empleados públicos, que, en mi juicio, escapa al rigor de la lectura sistemática de los términos de las disposiciones aplicables al caso que se examina en esta providencia, y conduce a conclusiones ajenas al rigor constitucional que demanda esta materia.

En mi parecer, la Constitución de 1991 no se ocupó de definir la titularidad de la competencia normativa y reguladora para establecer el régimen de los servidores públicos en los distintos niveles de la administración, ni se la entregó exclusivamente al legislador ordinario; considero, por el contrario, que el régimen del servidor público en estas entidades del orden administrativo está dado no sólo por la Constitución y por el estatuto orgánico aplicable a las entidades descentralizadas por servicios del Estado, que, a su vez está constituido por el conjunto de disposiciones de orden legal que integran el régimen general de la administración, algunos de cuyos aspectos pueden aparecer, después de la Carta de 1991, aun en algunas leyes marco especiales, pues, además, la clasificación de los servidores públicos, según los diversos criterios aplicables, también puede aparecer en la ley de creación de la entidad y aun en los estatutos del establecimiento que son el desarrollo especifico de las reglas internas de organización y distribución de competencias, y que bien puede implicar ajustes y decisiones de adecuación a las políticas de expansión o de transformación de los organismos y, en últimas, obedecen a una regla apenas razonable de modernización y de sana administración pública.

En mi concepto, la Constitución no establece que la regla jurídica para la definición del régimen aplicable a los cuadros del servicio público en el orden descentralizado y especialmente en los establecimientos públicos, sea la de la obligatoriedad del régimen del empleo público, y en consecuencia la de la prevalencia y la generalidad de la carrera administrativa, salvo disposición expresa y razonable del legislador, como lo entiende la Corporación bajo el supuesto de inderogabilidad de la salvaguardia de los derechos a la estabilidad y a la continuidad en el empleo que genera el vínculo del servidor público en carrera, y que operaría como un principio básico de la organización y de la estructura del Estado en la nueva Carta Política.

De otra parte, el Constituyente tampoco estableció que para las entidades de la administración que adoptan la forma de empresa, deba tenerse como general y obligatoria una u otra regla de definición del régimen general aplicable, ni la cláusula de la reserva de la ley para efectos de establecer el régimen de los servidores públicos en los distintos niveles de la Administración, como si lo hizo para efectos de la definición de las reglas de la carrera según lo ha establecido esta Corporación en varias decisiones.

No me asiste duda acerca de estas afirmaciones y por ello estimo que la declaratoria de inexequibilidad de la parte acusada del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, no puede fundamentarse en las consideraciones que se han elaborado por la jurisprudencia para explicar el régimen de la carrera administrativa a partir de la Carta de 1991, como lo hace en parte la sentencia; además, considero que las reglas de la carrera sirven para ilustrar el tema de la demanda que se absuelve en este caso, pero no rigen su interpretación ni imponen los criterios básicos con los cuales se debe juzgar el asunto.

No es pues válida la premisa empleada y estimo que los derechos de los servidores públicos, según sea el caso, no pueden examinarse de modo global y general partiendo de supuestos abstractos que bien pueden ser extraños a la realidad normativa y a la dinámica jurídica de las relaciones entre la administración y sus servidores. No todo lo que se refiere al régimen de personal de los servidores del Estado debe ser visto desde la óptica de la Carrera, ni aquel se reduce a ésta, ni los únicos derechos de los servidores se resumen y garantizan con ella.

Considero que el legislador es competente para establecer como regla general que los servidores públicos vinculados por una relación laboral a los establecimientos públicos sean tenidos como empleados públicos y también lo es para establecer que por excepción el establecimiento público bien pueden definir en sus estatutos internos las actividades que pueden ser desempeñadas o cumplidas por personal vinculado por contrato de trabajo como trabajadores oficiales, y esto bien puede hacerse bajo el marco de la Constitución siempre que se respeten en cada caso concreto los derechos adquiridos de empleados públicos y de trabajadores oficiales según se trate, lo cual, en mi respetuosa opinión, no es patrocinado por la norma que se declara inexequible en la providencia de la que me aparto parcialmente.

Fecha *ut supra,*

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-485
octubre 30 de 1995

INTERES LEGAL-Norma supletoria

La norma que obliga al pago del interés legal, es decir, el inciso primero de la regla primera, es supletoria, pues los intereses legales sólo se deben cuando no se ha pactado un interés superior al legal, y el deudor incurre en mora.

INTERES LEGAL-Competencia del legislador

La Corte no podría determinar, como parece leerse entre líneas en la demanda, que el interés legal fuera igual o superior a la tasa de inflación, porque ello implicaría legislar, es decir, invadir la esfera reservada al Congreso.

CONTRATO DE MUTUO/INTERES LEGAL-Cuantía

Lo que la ley no ha hecho, y posiblemente no hará, por razones elementales, es prohibir que se pacte el mutuo sin intereses, es decir, gratuito. Y, por lo mismo, no se ve por qué pueda ser contraria a la Constitución la norma que prevé que si no se han pactado intereses, en la mora se deban los legales, pues, en últimas, corresponde al acreedor y al deudor la decisión de pactarlos, y a aquél la de cobrar el legal cuando no se convinieron.

Referencia: Expediente No. D-924

Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1617 (parcial) y 2232 (parcial) del Código Civil.

Actor: Enrique José Arboleda Perdomo

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cincuenta y tres (53), a los treinta (30) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Enrique José Arboleda Perdomo, 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 1617 (parcial) y 2232 (parcial) del Código Civil.

Por auto del tres (3) de mayo de 1995, el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación del negocio en lista, para asegurar la intervención ciudadana dispuesta por los artículos 242, numeral 1, de la Constitución, y 7, inciso segundo, del decreto 2067 de 1991. Igualmente, dispuso también el envío de copia de la demanda al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República, y al señor Procurador General de la Nación, para que rinda 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. NORMA ACUSADA.

El siguiente, es el texto de las normas acusadas, con la advertencia de que se destaca lo demandado.

"..

"Artículo 1617.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

"1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

"El interés legal se fija en seis por ciento anual.

"2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

"3. Los intereses atrasados no producen interés.

"4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.".

"Artículo 2232.- Si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales.

"El interés legal se fija en seis por ciento anual."

B. LA DEMANDA.

En concepto del demandante, los apartes demandados de los artículos 1617 y 2232 del Código Civil desconocen las prescripciones del artículo 373 de la Constitución, que obliga al Estado, por intermedio del Banco de la República, a velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, y el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Para concretar sus cargos y exponer el concepto de violación, el demandante hace un breve análisis del tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico da al valor del dinero, pues, en gene-

ral, las distintas normas que de una u otra forma se refieren al tema, parten del supuesto, según el cual el valor liberatorio de la moneda está dado en su valor nominal, teoría nominalista, y no por el que tenga en el mercado, teoría valorativa. Aspecto éste de gran importancia, en materias como el de las obligaciones dinerarias, especialmente, en lo que hace a su extinción, así como en el de los intereses. Pues, a excepción de la regulación que hacen las normas parcialmente acusadas, la legislación ha reconocido que existen factores económicos que han de tenerse en cuenta al momento de estimar la tasa del interés a pagar, para efectos de mantener el valor adquisitivo del dinero. Así, por ejemplo, el Código del Comercio establece que a falta de acuerdo entre las partes, los intereses que deben reconocerse son los corrientes bancarios, constituídos por factores como la retribución por el uso del dinero, la inflación, etc.

Con fundamento en lo expuesto, el actor considera que las normas parcialmente acusadas, son inconstitucionales porque no se puede fijar una tasa de interés que no consulte una serie de factores económicos, que pueden afectar su valoración. Según el actor:

1o. El artículo 373 de la Constitución, le asignó al Banco de la República la función primordial de mantener el poder adquisitivo de la moneda, función que debe cumplir teniendo en cuenta los factores económicos que inciden en la economía, así como las leyes del mercado. Por tanto, la ley no puede regular materias de incidencia económica que no tengan en cuenta ciertos hechos, como la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Las normas acusadas, fijan la tasa del interés legal en un seis por ciento (6%) anual, tasa ésta que sólo tiene en cuenta la retribución por el uso del dinero, pero no la pérdida del valor adquisitivo del mismo. En consecuencia, permite el enriquecimiento sin causa del que está obligado a restituir determinada suma de dinero, porque la que está obligado a devolver, no representa, en términos adquisitivos, la misma que le fue entregada.

2o. Para remediar en parte esta situación, algunos jueces cuando establecen el interés legal, reconocen a su vez la pérdida del valor adquisitivo del dinero aplicando la figura de la indexación, mecanismo éste que permite ajustar al valor real, las deudas de dinero. La aplicación de este mecanismo es de carácter discrecional, hecho que rompe el principio de la igualdad. Al respecto, afirma el actor:

"Como se observa esta fórmula por ingeniosa y justa que sea no es la legal. Además tiene un inconveniente fundamental desde el punto de vista de la seguridad jurídica: la liberalidad del juez en aplicar o no la indexación, pues al no estar ordenada por la ley es casi discrecional su aplicación. Hay casos como por ejemplo en la lesión enorme, o en los intereses sobre las costas y honorarios de los profesionales, o los réditos sobre la tierra, en los que sistemáticamente la jurisprudencia se ha negado a "indexar", causando así un grave desequilibrio económico y un rompimiento del principio de igualdad... Nótese que el artículo 176 del C. C. A., al regular los "ajustes en valor" en las sentencias administrativas, utiliza la expresión "cualquier ajuste", dejando ver que no son obligatorios...".

C. INTERVENCIONES.

De conformidad con el informe secretarial del diez y nueve (19) de mayo de 1995, el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de las normas acusadas venció en silencio.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Por medio del oficio número 658, de junio diez y seis (16) de 1995, el Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLES** los apartes demandados de los artículos 1617 y 2232 del Código Civil.

El Ministerio Público remite a un concepto anterior, rendido en el proceso de constitucionalidad radicado bajo el número D-835, donde se demandó el artículo 1617 del Código Civil, específicamente, porque su aplicación en los procesos ejecutivos de carácter laboral desconocía la desvalorización que sufre el dinero desde el momento en que se causa la obligación hasta el momento en que la misma es cancelada.

En esa oportunidad, el Procurador afirmó que el artículo 1617 del Código Civil debía ser interpretado de tal forma que "... junto con a la indemnización moratoria, consistente en el pago de un interés anual del 6%, que trae el artículo 1617 del Código Civil, sea contemplada la indemnización compensatoria por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias, en particular la que tiene el Estado con los pensionados en virtud de expreso mandato constitucional. Esta indemnización, se expresaría en el reconocimiento de la corrección monetaria para los créditos pensionales cobrados por la vía ejecutiva."

En relación con el artículo 2232 del Código Civil, y, frente a los cargos del actor expone:

-La inflación sólo incide directamente sobre el capital, en tratándose de obligaciones dinerarias, cuando se produce la mora del deudor, pues el acreedor recibe una suma que no representa la prestada inicialmente. En estos casos, y en aplicación del principio de la equidad, se debe reconocer la corrección monetaria.

- "... de admitirse la tesis del actor, según la cual los intereses no solamente deben involucrar el rendimiento por el uso del capital, sino también un factor por razón de restitución del poder de compra que el dinero ha perdido durante el plazo o la mora, llegaríamos al absurdo de computar doblemente la corrección monetaria, al tomarla de un lado como factor de revaluación del capital y de otro como factor de redistribución por su uso. Bajo este entendimiento se favorecería en exceso al acreedor en desmedro de la situación del deudor."

- Es cierto que la tasa del 6% que fija la norma es anacrónica, pero ello no hace inconstitucional la norma. Sólo el legislador puede establecer si mantiene el interés legal en esa tasa, o se acoge a la regulación de intereses que hacen otras legislaciones.

- No se puede afirmar que la tasa del 6% como interés legal, en la legislación civil, desconozca el derecho a la igualdad, porque en otras, su regulación es distinta. Según el Procurador, cada legislación regula una actividad diferente, razón que en sí misma justifica la existencia de un régimen diferente sobre intereses.

- El Código de Comercio, no exige tener en cuenta el factor inflacionario para efectos de determinar la tasa de interés. Como tampoco se obliga a las autoridades a tenerlo en cuenta al momento de certificarlo. Por tanto, el actor no puede afirmar que ese factor, es esencial, en la fijación de la tasa del interés legal.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Procede la Corte Constitucional a decidir este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente para conocer de este proceso, pues están demandados parcialmente dos artículos del Código Civil, y la Corte conoce de las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes, según el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- Aclaración previa.

Esta Corporación en la sentencia C-367 del 16 de agosto de 1995, declaró exequible el artículo 1617 del Código Civil, pero restringió el alcance de constitucionalidad específicamente a lo analizado en tal fallo. Por esta razón, se analizará la constitucionalidad del aparte acusado de este artículo, teniendo como fundamento los cargos formulados en esta demanda, sin referirse al caso de las pensiones periódicas en materia laboral, aspecto sobre el cual, como se ha dicho, existe cosa juzgada.

Tercera.- Los fundamentos de la demanda.

Como se vio, dos son los argumentos fundamentales de la demanda.

El primero consiste en la supuesta violación del artículo 373 de la Constitución, según el cual "El Estado, por intermedio del Banco de la República velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda". Se dice que las normas acusadas, "al determinar una tasa de interés sin tener en cuenta el valor de la inflación", son inconstitucionales e injustas, pues producen "un enriquecimiento sin causa en el deudor que va a pagar una obligación desvalorizada con unos intereses irrisorios, guardando para sí el valor de la inflación".

Y se dice que también violan el artículo 13, porque éste consagra la igualdad, y las disposiciones acusadas establecen "una clara desigualdad de unas personas frente a otras, y de unas situaciones jurídicas frente a otras", pues existen diversas tasas de interés, que sí igualan o superan la inflación.

Estos dos argumentos, en consecuencia serán examinados. Y, además, se analizará si las normas demandadas son contrarias a otras disposiciones de la Constitución.

Cuarta.- Razón de ser de los intereses legales.

El artículo 1617, hace parte del Título XII de libro IV del Código Civil, que trata "Del Efecto de las Obligaciones".

Los artículos anteriores al 1617, es decir, el 1612, el 1613, el 1614, el 1615 y 1616, establecen las reglas que deben seguirse para indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación. Con razón se ha sostenido que el 1617 es una excepción a las reglas mencionadas, como lo afirma don Fernando Vélez:

"Decimos que este artículo es una excepción a las reglas sobre perjuicios, porque señala los que debe satisfacer una persona que es deudora de una suma de dinero y no la paga el día que se vence el plazo; porque determina el hecho que constituye en mora al deudor, sin que sea necesario para que ésta exista reconvención judicial (art. 1608, No. 1), y porque los intereses se deben sin tener en cuenta ni daño emergente, ni lucro cesante, ni si hay dolo por parte del deudor, o si los perjuicios pudieron o no preverse. En suma, basta la mora en el pago para que deba intereses el deudor". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Imprenta París América, 2a. Edición, tomo VI, pág. 248).

El autor citado, al referirse al interés legal, anota: "El inciso segundo de la regla 1a., fija el interés anual en el 6%. Este es poco en las actuales circunstancias del país en que el interés corriente es muy elevado" (ob. cit., pág. 249).

La norma que obliga al pago del interés legal, es decir, el inciso primero de la regla primera, es supletoria, pues los intereses legales sólo se deben cuando no se ha pactado un interés superior al legal, y el deudor incurre en mora. Y también es claramente supletoria la norma del artículo 2232 del Código Civil, de conformidad con la cual "si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales ".

Pero, en la vida corriente de los negocios no es frecuente el otorgamiento de préstamos de dinero sin la estipulación de intereses, ni el que éstos se convengan sin determinar su tasa. Por el contrario, lo que se observa es la tendencia a pactar intereses excesivos. Por eso, el artículo 2231 del Código Civil ordena al juez reducir al interés corriente el que "exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención,... si lo solicitare el deudor".

Queda claro, en consecuencia, que la ley, en principio, respeta la autonomía de la voluntad en lo relativo al pacto de intereses. Y que, en general, su intervención se limita a impedir que se incurra en prácticas usurarias.

Hay que tener en cuenta que el mutuo comercial, regulado por los artículos 1163 y s.s. del C. de Co., es remunerado por naturaleza; pues, salvo pacto en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales, siempre superiores al interés legal fijado por los artículos 1617 y 2232 del C.C.

Quinta.- Consecuencias de la prosperidad de la demanda.

En esta demanda, como en otras, se observa lo que podría denominarse el efecto no querido de la prosperidad de la demanda, que se explica así.

Si la Corte, por cualquier razón, llegara a la conclusión de que las normas que determinan la tasa del interés legal, y los casos en que éste debe pagarse, son contrarias a la Constitución, tales normas, sencillamente, desaparecerían del ordenamiento legal, sin ser reemplazadas. Y quien, por ejemplo, no pactara intereses en el contrato de mutuo, ya no recibiría ni siquiera los legales, en la mora.

La Corte no podría determinar, como parece leerse entre líneas en la demanda, que el interés legal fuera igual o superior a la tasa de inflación, porque ello implicaría legislar, es decir, invadir la esfera reservada al Congreso. Esto, sin perjuicio de lo afirmado en la sentencia C-367/95, en cuanto a las pensiones laborales.

Sexta.- El verdadero fundamento de la demanda.

Si se analiza la demanda, en particular el cargo fundado en la supuesta violación del artículo 373 de la Constitución, se ve que el sustento real de la acusación no es otro que la situación inflacionaria de los últimos años. Es claro que en circunstancias diferentes, caracterizadas por la estabilidad monetaria, la tasa de interés fijada en el seis por ciento (6%) anual, podría estar muy cercana al costo del dinero.

Esta consideración permite llegar al meollo de la acusación: ésta se basa no en la violación de la Constitución, sino en la supuesta inconformidad entre una norma y las circunstancias económicas actuales.

Séptima.- Algunas explicaciones sobre el artículo 373 de la Constitución.

El actor insinúa que la obligación del Estado de velar "por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda" se cumpliría mediante la fijación de tasas de interés que compensaran y superaran la tasa de inflación. Pero es evidente que por ese camino se llegaría a un resultado contrario: convivir con la inflación, con la depreciación de la moneda, en lugar de combatirla.

El artículo 373 contiene el mandato inequívoco de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, o sea, por la estabilidad monetaria. Para eso, el Banco de la República utiliza instrumentos, vale decir, "lo que sirve de medio para hacer una cosa o conseguir un fin", como el encaje, las tasas de redescuento, etc., de conformidad con las competencias que le corresponden según la Constitución. Competencias que, bueno es recordarlo, se ejercen de conformidad con la ley: "La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley". (art. 372 C.P.).

El Congreso conservó, en la Constitución vigente, lo mismo que el Gobierno, competencias prioritarias en las materias cuyo manejo inmediato y directo corresponde al Banco de la República. Así, por ejemplo, el numeral 13 del artículo 150, señala como función del Congreso, que éste ejerce por medio de leyes, la de "Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas". En materia de cambio internacional, compete al Gobierno señalar su régimen, siguiendo los objetivos y criterios señalados por el Congreso en normas generales, según el numeral 19, literal b, del mismo artículo 150. Con arreglo a ese régimen, regula los cambios internacionales el Banco de la República, según el inciso segundo del artículo 371. Y finalmente, ya vimos como el artículo 372, inciso primero, prevé que la Junta Directiva del Banco de la República actúe como "autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley".

Como se ve, no puede afirmarse que en estas materias la Constitución no haya atribuído funciones al Congreso. Con razón ha dicho la Corte, al referirse a las tasas de interés:

"Dicha reserva constitucional tampoco impide que el Congreso de la República haga referencia a tasas de interés con propósitos legislativos distintos de su regulación económica. Así, por ejemplo, para determinar desde el punto de vista penal cuál es el interés que se considera usurario, o desde la perspectiva civil o comercial para precisar los conceptos de intereses corrientes o de mora. En tales eventos el legislador no invade la órbita propia de la Junta Directiva del Banco de la República, pues no

actúa como autoridad monetaria ni crediticia, sino que ejerce una función que le es propia, consagrando reglas generales en los señalados campos legislativos". (Sentencia C-489/94, noviembre 3 de 1994, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Octava.- La regulación legal en materia de obligaciones.

En general, la regulación legal en lo que tiene que ver con las obligaciones, especialmente con las que tienen su origen en el contrato, está formada por normas supletorias. Las imperativas, en principio, son solamente aquellas encaminadas a impedir el abuso de las situaciones de superioridad económica, como las relativas a la prohibición de los intereses usurarios, la lesión enorme, o las orientadas a castigar los negocios ilícitos, como la prohibición de repetir lo dado o pagado con causa u objeto ilícito a sabiendas, contenida en el artículo 1525 del C.C.

Pero, lo que la ley no ha hecho, y posiblemente no hará, por razones elementales, es prohibir que se pacte el mutuo sin intereses, es decir, gratuito. Y, por lo mismo, no se ve por qué pueda ser contraria a la Constitución la norma que prevé que si no se han pactado intereses, en la mora se deban los legales, pues, en últimas, corresponde al acreedor y al deudor la decisión de pactarlos, y a aquél la de cobrar el legal cuando no se convinieron.

En síntesis: los apartes demandados de los artículos 1617 y 2232, en nada violan el artículo 373 de la Constitución.

Novena.- Inexistencia de la alegada violación del artículo 13 de la Constitución.

Tampoco encuentra la Corte razón valedera para sostener que la existencia de diversas tasas de interés, entre ellas la del interés legal, viole el principio de igualdad establecido por el artículo 13 de la Constitución.

La vida de los negocios implica una variedad muy amplia de situaciones en las cuales pueden encontrarse un acreedor y un deudor. En tratándose de los intereses, es claro que en nada contrarían la Constitución las normas que permiten pactar el mutuo gratuito u oneroso. El que un acreedor quiera colocarse en cualquiera de las dos situaciones, no implica que la norma que le permite hacerlo viole la Constitución. Y la que le permite cobrar en la mora unos intereses legales, que puede exigir o no según su voluntad, tampoco es contraria a la Constitución.

En tratándose de la responsabilidad originada en los delitos y culpas, especialmente, la jurisprudencia ha venido reconociendo el derecho de quien ha sufrido el daño a ser indemnizado plenamente, aplicando a las sumas de dinero que deban pagarse la llamada corrección monetaria. Pero ésta es tarea que compete a los jueces que deben aplicar la ley en los casos concretos.

Y se repite: la existencia de diversas tasas de interés, no viola el principio de igualdad, sencillamente porque su aplicación depende de múltiples factores, que nada tienen que ver con las discriminaciones prohibidas por el artículo 13 de la Constitución.

Décima.- Constitucionalidad de los apartes demandados, de los artículos 1617 y 2232 del C. C.

Tampoco encuentra la Corte que los apartes acusados, de los artículos 1617 y 2232, sean contrarios a norma alguna de la Constitución. En consecuencia, serán declarados exequibles.

III.- DECISION.

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

RESUELVE:

Primeo.- Declárase EXEQUIBLE el inciso segundo de la regla 1a. del artículo 1617 del Código Civil, que reza: "El interés legal se fija en seis por ciento anual", declaración que se hace en relación con todos los aspectos no estudiados en la sentencia C-367/95, del 16 de agosto de 1995, en la cual se declaró la exequibilidad frente al cargo concreto allí analizado.

Segundo.- Declárase EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 2232 del Código Civil, que dice: "El interés legal se fija en un seis por ciento anual".

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

SENTENCIA DE REVISION CONSTITUCIONAL OCTUBRE 1995

SENTENCIA No. C-466
octubre 18 de 1995

CONMOCION INTERIOR-Inexistencia de hechos sobrevinientes

Los hechos narrados no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales.

CONMOCION INTERIOR-Hechos invocados

Es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, "graves" y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado Colombiano. Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción. La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario.

VIOLENCIA ENDEMICA

La circunstancia de que el Constituyente del 91, hubiera limitado la vigencia temporal del estado de conmoción interna, es claramente indicativa de una voluntad dirigida a que nuestros males endémicos no fueran justificativos de un eterno régimen de libertades menguadas. El mensaje implícito en la nueva Carta no puede ser más claro: a los males que se han hecho permanentes, hay que atacarlos con políticas igualmente estables, de largo aliento, cuidadosamente pensadas y diseñadas. Y las medidas de vocación transitoria hay que reservarlas para situaciones de ese mismo sello. No puede el Gobernante trocar su condición de estadista que ataca las causas, por la de escamoteador de enfermedades que trata sólo los síntomas y con medios terapéuticos heroicos que en vez de conjurar el ***pathos*** *más bien lo potencian. Si para combatir las manifestaciones endémicas, a las que por desventura ya está habituado el país -sin duda atentatorias de la seguridad ciudadana-, se precisan especiales medidas policivas o castrenses, ellas son compatibles con el régimen de libertades plenas, que el constituyente quiso que fuera la regla y no la excepción.*

CONMOCION INTERIOR-Medios ordinarios policivos

La situación de crónica perturbación del orden público, puede alimentar tesis extremas -conmoción interior permanente o conmoción interior sólo cuando el fenómeno adquiera una intensidad intolerable-, que sacrifican el ordenamiento constitucional y que, por consiguiente, la Corte no comparte. De ahí que se exija como condición necesaria para declarar la conmoción interior, aparte del factor de turbación del orden público, que éste no pueda ser conjurado mediante el eficiente y oportuno ejercicio de las facultades ordinarias. Los hechos y problemas que por naturaleza demandan soluciones materiales y jurídicas permanentes, deben ser enfrentados a través de los mecanismos de la normalidad. Y sólo cuando éstos se revelen inidóneos para enfrentar hechos sobrevinientes, resulta justificado apelar a las competencias extraordinarias derivadas del estado de excepción.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Violación

Se violó el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968 y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos que sólo permiten adoptar medidas de excepción ante "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación", esto es, que superen el límite de normalidad causando grave crisis en la vida organizada, o "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado".

Referencia: Expediente No. R.E.-065

Revisión constitucional del decreto 1370 del 16 de agosto de 1995 "Por el cual se declara el estado de conmoción interior"

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Acta No. 50

I. ANTECEDENTES

La Presidencia de la República envió a esta Corporación dentro del término constitucional fijado en el artículo 214-6, copia auténtica del decreto legislativo No. 1370 del 16 de agosto de 1995, "Por el cual se declara el estado de conmoción interior", para efectos de su revisión constitucional.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales estatuidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

II. TEXTO DEL DECRETO

El texto del decreto objeto de revisión es el que sigue:

DECRETO No. 1370
16 de Agosto de 1995

Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 213 de la Constitución Política

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de 1991 estableció que en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República puede declarar el estado de conmoción interior;

Que la situación de orden público se ha agravado en las últimas semanas como resultado de la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, generadoras de los acontecimientos de violencia que han sacudido al país, atentando de manera grave contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana;

Que la delincuencia organizada ha llevado a cabo en los últimos días, masacres en varias regiones del país arrojando un saldo alarmante de muertes y de desestabilización social;

Que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, la existencia de formidables aparatos de fuerza privados "... no deja de ser patológico en el plano constitucional y amenazante y desestabilizador en el campo social e institucional ...";

Que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular, nutren sus arcas con dineros provenientes de actividades ilícitas que implican tanto enriquecimiento ilícito como grave deterioro de la moral social, en el entendido de que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, "la única riqueza y poder social derivado de ésta que garantiza la Constitución, es el originado en el trabajo honrado. (C.P. Arts. 1, 34, 58)";

Que los grupos subversivos han ejecutado en las últimas semanas acciones de violencia indiscriminada contra los miembros de la fuerza pública sin ninguna consideración respecto de la población civil, en violación directa del Derecho Internacional humanitario, asolando poblaciones de las cuales han tenido que huir hombres, mujeres y niños;

Que la delincuencia común ha incrementado su actividad en las ciudades, amedrentando a la población con la ejecución permanente de delitos en especial contra la vida, la integridad personal la libertad y el pudor sexual y la propiedad;

Que los delincuentes en general se aprovechan de medios de comunicación para entorpecer el desarrollo de las actividades de las autoridades, hacer apología de la violencia y aumentar la confusión entre la población;

Que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, no resultan suficientes para conjurar los graves efectos de la situación descrita;

Que es necesario fortalecer los instrumentos legales que utilizan los organismos judiciales en su función de investigar, acusar y juzgar, a través de la tipificación de conductas, y el aumento de las penas previstas para algunos delitos de especial repercusión social que en los últimos meses vienen azotando a la sociedad;

Que la ley 137 de 1994 estatutaria de los estados de excepción faculta al Gobierno Nacional para que mediante decretos legislativos pueda tipificar penalmente conductas y aumentar penas, así como modificar las disposiciones de procedimientos penal y de policía;

Que es necesario judicializar algunas contravenciones especiales que en la actualidad conocen los inspectores de policía, con el fin de atacar la impunidad respecto de ciertas conductas que vienen atentando en forma grave contra la seguridad ciudadana;

Que es necesario afrontar la grave situación de congestión que al interior de algunos Despachos Judiciales acarrea una preocupante imposibilidad de procurar una pronta y cumplida justicia, circunstancia ésta que ha tenido entre otros graves efectos, el aumento de impunidad en el país;

Que es necesario fortalecer el sistema carcelario de tal manera que se asegure la adecuada función del Estado en relación con el cumplimiento de las providencias judiciales, en consonancia con la estricta vigilancia dentro y fuera de los centros penitenciarios y carcelarios;

Que es necesario fortalecer los mecanismos de solidaridad ciudadana que permitan una adecuada colaboración de la sociedad con las autoridades;

Que con el fin de hacer frente a esta situación de violencia y para impedir oportunamente la extensión de sus efectos, es preciso adoptar medidas de carácter excepcional, que escapan al ámbito de las atribuciones ordinarias de las autoridades policía;

Que el artículo 2o. de la Constitución Política establece como uno de los fines del Estado el asegurar la convivencia pacífica;

Que el artículo 22 de la Constitución Política consagra que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento;

Que el artículo 189 numeral 4o. de la Constitución Política dispone que le corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado;

DECRETA

ARTICULO 1o. *Declarar el Estado de Conmoción Interior en todo el territorio nacional a partir de la vigencia del presente Decreto y por el término de noventa días calendario.*

ARTICULO 2o. *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.*

Publíquese y Cúmplase.

Dado en Santafé de Bogotá, D.C. a los 16 días de agosto de 1995

HORACIO SERPA URIBE, Ministro del Interior

RODRIGO PARDO GARCIA-PEÑA, Ministro de Relaciones Exteriores

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA, Ministro de Justicia y del Derecho

GUILLERMO PERRY RUBIO, Ministro de Hacienda y Crédito Público

General HERNANDO CAMILO ZUÑIGA CHAPARRO, Comandante de las Fuerzas Militares, Encargado de las Funciones del Despacho del Ministro de Defensa Nacional

GUSTAVO CASTRO GUERRERO, Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural

RODRIGO MARIN BERNAL, Ministro de Desarrollo Económico

RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, Ministro de Minas y Energía

DANIEL MAZUERA GOMEZ, Ministro de Comercio Exterior

MARIA EMMA MEJIA VELEZ, Ministra de Educación Nacional

CECILIA LOPEZ MONTAÑO, Ministra del Medio Ambiente

MARIA SOL NAVIA VELASCO, Ministra de Trabajo y Seguridad Social

AUGUSTO GALAN SARMIENTO, Ministro de Salud

ARMANDO BENEDETTI JIMENO, Ministro de Comunicaciones

JUAN GOMEZ MARTINEZ, Ministro de Transporte

III. PRUEBAS

En auto del 29 de agosto de 1995 el Magistrado sustanciador ordenó la práctica de algunas pruebas, a las cuales se hará referencia en el punto de las consideraciones.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

Dentro del término de fijación en lista se presentaron varias intervenciones, todas solicitando que declare la Corte la inexequibilidad del decreto enviado para revisión. Veamos:

1. El ciudadano PEDRO PABLO CAMARGO manifiesta que de la simple lectura de las argumentaciones del decreto 1370/95, se llega a la conclusión de que no existe una grave perturbación del orden público y de que las situaciones que se invocan pueden ser conjuradas por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado. La crisis en la administración de justicia se puede solucionar aplicando el artículo 201-1 de la Constitución; la tipificación de conductas y el aumento de penas o la modificación de normas de procedimiento penal y de policía se puede llevar a cabo por medio de leyes ordinarias expedidas con fundamento en el artículo 150-1-2 de la Carta; la descongestión de despachos judiciales se acaba de enfrentar prorrogando la vigencia del decreto 2651 de 1991; y en cuanto respecta al sistema carcelario, el gobierno adoptó un código hace menos de dos años, y si consideraba que requería de algunas reformas ha debido presentar el proyecto correspondiente al Congreso.

De otra parte, señala que el decreto de conmoción interior alude a la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, sin definir qué se entiende por cada una de ellas, lo cual era indispensable "para demostrar que la supuesta perturbación no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía".

Y agrega que la delincuencia común "es un fenómeno no coyuntural sino estructural que surge de la incapacidad del sistema de garantizar un mínimo vital de derechos económicos, sociales y culturales a su población... Sin embargo, el Gobierno Nacional no demuestra que el fenómeno de la delincuencia común se haya desbordado hasta el punto de que no es posible combatirla con el uso de las atribuciones ordinarias de policía".

En cuanto a la delincuencia organizada, dice que como parece referirse a los llamados "carteles del narcotráfico" o a "personas asociadas para narcotraficar", ha de tenerse en cuenta que el cartel de Medellín desapareció y que el de Cali fue desarticulado. Entonces ¿cómo entender que las acciones de lo que el Gobierno llama "delincuencia organizada, sin demostrar como fenómeno permanente un fenómeno circunstancial, no hayan podido ser conjuradas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía", a pesar de contar con los recursos económicos y técnicos de los Estados Unidos y de una Fiscalía General entregada por completo a combatir el narcotráfico?.

En lo que respecta a la subversión, el Gobierno parece englobar dentro del mismo término a las organizaciones insurgentes y a "otras menores como a los grupos o bandas de paramilitares". Pero si el Gobierno fue el que impulsó la creación de las "cooperativas de seguridad que es la legalización de los grupos paramilitares... no tiene autoridad moral para decretar una conmoción interior dejando al margen de la acción de la misma a los grupos paramilitares".

2. El ciudadano GUSTAVO SALAZAR PINEDA señala que "no existe actualmente una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, pues los hechos recientes de desestabilización institucional están relacionados con un hecho judicial moral, cual es el trámite del llamado proceso 8.000... No deja de ser un sofisma de distracción el utilizado por el alto gobierno en el sentido de implementar medidas represivas y

draconianas cuando los hechos acaecidos en recientes días pueden conjurarse mediante las medidas policivas ordinarias... El hecho de haberse presentado una matanza colectiva y la fuga aislada de algunos subversivos, ello no implica necesariamente que deba recurrirse al correctivo extremo del estado de conmoción interior, puesto que estos hechos son cotidianos en nuestro país y el espíritu del constituyente es evitar que el ejecutivo haga uso indiscriminado de la figura, pues sólo a él debe recurrise en casos extremos y excepcionales".

3. Los ciudadanos CARLOS ALFONSO MORENO NOVOA, FERNANDO ALBERTO BARROS SANCHEZ y JESUS ALBERTO BARROS LASTRA afirman que son infundadas las argumentaciones que consignó el Gobierno en el decreto 1370/95, pues los considerandos "10, 12 y 13, no son otra cosa distinta que el reconocimiento de que las instituciones simplemente represivas no funcionan para solucionar problemas que, como los delincuenciales, aquejan al país, y que entre otras cosas, después de haberse eliminado los 'carteles', tanto de Medellín como de Cali, no tienen porqué ser esgrimidos como elementos perturbadores, pues por esa vía se llegaría a la inaceptable conclusión de que las propias instituciones y las autoridades en ella establecidas, son alteradoras del orden público".

A pesar de que en la Constitución vigente se trató de enmendar o erradicar vicios, concretamente el del mal uso del artículo 121 de la Carta anterior, que consagraba el estado de sitio y que llevó al país a vivir durante los últimos 35 años en "permanente estado de anormalidad", convirtiéndose la excepcionalidad en la regla general, se ha declarado la conmoción interior en cinco (5) oportunidades. No obstante, en esta ocasión las razones que se invocan, concretamente el fenómeno de la violencia, "que si bien es preocupante y debe ser afrontada y combatida, no es a través de los estados de excepción sino de los poderes normales que la Constitución y las leyes han entregado a las autoridades... Si realmente el Ejecutivo, hubiera tenido interés real y verdadero en afrontar los problemas relativos a la criminalidad y que hoy son motivo de conmoción interna, desde ese entonces debió, como una obligación constitucional, presentar los correspondientes proyectos de ley, conforme a los términos del numeral 1o. del artículo 200 de la Carta, pues como quiera que los fenómenos que se citan en los considerandos 2, 3, 5, 6, 7 y 16 del decreto 1370 del 95, no son nuevos, ni mucho menos factores determinantes de la presente conmoción, como quiera que pueden y deben ser afrontados con los instrumentos propios de la Constitución en condiciones de normalidad". Lo que es previsible, como lo expresó la Corte en la sentencia C-300/94, no se puede esgrimir posteriormente como argumento para declarar la conmoción interna.

Finalmente agregan que si se aceptara, en gracia de discusión, que los graves problemas de orden público que aquejan a la zona de Urabá "donde el país, desafortunadamente, se ha venido acostumbrando a que la anormalidad es la 'normalidad' no justificaría sino que la conmoción fuera única y exclusivamente para esa parte del territorio nacional, como lo prevé la propia Constitución Política, con lo que igualmente se estaría violando la ley de leyes".

4. Un grupo de diez (10) ciudadanos encabezado por Aleyda Marina Martínez, quienes se presentan como estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, también consideran que el decreto 1370 de 1995 viola el Estatuto Superior; sin embargo, todos sus argumentos se dirigen a atacar las consideraciones 11, 12 y 13 del decreto, y es así como expresan que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 de la Carta, el Gobierno en periodo de alteración del orden público sólo tiene las facultades "estrictamente necesarias para conjurar las causas de perturbación", y según el artículo 214-3 'No se interrumpirá el normal

funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado"; en consecuencia, afirman que el Gobierno no puede modificar el procedimiento penal, para entregarles a los jueces la función acusadora pues esta tarea corresponde ejercerla a la Fisalía General de la Nación (arts. 249 y 250 C.N.).

5. En un memorial conjunto presentado por algunos miembros de la Corporación Colectivo de Abogados y representantes de una serie de organizaciones sociales, (Folios 338 y ss) se solicita que se declare inexequible el decreto de conmoción, con base en las siguientes razones:

Al examinar los hechos invocados por el Gobierno como perturbadores del orden público, se aprecia con evidencia que "En Colombia la subversión, la delincuencia organizada, el enriquecimiento ilícito, la impunidad, no son hechos sobrevinientes sino por el contrario han sido patologías estructurales en la sociedad colombiana"; para estos casos, la declaratoria de conmoción interior no es la solución, pues al tratarse de "fenomenologías estructurales se requiere de macropolíticas que permitan solucionarlas con la activa participación de los diferentes estamentos estatales y de la sociedad civil, buscando salidas no de un día sino estructurales".

Señalan que "la Corte debe resolver si hay o no hay Estado de Derecho, si prima la Constitución o se impone la razón de Estado, si la conmoción interior se recupera como un instrumento que debe utilizarse en momentos ciertos de excepcionalidad, o si por el contrario, deviene en un comodín para que cada gobernante lo esgrima para minimizar el Estado de Derecho haciéndolo insignificante, o una mera entelequia, para quienes aspiramos a corregir los yerros del pasado y dar paso a una institucionalidad que responda a las formas de organización política que se han dado en los pueblos civilizados del mundo, y que se sintetizan en un poder reglado, sometido al imperio de la Constitución".

Finalizan su escrito diciendo que el decreto declaratorio de conmoción interior es contrario al artículo 213 superior por "no existir los hechos fácticos (sic) que llevan a concluir que estamos ante una situación excepcional", al igual que los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 al 14, y 50 de la ley 137 de 1994 estatutaria de los estados de excepción, como también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que permiten suspender derechos o limitarlos únicamente cuando existan "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación". Los principios de proclamación, notificación, amenaza excepcional, proporcionalidad, no discriminación, intangibilidad de los derechos, temporalidad, consagrados en dichos Instrumentos para los estados de excepción, rigen también para Colombia, y por tanto, han debido de ser acatados.

6. La Comisión Andina de Juristas seccional colombiana, atendiendo la invitación de esta Corte, presentó un memorial en el que solicita declarar inexequible el decreto 1370/95, por violar al artículo 213 del Estatuto Superior. Son éstos algunos de sus argumentos:

Los hechos invocados por el Gobierno para implantar la conmoción interior "no ponen en peligro inminente la vida organizada de la Nación", pues no solamente se requiere de que dichas situaciones sean perturbadoras del orden público, sino también que "los hechos constitutivos de la perturbación sean excepcionalmente graves". La gravedad no es definida constitucionalmente por su naturaleza "sino por su capacidad para afectar de manera inminente ciertos bienes públicos".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en el artículo 4.1 que los estados de excepción sólo se justifican ante "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación"; y el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 27, señala que sólo es posible declarar tales estados cuando se presenta "una amenaza para la vida organizada de la nación"; entonces, para poder declarar la conmoción interior se necesita que exista "una amenaza para la vida organizada que la coloque en un punto tal que pueda temerse su inminente desintegración... las circunstancias actuales no revisten tal carácter excepcional. A pesar de los hechos desalentadores y trágicos que hacen que vivamos una situación grave, similar a la que hemos vivido sometidos en los últimos años, ya desde 1988, no se observa ningún empeoramiento excepcional de la situación".

De acuerdo con las estadísticas presentadas por el Gobierno, las cuales analizan en forma pormenorizada, se pone en evidencia que el índice de criminalidad se ha mantenido estable, con algunas variaciones por encima y por debajo del promedio "sin que se haya presentado ningún tipo de situación excepcional, dentro de las condiciones graves que ha vivido el país de manera larvada y persistente... Por lo tanto no es posible afirmar que estemos ante una situación excepcional, aunque sí grave, situación de orden público", que bien puede ser afrontada utilizando medidas ordinarias de policía o acudiendo a los mecanismos ordinarios que posee el Estado ante esta clase de circunstancias. (art. 2o. ley 137/94)

V. INTERVENCION OFICIAL

1.- El Defensor del Pueblo solicita que se declare la inexequibilidad del decreto sujeto a la revisión de la Corte, por violar el artículo 213 de la Carta, al no reunir los requisitos exigidos en esta disposición para declarar el estado de conmoción interior, a saber: gravedad de los hechos que se aducen, inminencia de los mismos, y excepcionalidad.

- "La perturbación que configura el caso de conmoción interior debe originarse en hechos cuya naturaleza, extensión y efecto constituyan un peligro público no conjurable mediante el recurso de las facultades comunes y regulares del Estado para preservar policivamente el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, la seguridad estatal o las condiciones básicas de la pacífica convivencia"; por tanto, no se puede, "de acuerdo con la voluntad del constituyente, invocar para declarar el estado de conmoción interior hechos que, aun provocando gran alteración del orden público, puedan ser afrontados con el ejercicio de las potestades policivas ordinarias".

- Ninguno de los hechos a que se alude en el decreto 1370 de 1995 que declara la conmoción interna "pueden reputarse, a la luz de la normatividad constitucional vigente, como genuino elemento causal que justifique el ejercicio del derecho de excepción por el ejecutivo. Ni 'la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión', ni las masacres ejecutadas en los últimos días en varias regiones del país, ni 'la existencia de formidables aparatos de fuerza privados', ni el enriquecimiento ilícito de 'los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular', ni la infracción de la normativa humanitaria por los grupos subversivos, ni el incremento de la delincuencia común son en nuestro país hechos sobrevinientes y excepcionales que puedan considerarse como creadores de una situación emergente, ante la cual no resulten aptos o idóneos los mecanismos ordinarios de policía. Todos los hechos invocados, tienen por desgracia, en Colombia un carácter crónico, pues ellos han venido reiterándose y repitiéndose a lo largo de los pasados años. A nadie es dable afirmar que el 16 de agosto de 1995 esos hechos hayan tenido caracteres de ocurrencia insólita o de acontecer extraordinario".

- El Gobierno alude a la grave congestión de algunos despachos judiciales como causa perturbadora del orden público, es decir, "el mal funcionamiento de la administración de justicia, efecto y consecuencia de una grave crisis del aparato judicial, se invoca por el Ejecutivo como causa eficiente de una situación de peligro para la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana. Así el Estado alega su propia incapacidad como hecho perturbador".

- Otro hecho es el fortalecimiento del sistema carcelario, situación que "bien puede ser conjurada a través de los medios ordinarios autorizados por la ley 65 de 1993 -Código Penitenciario y Carcelario-", concretamente aplicando el artículo 168 que se refiere a los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria, y los artículos 31 y 32 declarados exequibles por la Corte.

- Sobre las acciones de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, considera que la motivación del decreto no es "coherente" con "los estudios estadísticos de la DINASE 'Dirección Nacional antisecuestro', pues conforme a los datos publicados en distintos medios de comunicación los secuestros en el primer semestre de 1994 fueron 823, en tanto que en el mismo periodo de 1995 fueron de 665 plagios, lo que demuestra una disminución del 19 por ciento. Y en cuanto a las extorsiones, el mismo estudio señala que durante el primer semestre de 1994 se presentaron 281 casos y en el mismo periodo de 1995 se llegó a 236; entonces la argumentación gubernamental por falta de prueba contundente, la torna contraria al artículo 213 constitucional... no debe perderse de vista, que las manifestaciones delincuenciales comunes son propias de toda sociedad, y que sus características y modalidades de acción dependen del nivel de desarrollo de aquélla".

2.- Los ministros del Interior, de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional, en memorial conjunto, exponen las razones que en su criterio, justifican la constitucionalidad del decreto objeto de examen. Estos son algunos de sus argumentos:

En primer término se refieren a las estadísticas de criminalidad, para señalar que si bien pueden presentar discrepancias, según la oportunidad en que se consulten y la entidad encargada de manejarlas, esto "no desvirtúa, en modo alguno, la realidad y gravedad de los hechos que sirven de fundamento a la declaración del estado de conmoción interior".

A continuación analizan cada una de las consideraciones del decreto y exponen los hechos en que se basó el Gobierno para declarar la conmoción, así: las masacres ocurridas en Urabá (Turbo, Apartadó, y Carepa) y Sueva (Cund.) (considerando tercero); "los formidables aparatos de fuerza privados" (considerando cuarto); el paramilitarismo, la guerrilla, los grupos de bandas o mafias; la financiación de los delincuentes en general y de las organizaciones criminales (considerando quinto); el aumento de recursos de los grupos subversivos; las acciones de esos mismos grupos contra miembros de la fuerza pública sin consideración respecto de la población civil (considerando sexto); el asalto perpetrado a Miraflores; el incremento de la delincuencia común en las ciudades (considerando séptimo); "el fenómeno conocido de la concentración poblacional en los principales centros urbanos, conjugada con el desempleo, y por otras causas suficientemente estudiadas en varias disciplinas, el fenómeno de la delincuencia común incrementado progresivamente en las principales ciudades del país, a través de los últimos años".

En cuanto atañe a la seguridad ciudadana, expresan que "en materia de delitos que generan impacto social, el incremento en los últimos años llegó a su límite crítico, lo cual potencializado

por el problema de la impunidad, genera perturbación grave del orden público social y económico, que ha puesto en peligro la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana... Lo cierto y concluyente es que los delitos urbanos han llegado a límites absurdos, que indican inequívocamente la existencia de un fenómeno masificado de criminalidad, concausa de la decisión del Gobierno manifestada en el decreto estudiado".

Sobre la delincuencia y los medios de comunicación (considerando octavo), afirman que "En los últimos años el país ha presenciado prácticamente impotente la manera como los cabecillas de las diferentes expresiones de criminalidad que asolan (sic) nuestra sociedad encuentran en los medios de comunicación eficaces vehículos para la divulgación de la apología de la violencia que practican, no solamente confundiendo a una porción importante de la población en sus valores ciudadanos, sino también creando entre las gentes de bien una sensación de zozobra. Dentro de un contexto de libertad de expresión, la responsabilidad social de los medios es un valor constitucionalmente recogido en aras de la creación de un ambiente de convivencia ciudadana adecuada".

En lo que respecta al aumento de penas y la tipificación de conductas (considerando décimo), dicen que la ley 137 de 1994 reguladora de los estados de excepción, permite al Gobierno "tomar medidas de carácter penal tendientes a conjurar la crisis en la cual se basa el estado de conmoción interior. ...el sistema penal colombiano adolecía de una debilidad manifiesta, derivada de las bajas condenas que se imponían a los delincuentes en relación con el daño que tales conductas ocasionan a la sociedad y de la falta de tipificación de conductas ilícitas consideradas como altamente perjudiciales para la comunidad y que representan novedosas manifestaciones delincuenciales en nuestro país. En este último sentido podemos hacer referencia a la utilización de menores para la comisión de delitos, a los grupos organizados dedicados a realizar hechos típicos, al porte de sustancias tales como la escopolamina, que ponen a la víctima en situación de indefensión, etc. Así las cosas, la imposición de penas y la creación de nuevos tipos penales en virtud del estado de conmoción interior se hace necesaria por cuanto se percibió, al momento de la declaratoria de conmoción interior, un sentimiento de desprotección al interior de nuestra sociedad ante la ausencia real de castigo de conductas que la afectan gravemente."

La judicialización de conductas y modificación en los procedimientos (considerando decimosegundo) era necesaria, a pesar de la expedición de la ley 23 de 1991, destinada a descongestionar la justicia penal, pues "los problemas de congestión aumentaron de manera notable en las inspecciones de policía, de manera que la impunidad aumentó considerablemente en un tipo de conductas que son las que en forma más frecuente en la vida cotidiana generan inseguridad en las calles. Son entonces los ciudadanos de bien los que sufren en la vida diaria agresiones y lesiones para las que el Estado no tiene una oferta adecuada de justicia".

En lo atinente a la congestión judicial (considerando decimotercero), se remiten a la información suministrada al proceso por la Fiscalía General de la Nación, en donde se demuestra dicha situación.

Sobre el sistema carcelario colombiano (considerando decimocuarto), dicen que la fuga de presos, la comisión de delitos que se organizan o ejecutan desde el interior de los centros de reclusión, la violación de los reglamentos penitenciarios, y la participación de algunos miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional en las graves irregularidades denunciadas, hacían necesario dictar medidas con el fin de contrarrestar estas anomalías.

Para justificar las medidas que tocan con la colaboración ciudadana (considerando decimoquinto), señalan que "en la búsqueda de un mejor vivir para todos en sociedad, es normal y deseable que el Estado en nombre de ella reclame una especial participación en términos de colaboración ciudadana, cuando quiera que se trate de asegurar mejores elementos para combatir un fenómeno que como la violencia que soporta en el momento presente nuestro país, representa una amenaza de disolución y anarquía para ese esquema de convivencia armónica y pacífica que pretendemos construir."

En cuanto a la circunstancia de que se atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana (considerando segundo del decreto), manifiestan que "la descripción sustentada de cada uno de los hechos que generan esa perturbación capaz de dañar, es motivo para no repetir argumentaciones o juicios. Suficiente será con mencionar que una subversión organizada militarmente, la congestión judicial perpetuada, los grupos paramilitares sin control, los medios de comunicación manipulados, la crítica situación penitenciaria y carcelaria o la delincuencia común, todos ellos y cada uno, en virtud de sus características patológicas demostradas, han afectado y afectan seriamente la seguridad del Estado, la estabilidad institucional y, por supuesto, la convivencia ciudadana".

Para terminar, se refieren a la imposibilidad de conjurar la crisis mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (considerando noveno del decreto), pues después de analizar el comportamiento de la violencia durante varios años, se llega a la conclusión de "que la fuerza pública no estaría en condiciones de contrarrestar acciones de la delincuencia organizada o ataques subversivos de magnitud, particularmente si se presentan en forma simultánea y en distintas partes del territorio nacional. La aún no superada situación de congestión de los despachos judiciales, junto con las precarias condiciones de los lugares de reclusión del país son otra muestra evidente de la insuficiencia mencionada. Lo mismo puede mencionarse en punto de algunos de los instrumentos legales utilizados en las funciones investigativas, acusatorias y de juzgamiento".

VI. ESCRITOS RECIBIDOS FUERA DEL TERMINO DE FIJACION EN LISTA

Vencido el término de fijación en lista los ciudadanos Domingo E. Ramírez Duque, Sergio Zuluaga Peña, Liliam Zapata Pérez, Augusto J. Ibáñez, Miguel Fernando Córdoba Angulo y Jorge Caldas Vera, Yasmín Duque Ramos, Adriana María Ocampo Zapata, Nidia Albeny Rodríguez Tamayo, Nelson Augusto Ruiz Sepúlveda, y Angela María Taborda Caro, presentaron, algunos en forma separada y otros conjuntamente, escritos destinados a impugnar la constitucionalidad del decreto 1370 de 1995, los cuales no serán tenidos en cuenta por ser extemporáneos.

VII. CONCEPTO FISCAL

Lo rinde el Procurador General de la Nación mediante oficio No. 754 del 28 de septiembre de 1995 y en él solicita a la Corte declarar inexequible el decreto materia de revisión. A continuación se resumen algunos de los argumentos que expone el citado funcionario.

El panorama descrito por el Gobierno "es desalentador; mas sin embargo, en el escenario de la revisión constitucional -material y rigurosa- que se impone por vía del control automático sobre el Decreto 1370 de 1995, mediante el cual se declaró en todo el territorio nacional el estado

de conmoción interior, no quiere decir que las causas en él aducidas no pudieran ser afrontadas con los instrumentos propios de 'la Constitución de la normalidad' que la Corte así ha identificado... deducir la grave perturbación del orden público a partir de un 'quantum' de violencia, o a partir de una contabilidad global de víctimas, es un procedimiento sociológico que sirve para mostrar la gravedad de la situación, pero no es suficiente para evaluar, como lo exige el texto constitucional y ahora agregaríamos, la ley estatutaria en la materia, la perturbación en tanto fenómeno atentatorio contra el Estado, las instituciones y la sociedad."

Después de referirse a algunas sentencias dictadas por esta Corporación que versan sobre el tema, dice el Procurador que "La competencia del Gobierno, de acuerdo con la finalidad atribuída a los estados de excepción en el seno de la filosofía liberal clásica, debe ser, para adecuarse a la Carta, restauratoria del *statu quo* vigente hasta el momento y no configurativa del mañana, es decir, los medios de excepción deben orientarse a conjurar una crisis coyuntural y no a diseñar el futuro. En este sentido los estados de excepción no deben ser utilizados, en ningún caso, como un expediente para hacer arquitectura social en el largo plazo."

Luego alude a los hechos en que se fundamenta el decreto sujeto a revisión y es así como afirma: "no obstante estimarse que en la nueva Constitución es admisible como presupuesto de validez para la declaratoria del régimen de excepción, en punto a las hipótesis de alteración del orden público, la crisis en el funcionamiento del aparato estatal mismo, propuesta compatible ciertamente con nuestra realidad histórica, no puede configurarse sin embargo en patente para la ineficacia y la apatía de quienes tienen a su cargo la dirección en sus distintos frentes del aparato del Estado. Se exige entonces por la Carta, para su conformidad con la misma, que los hechos que den lugar a la declaratoria sean sobrevinientes y que no puedan ser conjurados con los medios ordinarios... El carácter endógeno estatal, crisis del aparato de justicia en el que bien pueden resumirse las causales invocadas en el decreto 1370 bajo examen, pero de manera alguna sobreviniente, en cuanto reiterada y monótona en la justificación de las medidas de excepción que han sido expedidas al amparo del artículo 213 de la Carta de 1991, llevan desde ahora al Procurador a predicar la disconformidad de éstas con la norma superior." (sic)

En consecuencia, considera que "la judicialización que se enuncia de algunas contravenciones especiales de las que venían conociendo los inspectores de policía, con el fin de atacar la impunidad respecto de ciertas conductas que vienen atentando en forma grave contra la seguridad ciudadana, conservando no obstante la referencia del mandato del artículo 28 transitorio de la Constitución Política la competencia de éstos en los casos no previstos en el artículo 1o. del decreto legislativo 1410 de 1995, es sin duda desconocedora de la reserva judicial que se demanda desde la Carta para la imposición de las penas privativas de la libertad y cuya constitucionalidad se hace discutible cuando es atribuída su competencia a autoridades no judiciales". Esta es una manera de violar el querer del constituyente plasmado en el artículo 28 transitorio, "por no citar la antinomia evidenciable en el propósito de judicialización, cuando no hace menos de cinco años y como resultado de una evaluación en la materia se proponía desde la misma Constitución el proceso contrario, -confirmando tal orientación el iniciado con la ley 23 de 1991 y reiterado con el decreto 800 del mismo año-, es decir, la desjudicialización como alternativa para conjurar la congestión de los despachos judiciales (art. 5 transitorio lit. e) C.P.), traducida esta última en la vigencia transitoria del decreto 2651 de 1991, ampliada por voluntad legislativa con la ley 192 de 1995".

Sobre la necesidad de fortalecer el sistema carcelario, manifiesta el Procurador que "resulta paradójica cuando hace menos de dos años se expidió el Código Penitenciario y Carcelario, contenido en la ley 65 de 1993 y cuyos avances en la materia fueron reconocidos recientemente por la Corte Constitucional, al revisar por vía de acción ciudadana varias de sus disposiciones" pues en él se consagra el "estado de emergencia penitenciaria y carcelaria", que permite al Director General del INPEC "adoptar las medidas necesarias en caso de emergencia, como por ejemplo hacer traslados, aislar a los internos, utilizar racionalmente los medios extraordinarios de coerción y reclamar el apoyo de la fuerza pública, con el fin de superar la crisis presentada".

Y concluye, diciendo que "el mejor esfuerzo para terminar con la violencia del país no sólo está radicado en cabeza de sus Fuerzas Armadas, en el diseño de una política criminal coherente y a largo plazo, sino también, como política más armónica contra este flagelo, en la efectiva inversión social en aquellos lugares donde la presencia del Estado se hace imperiosa. En esta orientación, debe la Corte salvaguardiar con la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto 1370 de 1995, como ella misma lo ha advertido, 'la vigencia constante del régimen democrático y de todas sus garantías fundamentales', auspiciando la denominada "cultura de la normalidad'".

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. Competencia

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución Nacional, compete a esta Corporación decidir sobre la constitucionalidad del decreto enviado para revisión.

b. Requisitos formales

El Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 213 del Estatuto Superior, cumple con las exigencias formales estatuidas en la citada disposición, pues aparece firmado por todos los Ministros del Despacho y su vigencia es transitoria, ya que sólo rige por el término de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de su expedición.

c. Los estados de excepción.

Nuestra Carta Política -como la mayoría de las constituciones modernas- establece diferentes tipos de régimen jurídico, según se viva en tiempos de normalidad o de alteración significativa del orden público. Las causas generadoras de dicha alteración y su grado de incidencia en la vida ordinaria de la comunidad determinan diversidad de situaciones, todas ellas anómalas, que se denominan genéricamente estados de excepción y se hallan regulados en los artículos 212 a 215 de nuestro Estatuto Fundamental.

La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al Presidente de la República como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los Ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.

Tal declaración tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de Derecho. v.gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el Gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es ésa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

Ahora bien: es apenas lógico que, tratándose de disposiciones de emergencia, en materia de orden público, sean más severas que las que rigen en tiempo de normalidad y pospongan la vocación garantista que debe signar la normatividad de un Estado Social de Derecho, en aras de un propósito tan impostergable como temporario: el restablecimiento de la normalidad fáctica y consecuencialmente jurídica.

Durante la vigencia de la constitución anterior (la del 86) tanto se abusó de lo que entonces se denominaba 'estado de sitio', que la situación se hizo irrisoria por lo paradójica: lo normal era lo anormal. Se vivía en permanente estado de sitio y, por tanto, la plena vigencia de los beneficios del Estado de derecho sólo se daba en el papel. La práctica y la realidad eran bien diferentes.

El malestar derivado de esa distorsión no fue un factor despreciable en la voluntad generalizada de cambiar el Estatuto Básico con la esperanza de que, desaparecido éste, quedarían también proscritas las censurables prácticas anejas. Las modificaciones introducidas al artículo 121 de la Carta anterior en las reformas constitucionales de 1960 y 1968, y la incorporación en esta última del estado de emergencia económica a fin de que con el pretexto del orden público turbado no se siguiera legislando sobre todas las materias incluyendo la economía, o de que, si se presentaba en ese campo la situación emergente, no se decretara el estado de sitio con todas sus inevitables secuelas, tendían a morigerar el régimen autoritario y restrictivo, bajo el cual vivía permanentemente el país al amparo del famoso artículo.

Las precitadas normas de la Carta del 91 (artículos 212 a 215) consagratorias de los estados de excepción, se establecieron, justamente, para corregir una situación que hacía írrito el Estado de derecho. Por eso se distinguieron diferentes categorías de excepcionalidad, en armonía con las causas generadoras de la anormalidad, y se acordaron facultades extraordinarias para el Presidente, a tono con la situación que, como responsable del orden, tuviera que enfrentar.

Es evidente que las normas dictadas al amparo de uno cualquiera de los estados de excepción están signadas por el fin que las justifica: remover una situación anómala, perturbadora de la vida comunitaria, situación que se asume transitoria y que, en consecuencia, transfiere ese carácter a la legalidad que la regula. Por eso, en el caso de la conmoción interna, que es la que está en juego en el asunto que nos ocupa, las reglas dictadas durante su vigencia desaparecen del ordenamiento por el solo hecho de restablecerse la normalidad.

Es claro que entre el régimen de normalidad y el de excepción existen diferencias notables, pues de no ser así carecería de sentido la previsión de uno y otro, según las circunstancias fácticas prevalecientes. Tales diferencias pueden reducirse finalmente a ésta: el de normalidad es un régimen de plenitud de garantías y el de excepción un régimen restrictivo.

Es que el gran reto del Estado de derecho, que el Constituyente del 91 quiso afirmar y actualizar, consiste, precisamente, en afrontar aún las más críticas situaciones sin abdicar del que es su legado ideológico, constitutivo de lo que es a un tiempo su razón de ser y su sustancia.

El Estado de derecho, como lo expresó la Corte en la sentencia C-179/94 "es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica. A la consecución de ese propósito están orientadas sus instituciones que, bajo esta perspectiva, resultan ser meros instrumentos cuya aptitud y eficacia debe ser evaluada según cumplan o no, a cabalidad, la finalidad que constituye su razón de ser".

"Las instituciones del Estado de derecho no son, pues, fines en sí mismas. Su sentido puramente instrumental se esclarece a plenitud cuando se identifican los bienes que están llamadas a garantizar, entre los cuales ocupan un lugar axiológicamente privilegiado los derechos fundamentales que no son otra cosa que ineludibles inferencias del concepto originario de libertad seguridad, que se incrementa y enriquece en la medida en que las circunstancias históricas plantean al hombre nuevos retos, y determinan una mayor complejidad en la acción interferida. Pero ninguna garantía mejor para la preservación de esos bienes, que la injerencia de sus titulares en el ejercicio del poder. Y cuanto más directa e inmediata, tanto más eficaz."[1]

d. Deber de la Corte de examinar el contenido material del decreto sujeto a revisión.

De acuerdo con la doctrina sostenida por esta Corporación en la sentencia C-04/92 y reiterada en el fallo C-300/94, es deber de la Corte examinar el decreto declaratorio de la conmoción interior no sólo por su aspecto formal sino también por el aspecto material, pues el control constitucional para que sea efectivo tiene que ser integral.

En efecto, dijo la Corte: "el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituídos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su 'supremacía e integridad' por el constituyente en el artículo 215 superior... Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo."

"La voluntad del constituyente a este respecto, se pone así mismo de resalto, si se armoniza el precepto mencionado, con la expresión inequívoca empleada en la primera parte del artículo 241 en comento, según la cual a la Corte le corresponde la guarda de la 'integridad' y de la 'supremacía' de la Constitución. No cabe duda que si un acto del Ejecutivo -como sería el caso del decreto que constituye el supuesto hipotético materia de esta glosa-, pudiera por razón de su motivación violar impunemente la Constitución del Estado, ya no estaría la Corte defendiendo la 'integridad' de la misma sino apenas una parte de ella."

"Por lo expuesto, el control jurídico constitucional debe ser integral y no parcial o limitado a uno solo de los aspectos de la institución, cual es el mero procedimiento formal como quiera que la defensa atribuída a esta Corte por las normas aludidas, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella."[2]

---

1 Sent. C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz

2 Sent. C-004/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

e. La implantación del estado de conmoción interior no es discrecional.

Compete al Presidente de la República como responsable de la conservación y mantenimiento del orden público, determinar ante cuáles circunstancias perturbadoras del mismo es pertinente acudir a la medida de excepción contenida en el artículo 213 del Estatuto Supremo -estado de conmoción interior-, como también dictar aquellas normas destinadas a lograr su restablecimiento o impedir la extensión de sus efectos.

En desarrollo de dichas atribuciones el Presidente de la República no goza de una discrecionalidad absoluta, pues en tratándose de la implantación de tal estado excepcional, "la libertad del Presidente se reduce a tomar la decisión de efectuar dicha declaración determinando el momento para hacerlo y señalando los hechos que la justifican, pero en lo que concierne a la efectiva configuración del presupuesto objetivo de la misma, no dispone de discrecionalidad alguna y no hay alternativas distintas a su existencia o inexistencia".

Así, la Corte considera que "un juicio de existencia sobre el presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de valoración no estrictamente técnicos -como gravedad, inminencia, amenaza, etc,- debe necesariamente comportar un margen de discreta apreciación por parte del Presidente que, de todas maneras, no es en modo alguno discrecional, no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama."[3]

f. Análisis del caso sub examine.

El artículo 213 del Estatuto Supremo, autoriza al Presidente de la República para declarar el estado de conmoción interior, en "caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía"; procede entonces la Corte a verificar si los hechos a que alude el Gobierno Nacional en las consideraciones del decreto 1370 de 1995 constituyen esa "grave alteración del orden público" capaz de atentar contra el orden institucional, la seguridad estatal o la convivencia ciudadana, o si por el contrario no tienen tal connotación.

f.1 Factores de perturbación aducidos por el Gobierno como justificativos del decreto de conmoción.

A tres, pueden reducirse las causales invocadas por el Gobierno como factores de perturbación del orden: 1. El notable incremento de la delincuencia política y común, esta última organizada o no; 2. La crisis de la justicia, traducida en una grave congestión de los despachos judicia-

[3] Sent. antes citada.

les, incidente sin duda en el aumento de la impunidad, y 3. El deterioro del régimen carcelario, que clama por una adecuación, que armonice el cumplimiento de los fallos judiciales con el orden que debe prevalecer en los establecimientos destinados a la reclusión y a la ejecución de penas.

Las causales antes señaladas se encuentran presentes en las consideraciones del decreto declaratorio de la conmoción, y se hallan de algún modo adicionadas en el memorial conjunto presentado por los Ministerios del Interior, de Defensa Nacional y de Justicia y del Derecho. A ellas pasa a referirse la Corte.

f. 2 Evaluación de cada uno de tales factores.

- Según el considerando segundo del decreto que se estudia, "el orden público se ha agravado en ***las últimas semanas*** como resultado de *la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión*, generadoras de los acontecimientos de la violencia que han sacudido al país, atentando de manera grave contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana".

El Gobierno, en el escrito de intervención, cita, para justificar su argumento, la situación presentada en Urabá, pues a su juicio es "*la que hoy reviste mayor gravedad*" y, concretamente, se refiere a las masacres ocurridas los días 20 y 27 de junio y 12 de agosto de 1995, atribuídas a los grupos subversivos y paramilitares que operan en la región. Igualmente, señala los hechos ocurridos el 2 de julio en Sueva (Cund) en donde murieron cinco agentes de la policía a manos de las Farc, y el atentado ocurrido en la carretera Villavicencio-Bogotá el 7 de agosto del presente año, en el que murieron seis soldados y quedaron heridos cuatro más y un particular.

Además, señala que como con posterioridad a la declaración de conmoción, se han presentado otras masacres, como la del 19 de agosto en Turbo y Apartadó, el 29 de agosto en Carepa, y el 20 de septiembre en Apartadó, "esta luctuosa circunstancia demuestra la necesidad de profundizar en una reflexión que conduzca a la adopción de las más eficaces medidas posibles en desarrollo de la conmoción interior", de manera que las autoridades puedan enfrentar situaciones como las presentadas.

- En relación con el considerando cuarto que el Gobierno intitula "los formidables aparatos de fuerza privados", se alude al crecimiento de los grupos subversivos, "*particularmente durante este último año*", pues "las FARC de 59 frentes con 5.500 hombres en 1994, pasaron a 74 frentes con 7.500 hombres en 1995; el ELN de 30 frentes con 2.000 hombres en 1994 pasaron a 47 frentes con 3.400 hombres en 1995, el EPL mantuvo sus 13 frentes, pero incrementó el número de hombres de 350 en 1994 a 500 en 1995. A lo anterior se suma la reaparición del M-19, la consolidación del EPL y el surgimiento de un nuevo movimiento denominado 'Fuerza de Integración Bolivariana'". Esto indica que los grupos subversivos tienen un mayor cubrimiento territorial y una mayor capacidad para ejecutar acciones bélicas de perturbación del orden público (planes para suspender negociaciones con el Gobierno, presionar movilizaciones campesinas, etc).

En cuanto al paramilitarismo, dice que existen 16 grupos con más de 2.000 hombres, y que se ha comprobado la participación de "bandas y mafias" en varias acciones delictivas.

- Sobre la financiación de los delincuentes en general y de las organizaciones criminales en particular (considerando quinto), menciona el Gobierno el considerable aumento de los recursos de los grupos subversivos que han obtenido y esperan obtener cobrando el impuesto para las nuevas generaciones, circunstancia que el Gobierno atribuye a la "necesidad de llevar a cabo una sustitución de ingresos, al operar una dramática disminución de cultivos de coca (21.154 hectáreas destruidas) y amapola (7.594 hectáreas destruidas)". También debe tenerse en cuenta que "de los más de 80.000 bienes vinculados a actividades del narcotráfico que han sido puestos, en la última década, a disposición de las autoridades, no más de 200 han pasado a propiedad del Estado mediante orden judicial definitiva."

- En cuanto atañe a las acciones de los grupos subversivos contra miembros de la fuerza pública, sin consideración respecto de la población civil (considerando sexto), el Gobierno se refiere al caso de "mayor significación", cual es el asalto perpetrado al municipio de Miraflores (Guaviare) el 6 de agosto de 1995, por parte de guerrilleros pertenecientes a las FARC, en donde resultaron muertos dos suboficiales, un agente, tres auxiliares y dos particulares, y heridos dos oficiales, cinco agentes y 21 auxiliares de la Policía Nacional y un menor, se destruyeron edificaciones, se obstruyeron las labores humanitarias de la Cruz Roja, se produjo un secuestro colectivo y se intentó derribar un avión que realizaba el traslado de los heridos.

- El incremento de la delincuencia común en las ciudades (considerando séptimo) es otro hecho que el Gobierno considera atentatorio del orden público, pues "el fenómeno conocido de la concentración poblacional en los principales centros urbanos, conjugada con el desempleo, y por otras causas suficientemente estudiadas en varias disciplinas, ***el fenómeno de la delincuencia se ha incrementado progresivamente en las principales ciudades del país, a través de los últimos años***". (Resalta la Corte).

En el caso de la seguridad ciudadana, dice el Gobierno, que en materia de delitos que generan impacto social, "*el incremento en los últimos años* llegó a su límite crítico, lo cual, potencializado por el problema de la impunidad, genera perturbaciones del orden público, social y económico que ha puesto en peligro la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana", y después de referirse a las estadísticas de criminalidad presentadas, afirma que "lo cierto y concluyente es que los delitos urbanos han llegado a límites absurdos, que indican inequívocamente la existencia de un fenómeno masificado de criminalidad, concausa de la decisión del Gobierno manifestada en el decreto estudiado".

- En lo que respecta a la delincuencia y a los medios de comunicación (considerando octavo), el Gobierno señala que "*en los últimos años* el país ha presenciado prácticamente impotente la manera como los cabecillas de diferentes expresiones de criminalidad asolan (sic) nuestra sociedad, encuentran en los medios de comunicación eficaces vehículos para la divulgación de la apología de la violencia que practican, no solamente confundiendo a una porción importante de la población en sus valores ciudadanos, sino también creando entre las gentes de bien una sensación de zozobra. Dentro de un contexto de libertad de expresión, la responsabilidad social de los medios es un valor constitucionalmente recogido en aras de la creación de un ambiente de convivencia ciudadana adecuada".

- Sobre el aumento de penas y la tipificación de conductas (considerando décimo), advierte el Gobierno que la ley 137/94 estatutaria de los estados de excepción autoriza al ejecutivo para tomar esta clase de medidas destinadas a conjurar la crisis en la cual se basa el estado de conmoción interior. "En el caso que nos ocupa, antes de la declaratoria de conmoción interior, ***el sistema penal colombiano adolecía de una debilidad manifiesta***, derivada de las bajas condenas que se imponían a los delincuentes en relación con el daño que tales conductas ocasionan a la sociedad y de la falta de tipificación de conductas ilícitas consideradas como altamente perjudiciales para la comunidad y que representan novedosas manifestaciones delincuenciales en nuestro país. En este último sentido podemos hacer referencia a la utilización de menores para la comisión de delitos, a los grupos organizados dedicados a realizar hechos típicos, al porte de sustancias tales como la escopolamina, que ponen a la víctima en situación de indefensión, etc." (Resalta la Corte).

- Sobre la judicialización de conductas y modificación de los procedimientos (considerando decimosegundo), señala el Gobierno que las contravenciones especiales contenidas en la ley 23 de 1991, correspondían antes a la categoría de delitos querellables, cuyo conocimiento se asignó a los inspectores de policía, con el fin de agilizar los procedimientos y descongestionar la justicia penal. Sin embargo, "los problemas de congestión aumentaron de manera notable en las inspecciones de policía, de manera que la impunidad aumentó considerablemente en un tipo de conductas que son las que en forma más frecuente en la vida cotidiana generan inseguridad en las calles. Son entonces los ciudadanos de bien los que sufren en la vida diaria agresiones y lesiones para las que el Estado no tiene una oferta adecuada de justicia; bástenos, para ilustrar la situación, mencionar que entre el 18 de julio de 1994 y el 28 de febrero de 1995 el total de expedientes a cargo de las inspecciones de policía era de 434.082 de los cuales se evacuaron 234.082; el 72% de esta última cifra corresponde a casos de prescripción de la acción, lo cual significa que transcurrieron más de dos años sin que la autoridad de policía tomara decisión de fondo, al paso que un 18% fue evacuado al ser archivados o devueltos por la no concurrencia de los querellantes a colaborar con el proceso".

- En cuanto a la congestión judicial (considerando decimotercero), dice el Gobierno que ella está demostrada en el informe que presentó a esta Corporación el Fiscal General de la Nación, al cual se remite.

- Sobre el sistema carcelario colombiano (considerando decimocuarto), alude el Gobierno a la fuga de presos, a la comisión de delitos que se organizan y ejecutan desde el interior de los centros de reclusión, al quebrantamiento de los reglamentos penitenciarios y a la participación del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional en las graves irregularidades enunciadas.

"Una visión general del funcionamiento de los centros de reclusión del orden nacional, muestra un ***empeoramiento de la situación carcelaria durante los meses que han transcurrido del presente año***, en la medida en que los índices de criminalidad al interior de los establecimientos se elevan a cifras altamente preocupantes y sus manifestaciones cada vez resultan más reprochables por la complejidad de los mecanismos empleados y la gravedad de los resultados que las mismas arrojan. La evasión de los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en general, se ha caracterizado en este periodo por su incremento, por el empleo de técnicas sofisticadas de evasión, por la pérdida frecuente de vidas y armamento de dotación

oficial y primordialmente, por la comprobada participación e interés de los grupos subversivos y del narcotráfico en liberar a miembros de sus organizaciones delictivas que se encuentran recluídos en estos establecimientos". (Resalta la Corte).

- En relación con la colaboración ciudadana (considerando decimoquinto), afirma el Gobierno que "en la búsqueda de un mejor vivir para todos en sociedad, es normal y deseable que el Estado en nombre de ella reclame una especial participación en términos de colaboración ciudadana, cuando quiera que se trate de asegurar mejores elementos para combatir un fenómeno que, como la violencia que soporta en el momento presente nuestro país, representa una amenaza de disolución y anarquía para ese esquema de convivencia armónica y pacífica que pretendemos construir".

Obsérvese cómo el Gobierno alude a hechos acaecidos "*durante este último año*", al incremento de la delincuencia "*a través de los últimos años*", a la presencia de los criminales "*en los últimos años*", a la "*debilidad manifiesta*" del sistema penal colombiano, al empeoramiento de la situación carcelaria "*en los últimos meses*", etc, lo que demuestra que tales situaciones no son en modo alguno, extraordinarias, coyunturales, ni transitorias.

f.3 Existencia de los hechos invocados por el Gobierno.

Después de examinar cada uno de los hechos transcritos, justificativos de la declaración de conmoción interior, y de acuerdo con las estadísticas aportadas al proceso por el Gobierno, el CINEP y la Fiscalía General de la Nación, no le queda duda a la Corte de que la existencia de fenómenos delincuenciales de ocurrencia diaria, tales como los atracos callejeros, el hurto de vehículos, la piratería terrestre, los abusos sexuales; o de ocurrencia frecuente como las "masacres", los ataques de grupos subversivos y paramilitares contra personal civil y la Fuerza Pública, la toma de poblaciones, el secuestro, el narcotráfico, etc., son hechos notorios que vienen azotando a la sociedad, desde tiempo atrás, causando intranquilidad, zozobra y desconcierto entre la ciudadanía, sin que hasta la fecha estos acontecimientos se hayan podido contrarrestar con acciones eficaces, ni el Gobierno haya hecho uso de los mecanismos ordinarios de que dispone, para atender al progresivo deterioro de la situación de orden público, como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insoportable, para tratarlos con medidas de excepción, bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades.

f.4 Hechos sobrevinientes o excepcionales.

A pesar de que el mismo Gobierno reconoce que los hechos en que se fundamenta para declarar la conmoción interior son constitutivos de situaciones que vienen ocurriendo desde hace años, la Corte procederá a examinarlos para determinar si ellos tienen el carácter de sobrevinientes, esto es, excepcionales, cualitativa y cuantitativamente, como lo exige el artículo 213 de la Carta, para lo cual recurrirá a los informes estadísticos presentados por los Ministros de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional y el Director General de la Policía Nacional, sobre el comportamiento delictivo en todo el territorio colombiano, durante el primer semestre de 1995, con el fin de conocer la situación imperante en el periodo inmediatamente anterior a la adopción de tal medida, para así establecer si ésta era, o no, procedente. Tales datos se condensan en el siguiente cuadro.

1995	Homicidios en General	Secuestros	Hurto de vehículos	Hurto	Atracos a Entidades Financieras	Piratería Terrestre	Delitos contra el pudor sexual	Terrorismo	Acciones armadas de la guerrilla	Violaciones a la ley de estupefacientes	Lesiones personales	*Homicidios colectivos	Total Delitos
Enero	2899	106	1873	6264	52	186	193	51	63	1100	2373	4	18737
Febrero	2507	111	1935	5807	71	125	170	67	88	1548	2152	4	18250
Marzo	2569	108	2024	6074	59	169	184	71	84	1635	2392	6	18872
Abril	2426	83	1824	6035	60	116	187	56	86	1476	2538	8	18374
Mayo	2582	126	2000	6458	66	173	194	75	115	1379	2618	6	18954
Junio	2645	84	2151	6509	65	157	158	79	71	1312	2452	4	19104
Julio	3280	94	Sin informe	Sin informe	51	151	Sin informe	80	107	Sin informe	Sin informe	3	Sin informe
Agosto	2992	90	Sin informe	Sin informe	59	118	Sin informe	79	74	Sin informe	Sin informe	5	Sin informe

* La información de la casilla correspondiente a homicidios colectivos fue suministrada por la Fiscalía General de la Nación.

Un análisis de los anteriores datos estadísticos conduce a las siguientes conclusiones:

Sobre el total de delitos cometidos en el país durante 1995 (fol. 66 y 67 exp.), el índice de crecimiento de los mismos, tomando como punto de referencia el mes de enero, es tan sólo del 1% en marzo y mayo, y del 2% durante junio. Nótese que en los meses de febrero y abril se presentó un crecimiento negativo del 3% y del 2%, respectivamente.

A igual conclusión se llega en los delitos contra la vida, que con relación al mes de enero de 1995, presenta un incremento negativo del 10% en febrero y del 7% en junio. En los delitos contra el patrimonio económico, se advierte un incremento del 7% en el mes de junio, con relación a enero.

En relación con los homicidios (fol. 68 exp), el aumento entre diciembre de 1994 y julio de 1995 fue del 3%, y el promedio diario en abril de 1995 fue de 80.93, en julio del mismo año de 109.33, y bajó en agosto llegando a 99.73

La diferencia entre las tasas de crecimiento más altas en materia de secuestros que era de 39% en 1994, y de 40% en mayo de 1995, es del 1% . Y en cuanto a hurto de vehículos, los índices de aumento más altos, noviembre de 1994 (11%) y junio de 1995 (18%) es del 5%. En cuanto a homicidios, secuestros, y hurtos de vehículos durante 1995 se han presentado índices de crecimiento más altos que los de 1994, pero escasamente superiores.

En cuanto a hurtos simples, hurtos a entidades financieras, delitos contra el pudor sexual, terrorismo, lesiones personales y acciones de la guerrilla, hubo disminución de los índices de crecimiento, como se verá en seguida.

El hurto en diciembre de 1994 era de 14%, mientras que la tasa más alta presentada en 1995 es del 11% durante los meses de mayo y junio. Por tanto, el nivel más alto de crecimiento de 1995 está por debajo del índice de crecimiento más alto de 1994 en un 3%.

En los delitos contra el pudor sexual, el índice más alto fue el del mes de octubre de 1994 que era del 19% y comparado con el más alto de 1995 que fue del 4% en enero y mayo, se observa una diferencia entre los índices, del 15%, presentándose un crecimiento negativo.

El terrorismo presenta un índice de crecimiento negativo del 47% si se compara con el del mes de agosto de 1994, siendo el mes de julio de 1995 el de crecimiento más alto.

Lesiones personales, si se comparan los índices de crecimiento más altos de 1994 y 1995, los meses de diciembre de 1994 con 18% y mayo de 1995 con 7%, se observa un crecimiento negativo del 11%

Las acciones armadas de la guerrilla presentan un índice de crecimiento negativo del 32% si se compara agosto de 1994 y mayo de 1995 que fue el más alto.

La piratería terrestre ha tenido un aumento considerable del 86%, si se compara el mes de agosto de 1994 (100) con el nivel de crecimiento más alto de 1995, que fue el mes de enero con 186. No sucede lo mismo con el narcotráfico, pues hay tendencia a la disminución en los meses de marzo a junio de 1995 de un 34%.

De acuerdo con estas cifras, advierte la Corte que el índice de criminalidad en el país en los meses de enero a junio de 1995 presentó mínimas variaciones, pues si bien en algunos meses hubo incrementos, en otros hubo descensos, sin que en ninguno de los dos casos tales diferencias sean notoriamente significativas y, por el contrario, lo que se demuestra es que la situación en materia criminal ha sido endémica, crónica, permanente y estable.

Igual situación ocurre con la congestión de los despachos judiciales de orden penal, la que se viene presentando desde tiempo atrás y se aumentó por el traslado de los expedientes a cargo de los jueces ordinarios a la Fiscalía General de la Nación, por competencia, tal como lo afirma el Jefe de ese organismo.

En este orden de ideas, considera la Corte que los hechos narrados no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales.

Al respecto, es también ilustrativo el discurso del Presidente de la República pronunciado menos de un mes antes de expedir el decreto de conmoción, objeto de revisión, al instalar las sesiones del Congreso, en donde se puede apreciar que la situación descrita por el Gobierno no era imprevisible ni excepcional. Veamos los apartes más significativos:

"La tarea de liberar a Colombia de la violencia, la corrupción y el narcotráfico está estrechamente ligada con nuestras posibilidades de mejorar el sistema de administración de justicia y, sobre todo, de conseguir ***un régimen de penas que sancione ejemplarmente las conductas que más daño nos están haciendo.***

"La aprobación de la ley estatutaria de la justicia nos permite avanzar en esta dirección: la de la justicia efectiva para todos.

"Le corresponde a este Congreso pronunciarse sobre un nuevo régimen de penas, ***las condenas que hoy nos rigen son francamente ridículas:*** el 63% de las conductas delictuales recibe menos de 12 meses de pena que, con las posibilidades de rebajas contempladas en la ley, convierten la sanción en cuestión de semanas.

"Mientras no modifiquemos esta situación, no seremos capaces de controlar el avance de la criminalidad, especialmente el de la criminalidad organizada.

"Para este tipo de criminalidad, la resultante de quien se junta y organiza para delinquir, para secuestrar, para narcotraficar, para robar, para masacrar, ***propondremos las penas más severas y de más difícil rebaja.***

"El problema de la inseguridad ciudadana es uno de los clamores sociales que las autoridades estamos en el deber de atender con mayor prontitud. El dominio que el delito del narcotráfico ha venido ejerciendo sobre la formulación de la política criminal en Colombia ha terminado por desplazar de la atención del Estado una efectiva acción contra el 'delito callejero', las violaciones, los atracos, las lesiones y el homicidio. ***Ha llegado la hora de legislar para la amenaza de todos los días; la hora de legislar en procura de la seguridad del ciudadano común.***

"Frente a algunos de estos comportamientos, la Administración de Justicia atribuída a las autoridades de policía no ha resultado eficaz. Por tal razón, es necesario elevar las contravenciones especiales a la categoría de delitos y dar cumplimiento al mandato constitucional de entregar a las autoridades judiciales la responsabilidad del juzgamiento de las contravenciones especiales sancionada con pena de arresto, competencia hoy adjudicada al Derecho Policivo." (Lo resaltdado no es del texto)

La pena no solamente debe tener un efecto curativo a través de la resocialización sino que debe tener un efecto preventivo de las conductas criminales".[4]

f.5 En armonía con lo anterior, procede ahora la Corte a determinar si la situación descrita que pudiéramos denominar de "anormalidad permanente" equivale a la "grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía."

Para la Corporación es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, "graves" y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado Colombiano. Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción. La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario.

Desde luego, la Corte no es adversa, por principio, al instituto de la conmoción; reconoce en él un instrumento útil para atender a situaciones excepcionales, pero, justamente por eso, considera que el uso que de él debe hacerse ha de ser rigurosamente ceñido a las exigencias del artículo 213, para no incurrir en los desbordamientos que determinaron la abolición del antiguo estado de sitio. En consecuencia, no vacilará esta Corporación en avalarlo, cuando ocurran las situaciones que no sólo lo justifican sino que lo hacen necesario.

El contraste con la hipótesis del estado de Guerra Exterior, prevista en el artículo 212, puede ser esclarecedor: se trata, en ese caso, de una agresión externa súbita, atentatoria de la soberanía estatal, que exige la disposición de mecanismos extraordinarios para conjurar hechos completamente nuevos en la realidad social, y sólo cuando éstos sean conjurados cesa el estado de excepción.

Un hecho análogo, en el orden interno, sería un alzamiento intempestivo dirigido a subvertir el orden institucional, con virtualidad suficiente para poner en crisis la estabilidad del Estado, es decir, encaminado a desdibujar su identidad. En ese caso, las potestades extraordinarias y el régimen restrictivo de libertades estarían justificados por tratarse de hechos sobrevinientes, co-

[4] "El tiempo de la gente". Ernesto Samper Pizano. Presidencia de la República. 1995.

yunturales, súbitos y muy probablemente imprevistos, que exigirían, en aras de su superación, el sacrificio transitorio del régimen de plenitud de derechos. Lo mismo podría decirse de hechos crónicos que ***repentinamente*** revistieran grados de intensidad inusitados, bien, difusos en todo el territorio nacional o localizados en una determinada zona, que podrían justificar, en este último caso, una declaración de conmoción circunscrita al área afectada.

Pero la fluctuante y crónica delincuencia común, lo mismo que la presencia ya añeja y permanente de las distintas organizaciones guerrilleras no son equiparables a situaciones como la anteriormente enunciada a simple título de ejemplo.

La circunstancia de que el Constituyente del 91, hubiera limitado la vigencia temporal del estado de conmoción interna, es claramente indicativa de una voluntad dirigida a que nuestros males endémicos no fueran justificativos de un eterno régimen de libertades menguadas. El mensaje implícito en la nueva Carta no puede ser más claro: a los males que se han hecho permanentes, hay que atacarlos con políticas igualmente estables, de largo aliento, cuidadosamente pensadas y diseñadas. Y las medidas de vocación transitoria hay que reservarlas para situaciones de ese mismo sello. No puede el Gobernante trocar su condición de estadista que ataca las causas, por la de escamoteador de enfermedades que trata sólo los síntomas y con medios terapéuticos heroicos que en vez de conjurar el ***pathos*** más bien lo potencian.

Si para combatir las manifestaciones endémicas, a las que por desventura ya está habituado el país -sin duda atentatorias de la seguridad ciudadana-, se precisan especiales medidas policivas o castrenses, ellas son compatibles con el régimen de libertades plenas, que el constituyente quiso que fuera la regla y no la excepción. Un ejemplo elocuente de esta aseveración, lo constituye el hecho de que la más brillante operación de inteligencia y de policía, que dió al traste con una poderosa organización delictiva, tuvo lugar en situación de normalidad constitucional, sin que ninguna de las libertades de que deben disfrutar los ciudadanos de bien, fuera sacrificada.

La delincuencia común es aneja, por desventura, a toda sociedad terrena y el deber originario de los gobernantes consiste, precisamente, en tratar de extirparla o al menos de impedir que se desborde hasta límites incompatibles con la convivencia. Para eso disponen de poderes ordinarios, que han de usar, en primer término, para remover las causas de orden social, económico y político generadoras del fenómeno. Y sólo ante situaciones realmente nuevas y excepcionales, deberán acudir a medidas también de excepción, que el propio ordenamiento consagra en previsión de tales eventos. Dentro de ese riguroso esquema se mueve, sin duda, el ordenamiento constitucional colombiano. Y en ese orden de ideas, el carácter excepcional de la actual situación, es lo que no está demostrado en el proceso.

f.6 Existencia de medios ordinarios policivos para contrarrestar el desorden existente.

Según el artículo 213 de la Carta, el estado de conmoción interior únicamente podrá implantarse cuando la situación perturbadora del orden público "no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía" y al tenor de lo dispuesto en el artículo 2o. de la ley 137/94 -estatutaria de los estados de excepción- las facultades excepcionales con que cuenta el Gobierno "sólo podrán ser utilizadas cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado".

Veremos a continuación cómo para contrarrestar los hechos aducidos por el Gobierno no se han utilizado los poderes ordinarios con que cuenta el Estado para estos casos.

- El artículo 47 transitorio de la Constitución ordena al legislador organizar para las zonas afectadas por aguda violencia, "*un plan de seguridad social de emergencia*, que cubrirá un periodo de tres años". Sin embargo, no ha sido presentado ni se encuentra en curso proyecto de ley alguno que dé cumplimiento a este mandato, según la certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República que obra a folio 22 del expediente.

- De otra parte, en el artículo 28 transitorio de la Carta se establece: "Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos". En este sentido, tampoco se ha presentado ningún proyecto de ley por parte del Gobierno ni de los congresistas, como se lee en la certificación precitada. Y ahora se invoca por aquél la necesidad de judicializar algunas conductas contravencionales que causan gran impacto social y cuyo conocimiento estaba atribuído a los inspectores de policía.

- Si el Gobierno, de acuerdo con una política criminal preestablecida, consideraba que era necesario tipificar nuevos delitos y aumentar algunas penas que hoy resultan "irrisorias", debió presentar un proyecto de ley al Congreso de la República en tal sentido, reformando o adicionando el respectivo Código Penal.

- En relación con los problemas en las cárceles (fuga de presos, vigilancia carcelaria, comisión de delitos, colaboración de guardianes en los ilícitos, etc) llama la atención de la Corte el hecho de que a pesar de existir en el denominado Código Penitenciario y Carcelario (ley 65 de 1993), disposiciones idóneas para hacer frente a las situaciones planteadas por el Gobierno, éstas no hayan sido utilizadas. Citemos a manera de ejemplo, el artículo 168 de dicho ordenamiento que consagra el "estado de emergencia penitenciaria y carcelaria", así:

"El Director General del INPEC, previo el concepto favorable del Ministro de Justicia y del Derecho, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en todos los centros de reclusión nacional, en algunos o alguno de ellos, en los siguientes casos:

"a) *Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave e inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria*".(resalta la Corte)

...

"En los casos del literal a) el Director General del INPEC está facultado para tomar las medidas necesarias con el fin de superar la situación presentada, como traslados, aislamiento de los internos, uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo o apoyo de la Fuerza Pública de acuerdo con los artículos 31 y 32 de esta ley."

Estas disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte en la sentencia C-318 de 1995.

- Finalmente, con respecto al fortalecimiento de los instrumentos legales de investigación, acusación y juzgamiento, debe observar la Corte que también él está inscrito en el contexto de las funciones ordinarias del gobernante, dirigidas a erradicar la impunidad, factor estimulante de la delincuencia no sólo en tiempos de crisis sino en épocas de normalidad.

- Observa además la Corte que un número apreciable de disposiciones dictadas al amparo de los estados de excepción, en años recientes, que ampliaban de manera significativa los poderes del Estado para combatir la subversión y la delincuencia común, se convirtieron en legislación permanente. Por consiguiente, la mayor extensión de las atribuciones ordinarias, se traduce en una elevación del umbral que tiene que superarse para decretar un estado de excepción. A título de ejemplo pueden citarse los decretos 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272 y 2273 de 1991.

La situación de crónica perturbación del orden público, puede alimentar tesis extremas -conmoción interior permanente o conmoción interior sólo cuando el fenómeno adquiera una intensidad intolerable-, que sacrifican el ordenamiento constitucional y que, por consiguiente, la Corte no comparte. De ahí que se exija como condición necesaria para declarar la conmoción interior, aparte del factor de turbación del orden público, que éste no pueda ser conjurado mediante el eficiente y oportuno ejercicio de las facultades ordinarias. Los hechos y problemas que por naturaleza demandan soluciones materiales y jurídicas permanentes, deben ser enfrentados a través de los mecanismos de la normalidad. Y sólo cuando éstos se revelen inidóneos para enfrentar hechos sobrevinientes, resulta justificado apelar a las competencias extraordinarias derivadas del estado de excepción.

Conclusiones.

Del análisis anterior surgen las siguientes conclusiones:

1. El propio Gobierno no aduce pruebas justificativas de los hechos que invoca como fundamento de la conmoción: sus cifras no demuestran el incremento de la delincuencia aducida.

Si el mismo Gobierno admite que los hechos invocados son permanentes, no era la vía excepcional (transitoria) la más idónea para contrarrestarlos.

2. No son esos hechos endémicos -como el propio Gobierno reconoce que lo son- los que exige la Constitución para que el estado de conmoción proceda. A éstos -se reitera- hay que atender de manera permanente, usando los mecanismos ordinarios de que el Gobierno dispone. Los que justifican el estado de conmoción deben ser de otra clase: coyunturales, transitorios, pasibles de ser contrarrestados con medidas que tengan esas mismas connotaciones.

3. Si en la situación de violencia crónica que vive el país, los órganos se limitan a esperar que transcurra el intervalo obligado entre una conmoción y otra, para tomar medidas que sólo atacan la manifestación epidérmica del mal y que son, a la vez, restrictivas de la vigencia plena de los derechos fundamentales, jamás se logrará la erradicación del mal, y en cambio, si se habrá desdibujado -y trocado en otro- el Estado social de derecho.

4. La Corte ha tomado en cuenta, al decidir, los hechos ocurridos con anterioridad al decreto declaratorio de la conmoción, no los que han ocurrido con posterioridad, los que, dicho sea de paso, sólo demuestran la eficacia relativa de las disposiciones transitorias encaminadas a contrarrestarlos.

5. De todo lo expuesto anteriormente se desprende que el decreto 1370 de 1995 resulta violatorio no sólo del artículo 213 de la Constitución, sino de las normas de la ley 137 de 1994 -estatutaria de

los estados de excepción- en las partes que desarrollan tal precepto, a saber, artículos 34 y ss, y en especial el artículo 2o. que dispone que las facultades atribuídas al Gobierno durante los estados de excepción "sólo podrán ser utilizadas cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado."

Igualmente, se violó el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968 y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 16 de 1972) que sólo permiten adoptar medidas de excepción ante "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación", esto es, que superen el límite de normalidad causando grave crisis en la vida organizada, o "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado".

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el decreto 1370 del 16 de agosto de 1995 "Por el cual se declara el estado de conmoción interior".

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado
-Con salvamento de voto-

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-Con aclaración de voto-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
-Con aclaración de voto-

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-466
octubre 18 de 1995

CONMOCION INTERIOR-Improcedencia de control político (Salvamento de voto)

La sentencia elude el análisis de este nuevo régimen constitucional, en su afán de justificar la inconstitucionalidad de la declaración de la conmoción interior, con otras razones, avaladas por organizaciones particulares, a las cuales atribuye autoridad para adoptar sus decisiones. No queda duda de que, por su forma y contenido, el fallo interfiere no sólo en la órbita de competencia del Presidente de la República, sino, también en la del propio Congreso de la República. En la del primero, porque fluye de sus argumentos que la valoración definitiva sobre la perturbación del orden público, y sus consecuencias, depende del juez constitucional, so pretexto de llevar a cabo el control material. Es indiscutible que, por expresa consagración constitucional, es el Congreso de la República el que debe llevar a cabo el control político de la declaración de la conmoción interior.

CONMOCION INTERIOR-Valoración de los hechos corresponden al Presidente (Salvamento de voto)

Es, pues, el Presidente de la República, como responsable del mantenimiento del orden público y de su restablecimiento, a quien corresponde valorar los hechos que justificaron la declaración de la Conmoción Interior y para ello expide el decreto respectivo, que tiene un control político en primer término, del Congreso de la República. Con base en tal declaración, el Presidente de la República, desarrolla a través de los decretos legislativos, las medidas concretas que estima pertinentes para enfrentar la situación extraordinaria, actos todos a los cuales se vinculan sus Ministros.

DEROGATORIA TACITA DE ARTICULOS TRANSITORIOS/DECAIMIENTO DE ARTICULOS TRANSITORIOS (Salvamento de voto)

En el propósito de aminorar o disminuir la gravedad de la perturbación del orden público -que tiene el carácter de hecho público notorio-, por la acción multiforme y reiterada de la guerrilla, el crimen organizado, el narcotráfico, los grupos paramilitares, se busca inclusive revivir artículos transitorios de la Constitución que no se encuentran vigentes, como los artículos 28 y 47, que si no están derogados en forma expresa, si lo están en forma tácita, o por lo menos se ha producido en relación con ellos el fenómeno del decaimiento de los actos jurídicos, después de cuatro años de vigencia de la Constitución, y cuando el Congreso puede hacer uso pleno de sus competencias legislativas ordinarias, para regular las materias a que ellos se referían.

CONSTITUCION POLITICA-Desarrollo legislativo (Salvamento de voto)

Ojalá que la visión rígida que se acoge en este fallo, ajeno a la evolución del Derecho Constitucional entre nosotros y a las más urgentes necesidades nacionales, específicamente en estas materias del orden público, y que se adoptó sin tener en cuenta los más altos fines del Estado Social de Derecho, y los supremos intereses públicos que él consagra, no lleve a adoptar soluciones de momento en perjuicio de una Carta Política, que merece desarrollarse desde el punto de vista legislativo.

Referencia: Expediente No. R.E.-065

Con el respeto acostumbrado por las sentencias de la Corte, fundamento mi salvamento de voto en relación con la sentencia C-466 de 18 de octubre de 1995, en los siguientes términos:

La Carta de 1991, siguiendo una enaltecedora tradición democrática y republicana, consagra la separación de funciones entre las Ramas del Poder Público, como uno de los principios básicos del Estado social de Derecho al señalar que "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines" (art. 113 de la C.P.).

Por otra parte, el mismo estatuto superior radica en cabeza del Presidente de la República el deber de conservar en todo el territorio el orden público y de restablecerlo donde fuere turbado (art. 189, numeral 4o. de la C.P.), y lo hace responsable política y penalmente del ejercicio de las atribuciones de que queda revestido durante el limitado término de la conmoción interior.

Y en el artículo 213 al caracterizar el Estado de Conmoción Interior la Carta Política dice:

"En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.
"...

La sentencia de la cual me aparto desconoce los avances institucionales alcanzados por el art. 213 de la Carta de 1991 en relación con la preceptiva del art. 121 de la Constitución de 1986 con sus reformas, precisamente para asegurar el respeto al ordenamiento jurídico y a la intangibilidad de los derechos constitucionales fundamentales, garantías que expresamente recoge el art. 214, así:

"...
"1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción.

"2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley

estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción [152 letras a y e] y establecerá controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales [93]. Lasa medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

"No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado [113].

"4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al estado de conmoción interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción.

"5. El presidente y los ministros serán responsables [198] cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

"...

Hay que destacar, dentro de esta nueva preceptiva constitucional a la cual no se refiere en detalle ni específicamente la sentencia de la Corte, que el límite, en el sentido de que los decretos legislativos expedidos por el Presidente solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de excepción, era de orden meramente jurisprudencial en el régimen de la Carta de 1886, y que tampoco existía entonces una prohibición expresa de que bajo el régimen de excepción no podían suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, ni tampoco la incorporación de las reglas del derecho internacional humanitario, ni menos la ley estatutaria reguladora de las facultades del Gobierno durante los estados de excepción, ni las garantías sobre la prevalencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ni sobre la necesidad de que las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos, ni la prohibición de que no se interrumpirá el normal funcionamiento de las Ramas del Poder Público ni de los órganos del Estado.

La sentencia elude el análisis de este nuevo régimen constitucional, en su afán de justificar la inconstitucionalidad de la declaración de la conmoción interior, con otras razones, avaladas por organizaciones particulares, a las cuales atribuye autoridad para adoptar sus decisiones.

No queda duda de que, por su forma y contenido, el fallo interfiere no sólo en la órbita de competencia del Presidente de la República, sino, también en la del propio Congreso de la República. En la del primero, porque fluye de sus argumentos que la valoración definitiva sobre la perturbación del orden público, y sus consecuencias, depende del juez constitucional, so pretexto de llevar a cabo el control material, acogido ciertamente por la Corte, pero con salvamento de voto del suscrito en compañía de los doctores Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

Y en la del segundo, porque es indiscutible que, por expresa consagración constitucional, es el Congreso de la República el que debe llevar a cabo el control político de la declaración de la conmoción interior (art. 213 de la C.P.).

La circunstancia de que la Corte haya establecido esta figura extrema de control constitucional, en contravía de la anterior jurisprudencia y de las soluciones que en estas materias prevale-

cen en los regímenes presidencialistas, dentro de las garantías del Estado de Derecho, la lleva a lamentables enfrentamientos con las demás Ramas del Poder Público, y a crear, por vía jurisprudencial un tipo no autorizado de conflictos interórganos, y la priva de la oportunidad de hacer el examen técnico y específicamente constitucional de las medidas concretas (los decretos legislativos). que expide y pone en vigencia efectivamente el Gobierno, en desarrollo de la mencionada declaración.

No pudo, por ello, en este caso, ejercer la Corte su estricto magisterio judicial de guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, y especialmente de garante de los derechos humanos y libertades fundamentales, en los términos del art. 242, en concordancia con el art. 213 de la C.P.. Vale decir que la Corte dejó de examinar, como se lo manda el numeral 6 del artículo 214, en cada caso y en detalle, la constitucionalidad de disposiciones jurídicas, cuyo alcance pudo producir grandes beneficios para los intereses públicos, o acarrear graves perjuicios en el caso de que violaren las garantías del ordenamiento constitucional o de los derechos fundamentales. Con esta decisión, que obedece a una especie de sobrevaloración institucional, que es ajena al ponderado y equitativo equilibrio de poderes en que consiste el sistema democrático, se pone en peligro el funcionamiento del ordenamiento jurídico y de las propias instituciones del Estado Social de Derecho.

Es, pues, el Presidente de la República, como responsable del mantenimiento del orden público y de su restablecimiento, a quien corresponde valorar los hechos que justificaron la declaración de la Conmoción Interior y para ello expide el decreto respectivo, que tiene un control político en primer término, del Congreso de la República. Con base en tal declaración, el Presidente de la República, desarrolla a través de los decretos legislativos, las medidas concretas que estima pertinentes para enfrentar la situación extraordinaria, actos todos a los cuales se vinculan sus Ministros. Esta Conmoción Interior se declara por "grave perturbación del orden público que atente de manera inminente" contra:

1. La estabilidad institucional
2. La seguridad del Estado
3. La convivencia ciudadana, y que no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones de las autoridades de Policía.

Unas sencillas preguntas precisan en forma insoslayable el tema, objeto de análisis en el aludido salvamento de voto.

¿Quién califica la grave perturbación del orden público? ¿Quién estima que ella no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía? ¿Quién puede medir el inminente atentado a la estabilidad institucional, o a la seguridad del estado o a la convivencia ciudadana?. ¿Serán los conceptos de organismos o entidades privadas que no tienen ninguna responsabilidad de funciones públicas reconocidas por la Constitución o por la ley, los que definan tan delicado asunto?. Por el contrario, la Constitución define en términos inequívocos que tal competencia le corresponde al Presidente de la República.

Pero queda la propia Corte Constitucional, que en ejercicio de sus competencias jurídicas, pues ella no tiene tampoco una infraestructura orgánica que le permita verificar directamente los hechos, se vale de la solicitud de pruebas que le permiten formarse un criterio sobre las causas motivadoras de la Conmoción Interior.

La sentencia de inexequibilidad no desconoce la perturbación del orden público, pero sorprendentemente se dedica a un ejercicio puramente intelectual para afirmar que "De acuerdo con estas cifras, advierte la Corte que el índice de criminalidad en el país en los meses de enero a junio de 1995 presentó mínimas variaciones, pues si bien en algunos meses hubo incrementos, en otros hubo descensos, sin que en ninguno de los dos casos tales diferencias sean notoriamente significativas y, por el contrario, lo que se demuestra es que la situación en materia criminal ha sido endémica, crónica, permanente y estable."

Y luego agrega:

"En este orden de ideas, considera la Corte que los hechos narrados no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales."

En el propósito de aminorar o disminuir la gravedad de la perturbación del orden público -que tiene el carácter de hecho público notorio-, por la acción multiforme y reiterada de la guerrilla, el crimen organizado, el narcotráfico, los grupos paramilitares, se busca inclusive revivir artículos transitorios de la Constitución que no se encuentran vigentes, como los artículos 28 y 47, que si no están derogados en forma expresa, si lo están en forma tácita, o por lo menos se ha producido en relación con ellos el fenómeno del decaimiento de los actos jurídicos, después de cuatro años de vigencia de la Constitución, y cuando el Congreso puede hacer uso pleno de sus competencias legislativas ordinarias, para regular las materias a que ellos se referían.

Entonces queda el argumento de que por tratarse de situaciones que viene viviendo el país hace tantas décadas, no puede justificarse la declaración de conmoción interior, pues se necesita "Un hecho análogo, en el orden interno, sería un alzamiento intempestivo dirigido a subvertir el orden institucional, con virtualidad suficiente para poner en crisis la estabilidad del Estado, es decir, encaminado a desdibujar su identidad. En ese caso, las potestades extraordinarias y el régimen restrictivo de libertades estarían justificados por tratarse de hechos sobrevinientes, coyunturales, súbitos y muy probablemente imprevistos, que exigirían, en aras de su superación, el sacrificio transitorio del régimen de plenitud de derechos."

Como se advierte muy claramente en esta interpretación jurídica sesgada, no se tiene en cuenta la grave perturbación del orden público que se refiere a la inminente amenaza contra la "convivencia ciudadana", y por otra parte sustituye el ámbito de competencia del Presidente para señalarle cuándo y cómo debe declarar la conmoción, es decir en el extremo límite de la situación subversiva del orden público.

En el fondo, la sentencia plantea en términos tan mecánicos el problema, que hará imposible en el futuro la declaratoria de la conmoción interior, tal como hoy está diseñada en la Constitución, por virtud de esta recortada interpretación jurídica. Nadie ignora que Colombia vive, por lo menos desde 1949, una grave perturbación del orden público, una verdadera crisis en este aspecto. Se pensó, con fundada esperanza, que la Carta de 1991 daría un vuelco a esta situación, y en este aspecto, desafortunadamente, no ha habido una solución al problema. Sin embargo, ello no obliga a que se paralicen los fines que persigue el Estado Social de Derecho. Si la violencia, en sus diversos aspectos, es un fenómeno crónico entre nosotros, con etapas y episodios que lo agravan y agudizan, no resulta acorde con la realidad ni con la dinámica de los acontecimientos sociales que agobian a la Nación, asumir que lo previsto en la Constitución

como excepcional, es la regla ordinaria y general en nuestra vida colectiva, y como obligado corolario concluir que, mientras se den tan altos índices de criminalidad y aumenta la amenaza inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad jurídica y la propia convivencia ciudadana, no sea posible recurrir a los mecanismos de excepción, en defensa de la sociedad civil organizada, y que sólo sea el Congreso el que pueda entrar a estudiar y aprobar las soluciones que le corresponden, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Pero como es obvio, son dos soluciones eficaces, pero distintas en el tiempo, y en sus requisitos constitucionales: una es el alcance del decreto legislativo y otra la de la ley ordinaria del Congreso. Mas aun cuando, como lo reconoce el fallo, en dato no sólo jurídico sino histórico, que debe tener su alcance en las vicisitudes del constitucionalismo colombiano, dentro de la anterior preceptiva de 1886 y en la actual de 1991, las medidas acordadas por medio de decretos legislativos que se han juzgado eficaces, se han propuesto al Congreso y se han convertido en legislación ordinaria y permanente, y aún por propia decisión del Constituyente, como ocurrió con la tarea llevada a cabo por la Comisión Legislativa Especial, el llamado Congresito, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, en tal forma que la naturaleza jurídica de tales decretos ha sufrido una transformación en la propia realidad histórica, que no fue captada a tiempo por el Constituyente para ofrecer las soluciones normativas del caso.

No sólo en el ejercicio de mi cargo de Magistrado sino en diversos foros académicos y especialmente en el ámbito universitario, he sido un fervoroso defensor de la Carta de 1991, la que por más de una razón histórica está ligada a mis más hondas convicciones ideológicas, y a mis más caros afectos personales. Consideré, y sigo considerando, que ella abrió una oportunidad para el desarrollo político, económico y social de un país que necesitaba esta estructura más amplia y progresista del Estado Social de Derecho, con su democracia participativa y pluralista, afincado también en la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, y en el perfeccionamiento de sus instituciones de control.

Por eso me preocupan decisiones que, como la señalada en este salvamento de voto, ponen en peligro los alcances y conquistas del nuevo orden constitucional, y pudieran abrir el campo a reformas, con indeseados desbordamientos, que sólo deberían limitarse a considerar aspectos específicos y puntuales como el que es objeto de este salvamento.

Ojalá que la visión rígida que se acoge en este fallo, ajeno a la evolución del Derecho Constitucional entre nosotros y a las más urgentes necesidades nacionales, específicamente en estas materias del orden público, y que se adoptó sin tener en cuenta los más altos fines del Estado Social de Derecho, y los supremos intereses públicos que él consagra, no lleve a adoptar soluciones de momento en perjuicio de una Carta Política, que merece desarrollarse desde el punto de vista legislativo. No hay, pues, que mirar hacia atrás en un proceso constitucional, legitimado por la reiterada voluntad popular, que ha puesto en marcha la democracia pluralista y participativa, y el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, todo lo cual representa el más valioso patrimonio de los colombianos, pendientes hoy como ayer de que las instituciones respondan a sus más acuciantes y evidentes problemas, con soluciones racionales y eficaces que de veras aseguren la convivencia ciudadana; ésta no se logra, como ya se ha dicho, sólo con medidas permanentes y generales sino, como se ha previsto en las normas constitucionales sobre conmoción interior, con acciones urgentes e inmediatas para conjurar las causas de la perturbación y para impedir la extensión de sus efectos.

Fecha *ut supra*

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-466 octubre 18 de 1995

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Cambio (Salvamento de voto)

Si se analizan las dos sentencias (C-031/93 y C-466/95) se ve cómo la Corte Constitucional, sin decirlo y sin explicar por qué, cambia abruptamente su jurisprudencia: lo que era constitucional en 1993, no lo es en 1995. ¿Por qué? ¿Acaso sobre esta necesaria explicación sí se tendió una cortina de humo?

CORTE CONSTITUCIONAL-Límites (Salvamento de voto)

La Corte, so pretexto de prcteger los derechos fundamentales, y basándose en su condición de intérprete de la Constitución, ejerce cada día poderes más amplios e invade la esfera reservada por la ley a otras autoridades. Al fin y al cabo, el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones.

CONMOCION INTERIOR-Consulta de la realidad nacional (Salvamento de voto)

No es cierto que en estricto derecho, la Corte Constitucional tenga que abstenerse de considerar hechos acaecidos durante el trámite del proceso que culmina con la sentencia que decide sobre la constitucionalidad de la declaración del estado de conmoción interior. No: este proceso no es un chico pleito, que deba fallarse dentro de los estrechos límites de una demanda. Lo que hay que consultar es la realidad nacional.

Con el respeto debido, que no es incompatible con la franqueza, me permito exponer las razones que me apartan de la decisión adoptada por la mayoría de la Corte en la sentencia de la referencia.

Primera.- Una diferente solución jurídica para unos hechos iguales o similares.

El día 1o. de febrero de 1993 la Corte Constitucional dictó la sentencia C-031 de 1993, que declaró la *exequibilidad* del decreto legislativo 1793 del 8 de noviembre de 1992, por el cual se había declarado el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional.

Si se comparan los considerandos del decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992, con los del decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, se encuentra que son sustancialmente, los mismos. ¿Por qué? Sencillamente porque las situaciones de *desorden público* que se pretendía conjurar en las

dos épocas, eran en esencia, las mismas, con la única diferencia de la *agravación de ellas en 1995*. Conviene transcribir los considerandos de uno y de otro decreto para apreciar las similitudes:

a) Decretò 1793 del 8 de noviembre de 1992:

"Considerando:

"Que en las últimas semanas la situaci ón de orden público en el país, que venía perturbada de tiempo atrás, se ha agravado significativamente en razón de las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada.

"Que además de las acciones armadas contra la fuerza pública, los grupos guerrilleros han intensificado su estrategia de atentar contra la población civil y contra la infraestructura de producción y de servicios, con el fin de mirar la solidaridad ciudadana con las autoridades, debilitar la organización económica del país y obtener de funcionarios públicos o de particulares, concesiones y beneficios de diversa índole.

"Que con el fin de financiar y adelantar su actividad delincuencial, los grupos guerrilleros han logrado disponer de cuantiosos recursos económicos obtenidos por diversos medios ilícitos, los cuales, de acuerdo con informes de inteligencia, están siendo administrados y canalizados valiéndose de las entidades financieras y de otros mecanismos institucionales.

"Que de acuerdo con informes de inteligencia, los grupos guerrilleros están obteniendo por diversos medios, tales como la intimidación de funcionarios y de contratistas del Estado, acceso a recursos públicos - particularmente a nivel de ciertas entidades territoriales - y distorsionando la ejecución de los programas del Estado en determinadas zonas del país, entre ellos los de reforma agraria, para favorecer sus acciones ilegales.

"Que los grupos guerrilleros se han aprovechado de algunos medios de comunicación para entorpecer la acción de las autoridades, hacer la apología de la violencia, justificar sus acciones delincuenciales y crear confusión y zozobra en la población.

"Que los grupos guerrilleros vienen ejerciendo presiones sobre algunos funcionarios de entidades territoriales con el fin de inducirlos a entrar en contactos directos o entendimientos con ellos, contrariando la política presidencial en materia de la conservación y restablecimento del orden público.

"Que igualmente dichos grupos delincuenciales han logrado entrabar y sustraerse a la acción de la justicia, ante la imposibilidad de la misma de recurrir al apoyo de las fuerzas militares como órgano de policía judicial para recabar las pruebas necesarias.

"Que los grupos mencionados han buscado aprovecharse de diversas organizaciones sociales legítimas para inducirlas a realizar actividades contrarias a la Constitución y la ley.

"Que las organizaciones guerrilleras también están dirigiendo sus actividades contra diversas cárceles.

"Que de acuerdo con informes de inteligencia, la acción de los grupos guerrilleros es facilitada por organizaciones creadas para proveerse de bienes y servicios que les permiten adelantar su actividad perturbadora del orden público.

"Que, adicionalmente, en la ciudad de Medellín se ha exacerbado en los últimos días la acción de la delincuencia organizada, mediante atentados contra personal de la Policía Nacional y del DAS, lo cual indica un aumento de las actividades terroristas de aquélla.

"Que además de intensificar las acciones militares y de policía es necesario responder a la estrategias de los grupos guerrilleros con medidas que aseguren la solidaridad ciudadana, corten el flujo de recursos que financian las actividades de aquéllos, e impidan que dispongan de los bienes que requieren para sus operaciones delincuenciales.

"Que es necesario fortalecer la acción de los organismos judiciales en su función de investigar, acusar y juzgar; proteger a los funcionarios judiciales y a los de los organismos de fiscalización, así como a los testigos; permitir a las fuerzas militares desarrollar funciones de policía judicial, y reprimir ciertas conductas que contribuyen a que puedan tener éxito las operaciones de la delincuencia organizada.

"Que en ocasión reciente se produjo el homicidio de una funcionaria judicial y se continúan registrando amenazas contra miembros de la rama jurisdiccional, por lo cual se impone adoptar a la mayor brevedad medidas que garanticen su integridad personal y les permitan desarrollar con independencia y seguridad su altísima función.

"Que es necesario adoptar medidas encaminadas a incrementar la protección de las víctimas de la violencia y a mantener en alto la moral de la fuerza pública.

"Que es igualmente indispensable establecer medidas para aumentar la eficacia de la fuerza pública, tales como las referentes a la disponibilidad de recursos, soldados, oficiales y suboficiales, la movilización de tropas, la adquisición de suministros y el fortalecimiento de los mecanismos de inteligencia.

"Que es esencial incorporar al Presupuesto General nuevos gastos y adoptar los mecanismos presupuestales y legales adecuados para financiar las nuevas erogaciones que se requieren para dar respuesta a la escalada terrorista.

"Que es necesario adoptar medidas que permitan al PNR desarrollar una actividad mayor en materia de rehabilitación y normalización en las principales áreas en las cuales operan activamente los grupos guerrilleros.

"Que con el fin de hacer frente a la delicada situación de orden público descrita, habida cuenta de su origen, naturaleza y dimensiones, e impedir oportunamente la extensión de sus efectos, es preciso adoptar medidas de carácter excepcional, que escapan al ámbito de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

"Que de conformidad con el artículo 22 de la Carta la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

"Que de acuerdo con el artículo 2° de la Constitución, es un fin esencial del estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, así como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

"Que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 189, ordinal 4°, de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

"Que de conformidad con el artículo 213 de la Constitución Política corresponde al Presidente de la República declarar el estado de conmoción interior cuando exista una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía."

b) Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995:

"Considerando:

"Que la Constitución de 1991 estableció que en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República puede declarar el estado de conmoción interior;

"Que la situación de orden público se ha agravado en las últimas semanas como resultado de la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, generadoras de los acontecimientos de violencia que han sacudido al país, atentando de manera grave contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana;

"Que la delincuencia organizada ha llevado a cabo en los últimos días, masacres en varias regiones del país arrojando un saldo alarmante de muertes y de desestabilización social;

"Que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, la existencia de formidables aparatos de fuerza privados "...no deja de ser patológico en el plano constitucional y amenazante y desestabilizador en el campo social e institucional...";

"Que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular, nutren sus arcas con dineros provenientes de actividades ilícitas que implican tanto enriquecimiento ilícito como grave deterioro de la moral social, en el entendido de

que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, "la única riqueza y poder social derivado de ésta que garantiza la Constitución, es el originado en el trabajo honrado. (C.P. Arts. 1, 34, 58)";

"Que los grupos subversivos han ejecutado en las últimas semanas acciones de violencia indiscriminada contra los miembros de la fuerza pública sin ninguna consideración respecto de la población civil, en violación directa del Derecho Internacional humanitario, asolando poblaciones de las cuales han tenido que huir hombres, mujeres y niños;

"Que la delincuencia común ha incrementado su actividad en las ciudades, amedrentando a la población con la ejecución permanente de delitos en especial contra la vida, la integridad personal, la libertad y el pudor sexual y la propiedad;

"Que los delincuentes en general se aprovechan de medios de comunicación para entorpecr el desarrollo de las actividades de las autoridades, hacr apología de la violencia y aumentar la confusión entre la población;

"Que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, no resultan suficientes para conjurar los graves efectos de la situación descrita;

"Que es necesario fortalecer los instrumentos legales que utilizan los organismos judiciales en su función de investigar, acusar y juzgar, a través de la tipificación de conductas, y el aumento de las penas previstas para algunos delitos de especial repercusión social que en los últimos meses vienen azotando a la sociedad;

"Que la ley 137 de 1994 estatutaria de los estados de excepción faculta al Gobierno Nacional para que mediante decretos legislativos pueda tipificar penalmente conductas y aumentar penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía;

"Que es necesario judicializar algunas contravenciones especiales que en la actualidad conocen los inspectores de policía, con el fin de atacar la impunidad respecto de ciertas conductas que vienen atentando en forma grave contra la seguridad ciudadana;

"Que es necesario afrontar la grave situación de congestión que al interior de algunos Despachos Judiciales acarrea una preocupante imposibilidad de procurar una pronta y cumplida justicia, circunstancia ésta que ha tenido entre otros graves efectos, el aumento de impunidad en el país;

"Que es necesario fortalecer el sistema carcelario de tal manera que se asegure la adecuada función del Estado en relación con el cumplimiento de las providencias judiciales, en consonancia con la estricta vigilancia dentro y fuera de los centros penitenciarios y carcelarios;

"Que es necesario fortalecer los mecanismos de solidaridad ciudadana que permitan una adecuada colaboración de la sociedad con las autoridades;

"Que con el fin de hacer frente a esta situación de violencia y para impedir oportunamente la extensión de sus efectos. es preciso adoptar medidas de carácter excepcional, que escapan al ámbito de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía;

"Que el artículo 2o. de la Constitución Política establece como uno de los fines del Estado el asegurar la convivencia pacífica;

"Que el artículo 22 de la Constitución Política consagra que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento;

"Que el artículo 189 numeral 4o. de la Constitución Política dispone que le corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado".

Estos hechos semejantes, sin embargo, **recibieron tratamientos jurídicos diametralmente opuestos,** pues, como se dijo, en 1993 condujeron a la declaración de exequibilidad del decreto 1793, y en 1995 a la inexequibilidad del decreto 1370. Es conveniente, para mostrar el contraste, transcribir qué se dijo en la sentencia C-031 de 1993 y qué en la C-466 de 1995, sobre temas análogos:

a) *Sobre la circunstancia de no ser nuevos los factores de desorden:*

1o. Sentencia C-031 de 1993, Gaceta de la Corte Constitucional, tomo 2, primera parte, febrero de 1993:

"La circunstancia de que la violencia y los factores que la generan ***no siempre se originan en el pasado reciente*** *-lo que ha llevado a algunos a hablar de "anormalidad normal"-* ***no le resta alcance o significado como causal perturbadora del orden público,*** *como quiera que la existencia de formidables aparatos de fuerza, así su formación haya sido fruto de un largo proceso, no deja de ser patológico en el plano constitucional y amenazante y desestabilizador en los campos social e institucional, si cabe en este momento aún mayor que en el pasado por su mayor envergadura y capacidad de daño". (Páginas 53 y 54) (Se resalta).*

2o. Sentencia C-466 de 1995:

"Para la Corporación es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, "graves" y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado Colombiano. ***Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción.*** *La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario" (Página 36) (Se resalta).*

b) *Sobre la existencia de medios ordinarios para contrarrestar el desorden existente:*

1o. Sentencia C-031 de 1993:

"La situación presente no puede ser superada con las atribuciones ordinarias de policía".

"Los elementos de hecho tomados en consideración, el tipo de agentes generadores de violencia, su poder y procedimientos de lucha, son tales que no pueden ser enfrentados exitosamente apelando únicamente a las instituciones de policía ordinarias". (Página 55) (Se resalta).

2o. Sentencia C-466 de 1995:

En esta sentencia no sólo se afirma que **"para contrarrestar los hechos aducidos por el Gobierno no se han utilizado los poderes ordinarios con que cuenta el Estado para estos casos",** sino que **se censura duramente al Gobierno, al afirmar:**

"Si en la situación de violencia crónica que vive el país, los órganos se limitan a esperar que transcurra el intervalo obligado entre una conmoción y otra, para tomar medidas que sólo atacan la manifestación epidérmica del mal y que son, a la vez, restrictivas de la vigencia plena de los derechos fundamentales, jamás se logrará la erradicación del mal, y en cambio, sí se habrá desdibujado -y trocado en otro- el Estado social de derecho" (Página 41).

Y ya en la página 31 se había expresado:

"Después de examinar cada uno de los hechos transcritos, justificativos de la declaración de conmoción interior, y de acuerdo con las estadísticas aportadas al proceso por el Gobierno, el CINEP y la Fiscalía General de la Nación, no le queda duda a la Corte de que la existencia de fenómenos delincuenciales de ocurrencia diaria, tales como los atracos callejeros, el hurto de vehículos, la piratería terrestre, los abusos sexuales; o de ocurrencia frecuente como las "masacres", los ataques de grupos subversivos y paramilitares contra personal civil y la Fuerza Pública, la toma de poblaciones, el secuestro, el narcotráfico, etc., son hechos notorios que vienen azotando a la sociedad, desde tiempo atrás, causando intranquilidad, zozobra y desconcierto entre la ciudadanía, sin que hasta la fecha estos acontecimientos se hayan podido contrarrestar con acciones eficaces, ***ni el Gobierno haya hecho uso de los mecanismos ordinarios de que dispone,*** *para atender el progresivo deterioro de la situación de orden público, como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insoportable, para tratarlos con medidas de excepción, bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades". (Se resalta).*

c) *Sobre la facultad del Presidente de la República para declarar el estado de conmoción interior:*

1o. Sentencia C-031 de 1993:

*"**La responsabilidad de conservar y mantener el orden público en todo el territorio nacional atribuída al Presidente de la República**, no puede circunscribirse a las manifestaciones últimas, repentinas y externas del fenómeno de la violencia, ni al incremento que en un período dado registre respecto del precedente. La guarda del orden público tiene relación directa con el deber mínimo de las autoridades frente a las personas consistente en proteger su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades. Este deber mínimo no tolera una actividad de la autoridad que sólo reaccione frente a lo que históricamente adquiere una dimensión extraordinaria".*

2o. Sentencia C-466 de 1995:

Sobre este tema se dice en esta sentencia:

*"e. **La implantación del estado de conmoción interior no es discrecional**".*

"...

"En desarrollo de dichas atribuciones el Presidente de la República no goza de una discrecionalidad absoluta, pues en tratándose de la implantación de tal estado excepcional, "la libertad del Presidente se reduce a tomar la decisión de efectuar dicha declaración determinando el momento para hacerlo y señalando los hechos que la justifican, pero en lo que concierne a la efectiva configuración del presupuesto objetivo de la misma, no dispone de discrecionalidad alguna y no hay alternativas distintas a su existencia o inexistencia".

"Así, la Corte considera que "un juicio de existencia sobre el presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de valoración no estrictamente técnicos -como gravedad, inminencia, amenaza, etc.,- debe necesariamente comportar un margen de discreta apreciación por parte del Presidente que, de todas maneras, no es en modo alguno discrecional, no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama". (Páginas 24 y 25) (Se resalta).

Conclusión: Si se analizan las dos sentencias se ve cómo **la Corte Constitucional, sin decirlo y sin explicar por qué, cambia abruptamente su jurisprudencia: lo que era constitucional en 1993, no lo es en 1995.** ¿Por qué? ¿Acaso sobre esta necesaria explicación sí se tendió una **cortina de humo**?

Segunda.- La defensa de las libertades ciudadanas.

La sentencia C- 466 de 1995 es *conmovedoramente candorosa* cuando se refiere a las libertades ciudadanas y a los derechos fundamentales, en general. Aparentemente, bastaría leerla para concluír que los colombianos pueden estar tranquilos, porque la Corte Constitucional defiende con celosa diligencia los derechos fundamentales, y en particular la libertad, de los "ciudadanos de bien", contra los posibles abusos del gobierno despótico. En la sentencia se dice:

Refiriéndose al Gobierno:

"...como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insoportable, para tratarlos con medidas de excepción, ***bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades****". (Página 31) (Se resalta).*

Sobre el "estado de sitio", en la Constitución anterior:

"Se vivía en permanente estado de sitio y, por tanto, la plena vigencia de los beneficios del Estado de derecho sólo se daba en el papel". (Página 22).

Sobre cómo debe el Gobierno cumplir sus deberes en relación con el orden público:

"No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un ***régimen restrictivo de los derechos fundamentales*** *que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario". (Página 36) (Se resalta).*

Sobre la declaración del Estado de Conmoción Interior:

"En ese caso, las potestades extraordinarias y el régimen restrictivo de libertades estarían justificados por tratarse de hechos sobrevinientes, coyunturales, súbitos y muy probablemente imprevistos, que exigirían, en aras de su superación, ***el sacrificio transitorio del régimen de plenitud de derechos****". (Página 37) (Se resalta).*

Sobre la limitación temporal del Estado de Conmoción Interior:

"La circunstancia de que el Constituyente del 91, hubiera limitado la vigencia temporal del estado de conmoción interna, es claramente indicativa de una voluntad dirigida a que nuestros males endémicos no fueran justificativos de un ***eterno régimen de libertades menguadas****". (Página 37) (Se resalta).*

Sobre el "régimen de libertades plenas":

"Si para combatir las manifestaciones endémicas, a las que por desventura ya está habituado el país -sin duda atentatorias de la seguridad ciudadana-, se precisan especiales medidas policivas o castrenses, ellas son compatibles con el ***régimen de libertades plenas, que el constituyente quiso que fuera la regla y no la excepción****". (Página 38) (Se resalta).*

Sobre "las libertades de que deben disfrutar los ciudadanos de bien".

"...Sin que ninguna de las libertades de que deben disfrutar los ciudadanos de bien, fuera sacrificada". (Página 38).

Pues bien: esa insomne vigilancia de los derechos fundamentales "de los *ciudadanos de bien", que podría llamarse* ***la ternura de la justicia****, se basa en supuestos falsos,* como se explicará.

El primero de ellos es la **presunción gratuita** de que el Estado de Conmoción Interior declarado por el decreto 1370 de 1995, tuvo por fin **restringir o limitar** "las libertades de los ciudadanos de bien", presunción que no corresponde a la verdad, por dos razones: la primera, que públicamente no se ha conocido decreto alguno dictado con base en la mencionada declaración, que limite, restrinja, o de alguna manera vulnere, "las libertades de los ciudadanos de bien"; la segunda, que la Corte Constitucional no ha examinado ninguno de los decretos originados en la misma declaración, porque apenas se está cumpliendo el trámite previo al análisis y a la decisión. ¿Ha habido, acaso, censura de prensa? ¿Se ha desconocido la prohibición constitucional de que los tribunales militares juzguen a los civiles? ¿Se ha condenado a alguien sin haber sido oído y vencido en juicio, ante juez competente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio? ¿En dónde está el presunto despotismo que sacrifica transitoriamente el régimen de plenitud de derechos?

Posiblemente por esto, **en la sentencia se alude a la restricción de los derechos fundamentales, y en particular de las libertades, en abstracto, sin citar un solo caso concreto.** Y por lo mismo, sin duda, cuando en el curso de las deliberaciones pedí, en repetidas ocasiones, que se citaran esas violaciones de los derechos fundamentales de "las personas de bien", originadas en el Estado de Conmoción Interior, nada se me respondió. También aquí se eludió el examen de la realidad, se ocultó la verdad detrás de una **cortina de humo.**

El segundo supuesto falso es éste: la real vulneración de todos los derechos fundamentales y en particular de la vida y la libertad, tiene su causa en los crímenes cometidos por los criminales de todas las especies, llámense ellos bandoleros, delincuentes comunes, paramilitares, narcotraficantes, etc. ¿Qué decir de los secuestros que a diario se cometen? ¿Y de los asesinatos? ¿Qué de la extorsión, del robo, de los actos terroristas, de la destrucción de bienes del Estado y de los particulares? ¿Podrá, acaso, sostenerse que no vulneran la libertad los diez mil o doce mil bandoleros que ejercen su imperio en vastas zonas rurales del país, y que ya comienzan a ejercerlo también en las ciudades?

Dicho sea de paso, es necesario referirse a una afirmación contenida en la sentencia, porque tal afirmación es una falacia, que mientras se sostenga impedirá que la nación haga frente a la realidad, punto de partida de la solución del problema de la violencia. En la sentencia se distingue entre "delincuencia política y común, esta última organizada o no". (Página 26). Pues bien: en Colombia no existe "delincuencia política", porque no son **delincuentes políticos** los bandoleros organizados en las cuadrillas denominadas Farc, Eln, Epl, Milicias Bolivarianas, etc. ¿Cómo puede darse el calificativo de **delincuentes políticos** a quienes habitualmente cometen delitos comunes, como el asesinato, el secuestro, la extorsión, los daños en cosa ajena, el tráfico de estupefacientes? No puede permitirse que la solución de los problemas nacionales, parta de la deformación de la realidad, de su desconocimiento. Al llamar "delincuentes políticos" a los que son criminales tan comunes como todos los demás, pero más peligrosos, se crean las condiciones para recompensarles luego con generosos indultos y amnistías generales, curules en el Congreso de la República, cargos diplomáticos, donaciones, créditos, bienes de toda clase, etc. **La paz de una nación no puede construirse sobre el perdón y el olvido de los crímenes: esa sería una paz injusta, que sólo originaría nuevos crímenes.**

Por fortuna, ya la Corte Constitucional ha definido la conducta de los supuestos delincuentes políticos. En la sentencia T-561 de diciembre 6 de 1993, se dijo:

"De otra parte, es hecho público y notorio que los guerrilleros cometen, alegando fines políticos, delitos comunes como el asesinato, o el homicidio fuera de combate, el secuestro, el robo, la destucción de puentes, oleoductos, torres de energía, etc. Así lo han admitido públicamente individuos que pertenecen a los grupos llamados Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército de Liberación Nacional, Ejército Popular de Liberación. Para ellos, estas actividades son honrosas, como lo reconoció Humberto Javier Callejas Rúa en la primera demanda de tutela que presentó: 'La condición de guerrillero no degrada a la persona, pues se trata de un sujeto opositor político y armado frente al Estado, que tiene como propósito la construcción de una sociedad más humana y justa'.

"Los avisos causantes de la inconformidad del señor Callejas Rúa, no dicen otra cosa que lo que todo el país sabe, porque lo ha padecido: que los guerrilleros, que forman grupos dedicados al bandolerismo, roban, matan, secuestran, extorsionan, destruyen la riqueza pública y atacan los poblados inermes. Que lo hagan invocando razones que ellos consideran nobilísimas, no convierte los delitos en actos lícitos, ni priva a la autoridades del derecho de hacer cuanto sea necesario para reprimir sus desmanes. El delincuente no puede alegar que el Estado viola sus derechos solamente porque no le permite desconocer los ajenos, es decir, que el reprimir sus actos delictivos es de por sí una violación de sus derechos". (Gaceta de la Corte Constitucional, tomo 12, diciembre de 1993, páginas 205 y 206).

Tercera.- La Corte Constitucional, ¿un poder omnímodo?

Según el artículo 241 de la Constitución, a "la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, *en los estrictos y precisos términos*" de esta misma norma. Esto implica sin necesidad de complicadas lucubraciones, **que la Corte no tiene un poder omnímodo.** Pero, ¿qué ha ocurrido, qué viene sucediendo?

Que la Corte, so pretexto de proteger los derechos fundamentales, y basándose en su condición de intérprete de la Constitución, ejerce cada día poderes más amplios e invade la esfera reservada por la ley a otras autoridades. Al fin y al cabo, el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones. Basta citar algunos casos, para demostrar cómo la Corte Constitucional desborda sus poderes.

Al revisar fallos de tutela, se ha arrebatado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para revisar una sentencia condenatoria, en virtud del recurso de casación (sentencia No.SU-327, del 27 de julio de 1995, sobre la prohibición de la **reformatio in pejus**); se han dejado sin valor unas sentencias dictadas por los jueces laborales, en épocas pasadas, sin siquiera determinarlas, y se ha desconocido la existencia de normas sobre convenciones colectivas y pactos colectivos (sentencia SU-342 del 2 de agosto de 1995); basándose también en la prohibición de la **reformatio in pejus,** y siempre al revisar sentencias dictadas en procesos de tutela, se han desconocido sentencias del Consejo Superior de la Judicatura, dictadas en ejercicio de la potestad disciplinaria que la Constitución le confiere sobre los jueces (sentencia T-410 del 12 de septiembre de 1995).

Ahora, en esta sentencia, se ha desconocido que es deber del Presidente de la República "Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado" (numeral 4

del artículo 189 de la Constitución); y que, por lo mismo, para cumplir ese deber, el Presidente de la República "en caso de grave perturbación del orden público", "podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella..." (artículo 213 de la Constitución). Y al arrebatarle esta competencia al Presidente de la República, se ha quebrantado el principio de la separación de las Ramas del Poder Público, y de su colaboración armónica (artículo 113 de la Constitución).

Y también se quebranta este principio cuando en la sentencia se censura desembozadamente, y **casi en forma agresiva**, al Gobierno, por las supuestas omisiones en que ha incurrido en el uso de sus facultades ordinarias.

Ahora, en consecuencia, si el Congreso de la República quisiera, en ejercicio del control político que la Constitución le atribuye, exigir responsabilidades al Presidente de la República por el manejo del orden público, éste podría eludir su responsabilidad, con el argumento de que la Corte Constitucional ha recortado sus facultades, en especial las que le confiere el artículo 213, hasta hacerlas casi inexistentes.

Pero no es solamente la Rama Ejecutiva la que es víctima de las censuras. Estas recaen también sobre el Congreso de la República. En relación con éste se dice:

"El artículo 47 transitorio de la Constitución ordena al legislador organizar para las zonas afectadas por aguda violencia, "un plan de seguridad social de emergencia, que cubrirá un período de tres (3) años". Sin embargo, no ha sido presentado ni se encuentra en curso proyecto de ley alguno que dé cumplimiento a este mandato, según la certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República que obra a folio 22 del expediente". (Página 39).

La Corte Constitucional no ejerce un poder omnímodo, porque **en el Estado de Derecho no hay poderes onmímodos.** Dios no quiera que se convierta en absoluto el poder de quienes apenas son unos intérpretes de la Constitución, encargados de guardar su integridad y supremacía, dentro de los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la misma.

Cuarta.- ¿Cuándo puede declararse el Estado de Conmoción Interior, según el artículo 213 de la Constitución?

Después de concluir que, pese a que **"los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, "graves", y perturbadores del orden público"**, éstos no son suficientes para declarar el Estado de Conmoción Interior, en la sentencia se hace un **tremendo esfuerzo imaginativo,** para enunciar dos casos en que sería posible jurídicamente la declaración. Estos dos casos se describen así:

*"Un hecho análogo, en el orden interno, sería un alzamiento intempestivo dirigido a subvertir el orden institucional, con virtualidad suficiente para poner en crisis la estabilidad del Estado, es decir, encaminado a desdibujar su identidad. En ese caso, las potestades extraordinarias y el régimen restrictivo de libertades estarían justificados por tratarse de hechos sobrevinientes, coyunturales, súbitos y muy probablemente imprevistos, que exigirían, en aras de su superación, el sacrificio transitorio del régimen de plenitud de derechos. **Lo mismo podría decirse de hechos crónicos** que re-*

pentinamente revistieran grados de intensidad inusitados, bien, difusos en todo el territorio nacional o localizados en una determinada zona, que podrían justificar, en este último caso, una declaración de conmoción circunscrita al área afectada". (Página 37) (Se resalta).

Veamos el primer caso:

Se habla de un "alzamiento intempestivo" ¿Qué significa esto? Un alzamiento es un "levantamiento o rebelión", según el Diccionario de la Academia. ¿No es, por ventura, un *"levantamiento o rebelión"*, la acción de 10.000 ó 12.000 bandoleros, que cometen toda clase de delitos, desconocen las autoridades de la República, y siembran el terror en todo el territorio de la nación? *Intempestivo* es "lo que está fuera de tiempo y sazón", también según el mismo Diccionario. ¿Será, acaso, propio de nuestro tiempo, que tengamos que vivir sometidos al imperio de los criminales, cuya presencia, en el caso de los bandoleros, la Corte califica como "ya añeja y permanente"? ¿Por qué millones de colombianos, entre ellos "los ciudadanos de bien" a quienes se refiere la sentencia, tenemos que vivir bajo la dictadura de todos los criminales?

En cuanto **al segundo caso,** ¿podrá sostenerse que los hechos crónicos no revisten "grados de intensidad inusitados"? ¿De dónde sale la exigencia de que esos hechos crónicos se agraven "repentinamente"? **Repentino** es lo "pronto, impensado, no previsto". Y **esa exigencia,** se repite, **no está prevista en el artículo 213**. Lo que sucede es diferente, como se verá.

Según el artículo 213 de la Constitución, la declaración del Estado de Conmoción Interior, procede "En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera **inminente** contra la estabilidad institucional..." ¿Qué quiere decir **inminente**? Según el Diccionario de la Academia, inminente es lo **"Que amenaza o está para suceder prontamente".** Llevados por el afán de usar palabras sin medir su verdadero alcance, los redactores de la Constitución echaron mano de esta palabra. Literalmente, pues, **si ya la perturbación existe, ha ocurrido, como ahora acontece,** y no es solamente una amenaza, algo que "está para suceder prontamente", **no se podría declarar el estado de conmoción interior.** Esta ha sido la errónea interpretación que a la norma le ha dado la Corte Constitucional en esta sentencia.

La interpretación acertada, por el contrario, no puede ser sino ésta: SI LA SOLA AMENAZA DE LA PERTURBACION FACULTA AL GOBIERNO PARA DECLARAR EL ESTADO DE CONMOCION INTERIOR, CON MAYOR RAZON ESTÁ FACULTADO CUANDO YA LOS HECHOS PERTURBADORES HAN SUCEDIDO O ESTÁN SUCEDIENDO.

Hay que decirlo claramente, sin temores ni vacilaciones: **un país no se gobierna con juegos de palabras, más o menos ingeniosos, ni con teorías seudofilosóficas.** Se gobierna actuando de conformidad con la realidad, sin ocultarla ni disfrazarla.

Quinta.- Por qué no se declaró el Estado de Conmoción Interior al comienzo de la actual administración.

Uno de los argumentos que se usaron en el debate que culminó con la adopción de la sentencia, fue éste: el actual gobierno habría debido declarar el Estado de Conmoción Interior, en el mes de agosto de 1994, y no esperar hasta agosto del presente año.

Este argumento no resiste ningún análisis, por estos motivos.

El primero, que el Presidente de la República no declaró el Estado de Conmoción Interior al comienzo de su gestión, porque quiso ensayar previamente el camino del diálogo, como le consta a toda la nación. Sólo la renuencia de los bandoleros y el aumento de sus depredaciones, convencieron al Gobierno de la necesidad de cambiar la estrategia que conduce a la paz.

El segundo, que la facultad de declarar la Conmoción Interior, no se agota por no ejercerla en un tiempo determinado. El Gobierno puede en cualquier momento, a su arbitrio y según su recto criterio, hacer uso de esta herramienta que la Constitución ha puesto en sus manos. Y si hace mal uso de ella, debe responder ante el Congreso de la República, como lo prevé el numeral 5o. del artículo 214 de la Constitución.

Como lo que se acaba de escribir lo manifesté durante el debate, al final en el texto de la sentencia no se incluyó el argumento relativo al ejercicio tardío de la facultad consagrada en el artículo 213. Pero sí fue un argumento definitivo para la decisión.

Sexta.- Los hechos posteriores a la declaración del estado de conmoción interior.

En la **insólita sentencia** se afirma lo siguiente, en relación con los crímenes posteriores al día 16 de agosto de 1995, en que se declaró el estado de conmoción interior:

"La Corte ha tomado en cuenta, al decidir, los hechos ocurridos con anterioridad al decreto declaratorio de la conmoción, no los que han ocurrido con posterioridad, los que, dicho sea de paso, sólo demuestran la eficacia relativa de las disposiciones transitorias encaminadas a contrarrestarlos". (Página 41).

Esta afirmación hay que rechazarla, por estas razones:

La primera: no es cierto que en estricto derecho, la Corte Constitucional tenga que abstenerse de considerar hechos acaecidos durante el trámite del proceso que culmina con la sentencia que decide sobre la constitucionalidad de la declaración del estado de conmoción interior. No: este proceso no es un chico pleito, que deba fallarse dentro de los estrechos límites de una demanda. Lo que hay que consultar es la realidad nacional.

De otra parte, ¿por qué la Corte juzga que las "disposiciones transitorias" sólo tienen una "eficacia relativa" para contrarrestar la acción de los criminales? ¿Quién le confirió tal facultad? **¿No es, acaso, el Congreso de la República el que ejerce, según la Constitución, el control político?**

Séptima.- El Presidente de la República, como responsable del orden público, es el único facultado para decidir si las circunstancias permiten decretar el Estado de Conmoción Interior por "grave perturbación del orden público".

La Corte Constitucional, en la sentencia del 7 de mayo de 1992, estableció la doctrina de que sus facultades le permiten hacer el examen de fondo del decreto que declara el estado de conmo-

ción interior, para concluir si existe o no la "grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional".

Esas facultades, sin embargo, deben ejercerse con prudencia, para que no conduzcan a dos resultados incompatibles con la Constitución: el primero, **privar al Presidente de la República de las facultades que el artículo 213 le confiere, y que le permiten cumplir el deber de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado"; el segundo, el convertir a la Corte Constitucional en responsable del restablecimiento del orden público, responsabilidad que la Constitución no le ha impuesto.**

Por lo anterior, como lo sostuve en el debate que culminó con la adopción de la sentencia C-466 de 1995, solamente en casos extremos de mal uso del artículo 213 de la Constitución, puede la Corte Constitucional declarar que no existe la grave perturbación. Fue eso lo que aconteció cuando la Corte, por medio de la sentencia C-300 de julio 1o. de 1994, declaró inexequible el decreto 874 del 1o. de mayo de 1994.

Ahora se ha incurrido en la insensatez de sostener que para que exista la "grave perturbación" faltan unos centenares o millares de asesinatos. Que tampoco bastan los millares de secuestros y de extorsiones, ni la continua destrucción de oleoductos y los ataques a los poblados inermes.

Si la jurisprudencia de la Corte sobre el examen material del decreto que declara la conmoción interior, conduce a estas interpretaciones absurdas, habrá que revisarla. De lo contrario persistirá el riesgo de que la Corte, en el futuro, usurpe nuevamente la competencia que la Constitución asignó al Presidente de la República en relación con el orden público.

Octava.- La reforma de la Constitución.

La Corte Constitucional, al dictar la sentencia C-466 de octubre 18 de 1995, ha comenzado a escribir el acta de defunción de la Constitución de 1991. Porque si ésta, según la errónea interpretación de la sentencia, no permite que el Presidente de la República haga uso de los poderes que ella misma le confiere para conservar y restablecer el orden público, hay que reformarla. No se puede incurrir en la ingenuidad de sacrificar a la sociedad en aras de una falsa legalidad que sólo sirve a los criminales.

No hay que pensar que la Constitución no puede reformarse. Ella, a diferencia de los Diez Mandamientos, puede cambiarse por los hombres, porque los hombres la hicieron.

Por fortuna, los colombianos no son tontos ni cobardes: ellos harán frente a la conjura de los delincuentes y de los necios, con inteligencia y valor.

Es todo.

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

Bogotá, octubre 18 de 1995

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-466 octubre 18 de 1995

VIOLENCIA-Adopción de medidas permanentes (Aclaración de voto)

La violencia, el terrorismo, el crimen organizado, la delincuencia común y las diversas modalidades de la misma violencia han venido agobiando a Colombia a lo largo de varios años, antes de la conmoción y dentro de la misma, lo cual requiere con urgencia, que en forma ejemplar, categórica y enérgica se adopten medidas de carácter permanente que puedan contrarrestar no en forma transitoria sino definitiva aquellos actos y hechos que perturban a diario la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, así como el orden político, económico y social justo que todos debemos alcanzar. Ello puede y debe conseguirse con la adopción de normas permanentes por parte del Congreso de la República de Colombia, bien por su propia iniciativa o a instancia del mismo Gobierno, quien según se deduce de las manifestaciones expresadas por el señor Presidente de la República al instalar las sesiones del Congreso el 20 de julio del presente año, se pronunció respecto de la necesidad de presentar proyectos de ley con el fin de adoptar medidas con el mismo carácter de permanencia

Referencia: Expediente No. R.E. 065

El suscrito magistrado, VLADIMIRO NARANJO MESA, se permite aclarar su voto en el asunto de la referencia, por cuanto, con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto No. 874 de 1994, por el cual se declaró el estado de conmoción interior, decisión adoptada mediante Sentencia No. C-300 de 30 de junio de 1994, salvó su voto por no compartir la decisión de fondo de la Sala Plena. Las razones que llevaron al suscrito magistrado a disentir de la decisión mayoritaria, quedaron expuestas en el Salvamento de voto a dicha Sentencia, suscrito junto con los magistrados Hernando Herrera Vergara y Fabio Morón Díaz.

Pese a considerar que dichas razones siguen siendo valederas, el suscrito magistrado acata respetuosamente, como es su deber, la jurisprudencia sentada en esa oportunidad, la cual llevó a la Corte a conocer de fondo de las razones que llevaron al Gobierno a decretar el estado de conmoción interior; así lo manifestó por lo demás, ante la Sala Plena, cuando en su sesión del día 7 de septiembre de 1995 (Acta No. 37), se consultó a la totalidad de los miembros de la Corporación, -previo el estudio de la ponencia sobre la exequibilidad del Decreto No. 1370 del 16 de agosto de 1995- si se mantendría la jurisprudencia referida, lo cual fue aprobado por los nueve magistrados.

Acatando, entonces, dicha jurisprudencia, y hecha la anterior aclaración respecto de la posición adoptada por el suscrito en la pasada oportunidad, debo manifestar que comparto en su totalidad las motivaciones que en esta han llevado a la Corte a declarar la inexequibilidad del Decreto No. 874 de 1994, por el cual se declaró el estado de conmoción interior. Sólo tendría que precisar, respecto de la motivación, que los estados de excepción no han sido diseñados para que el ejecutivo utilice esta institución, que como su nombre lo indica, es de naturaleza excepcional, ante cualquier vicisitud de tipo político o cualquier coyuntura de tipo personal que pueda afectar al gobierno o al mandatario de turno.

Santafé de Bogotá, D.C., 23 de octubre de 1995.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-466
octubre 18 de 1995

CONMOCION INTERIOR-Utilización excepcional (Aclaración de voto)

Los estados de excepción no han sido diseñados para que el ejecutivo utilice esta institución, que como su nombre lo indica, es de naturaleza excepcional, ante cualquier vicisitud de tipo político o cualquier coyuntura de tipo personal que pueda afectar al gobierno o al mandatario de turno.

Referencia: Expediente No. R.E.-065

Revisión Constitucional del Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995 - "Por el cual se declara el estado de conmoción interior".

Acta No. 50

El Suscrito Magistrado formuló en su oportunidad, ACLARACION DE VOTO, al producirse la votación con respecto al proyecto de sentencia presentado por el Honorable Magistrado Sustanciador, doctor Carlos Gaviria Díaz, en el expediente de la referencia, teniendo en cuenta que, a raíz de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 874 de 1994, por el cual se declaró el estado de conmoción interior en virtud de la sentencia No. C-300 de 30 de junio de 1994, presentó salvamento de voto conjuntamente con los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, por no compartir la decisión adoptada por la Sala Plena, según la cual la Corte Constitucional al examinar los decretos dictados en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 213 de la Constitución Nacional, incluido el que declara la conmoción, no debe limitarse al estudio de los vicios de forma para la expedición del decreto, sino también al contenido de fondo de los mismos. Las razones que llevaron al suscrito Magistrado a disentir de la decisión mayoritaria, quedaron consignadas en el respectivo salvamento de voto a dicha sentencia, al considerar que en mí concepto, los motivos para declarar la conmoción interior por parte del Presidente de la República, en caso de grave perturbación del orden público, constituyen una potestad discrecional atribuida a éste y no son materia de revisión jurisdiccional de la Corte. Dicho salvamento fue suscrito conjuntamente con los Magistrados mencionados.

Pese a considerar que dichas razones siguen siendo valederas, el suscrito Magistrado acata respetuosamente, como es su deber, la jurisprudencia sentada en esa oportunidad, la cual llevó a la Corte, en decisión mayoritaria, a conocer de fondo con respecto a los motivos que llevaron al

Gobierno a decretar el estado de conmoción interior y a dictar sentencia dentro de su potestad constitucional para "Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212,213 y 215 de la Constitución", declarando la inexequibilidad en dicha ocasión. Así lo manifestó expresamente, ante la Sala Plena, cuando efectivamente en sesión del día 7 de septiembre de 1995 (Acta No. 37), se consultó a la totalidad de los miembros de la Corporación, previo el estudio de la ponencia sobre la exequibilidad del decreto No. 1370 del 16 de agosto de 1995, si se mantendría la jurisprudencia referida, lo cual fue aprobado por unanimidad de los Magistrados que integran la Corporación.

Al acatar dicha jurisprudencia y realizada la respectiva aclaración acerca de la posición adoptada en la pasada oportunidad, debo manifestar igualmente que comparto los razonamientos que llevaron a la Corte a declarar la inexequibilidad del decreto materia de revisión en el expediente de la referencia, con efectos hacia el futuro. Desde luego que considero conveniente precisar que, en mi concepto, la violencia, el terrorismo, el crimen organizado, la delincuencia común y las diversas modalidades de la misma violencia han venido agobiando a Colombia a lo largo de varios años, antes de la conmoción y dentro de la misma, lo cual requiere con urgencia, que en forma ejemplar, categórica y enérgica se adopten medidas de carácter permanente que puedan contrarrestar no en forma transitoria sino definitiva aquellos actos y hechos que perturban a diario la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, así como el orden político, económico y social justo que todos debemos alcanzar. Ello puede y debe conseguirse con la adopción de normas permanentes por parte del Congreso de la República de Colombia, bien por su propia iniciativa o a instancia del mismo Gobierno, quien según se deduce de las manifestaciones expresadas por el señor Presidente de la República al instalar las sesiones del Congreso el 20 de julio del presente año, se pronunció respecto de la necesidad de presentar proyectos de ley con el fin de adoptar medidas con el mismo carácter de permanencia.

Santafé de Bogotá, D.C., 25 de octubre de 1995

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

SENTENCIA SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES OCTUBRE 1995

SENTENCIA No. C-468
octubre 19 de 1995

PROYECTO DE LEY-Vicio subsanable

La Corte Constitucional otorgó al Congreso de la República un término de treinta días para subsanar el vicio anotado en los antecedentes. En consecuencia, considerando que el Congreso de la República subsanó, dentro del término otorgado por la Corte Constitucional, el vicio de forma, se declarará la exequibilidad del Proyecto de Ley.

Referencia: No. O.P. 007

Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara "Por la cual se modifica el Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, proferido en desarrollo de la emergencia declarada mediante decreto N°. 1178 del 9 de junio de 1994 y se dictan otras disposiciones".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, 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 de revisión de la constitucionalidad de las normas objetadas del Proyecto de Ley No. 43/94 Senado - 118/95 Cámara "Por la cual se modifica el Decreto 1264 del 21 de junio

de 1994, proferido en desarrollo de la emergencia declarada mediante decreto N° 1178 del 9 de junio de 1994 y se dictan otras disposiciones"

I. TEXTO DE LAS NORMAS OBJETADAS

Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara

Por la cual se modifica el Decreto N° 1264 del 21 de junio de 1994, proferido en desarrollo de la emergencia económica declarada mediante Decreto N° 1178 del 9 de junio de 1994 y se dictan otras disposiciones.

Artículo Primero. *Modifíquese el artículo 1° del decreto N° 1264 del 21 de junio de 1994, el cual quedará así:*

Las exenciones de impuestos que se establecen en el presente Decreto tendrán vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2003.

Para efectos del presente Decreto entiéndese que la zona afectada por el fenómeno natural es la comprendida dentro de la jurisdicción territorial de los municipios de los departamentos de Cauca y Huila, así:

CAUCA:
CALDONO, INZA, JAMBALO, TORIBIO, CALOTO, TOTORO, SILVIA, PAEZ, SANTANDER DE QUILICHAO, POPAYAN, MIRANDA, MORALES, PADILLA, PURACE, TAMBO, TIMBIO Y SUAREZ.

HUILA:
LA PLATA, PAICOL, YAGUARA, NATAGA, IQUIRA, TESALIA, NEIVA, AIPE, CAMPOALEGRE, GIGANTE, HOBO, RIVERA Y VILLAVIEJA.

PARAGRAFO: *El Gobierno Nacional podrá ampliar a otros municipios los beneficios de las exenciones que por medio de esta Ley se dispone.*

ARTICULO SEGUNDO. *Modifíquese el artículo 2° del Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, el cual quedará así:*

Estarán exentas del impuesto de renta y complementarios las nuevas empresas agrícolas, ganaderas, microempresas, establecimientos comerciales, industriales, turísticos, las compañías exportadoras y mineras que no se relacionen con la exploración o explotación de hidrocarburos, que se instalen efectivamente en la zona afectada por el sismo y avalancha del Río Páez, y aquellas preexistentes al 21 de junio de 1994 que demuestren fehacientemente incrementos sustanciales en la generación de empleo, siempre que estén localizadas en los municipios señalados en el artículo 1° del presente Decreto.

La cuantía de la exención regirá durante diez (10) años de acuerdo a los siguientes porcentajes y períodos: el cien por ciento (100%) para las empresas preestablecidas o nuevas que se establezcan entre el 21 de junio de 1994 y el 20 de junio de 1999; el

cincuenta por ciento (50%) para las que se instalen entre el 21 de junio de 1999 y el 20 de junio del año 2001, y el veinticinco por ciento (25%) para las que se establezcan entre el 21 de junio del año 2001 y el 20 de junio del año 2003.

Gozarán del mismo beneficio las unidades económicas productivas precisadas en el inciso primero de este artículo que, preexistiendo al fenómeno natural y por causa de éste, hayan disminuido sus ingresos reales en un mínimo de cuarenta por ciento (40%), según certificación expedida por la Corporación Nasa Kiwe, o por los Ministerios de Desarrollo Económico, Agricultura o Minas y Energía.

PARAGRAFO 1°. *Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que hubiesen efectuado inversiones en la zona afectada, tendrán derecho a solicitar la exención en los porcentajes y períodos determinados en este artículo.*

PARAGRAFO 2°. *Cuando se trate de nuevas empresas de tardío rendimiento, durante el período improductivo y hasta el 31 de diciembre de año 2003, se les reconocerá un crédito fiscal equivalente al quince por ciento (15%) de la inversión realizada en dicho período. Para tal efecto se deberá acompañar la respectiva certificación del Ministerio de Agricultura si se trata de empresas agrícolas o ganaderas, del Ministerio de Minas y Energía si se trata de empresas mineras que no se relacionen con la exploración o explotación de hidrocarburos, o del Ministerio de Desarrollo Económico si se trata de empresas comerciales, industriales y turísticas.*

Dicho crédito estará representado en un bono que mantendrá su valor real en los términos que establezca el Gobierno Nacional y sólo podrá utilizarse para pagar impuestos de renta y complementarios a partir de la fecha en que se comience la actividad productiva. Para tal efecto se aplicarán, en los pertinente, las normas del Estatuto Tributario que regulan el pago del impuesto mediante títulos.

PARAGRAFO 3°. *A los intereses que reciban los propietarios de las actividades que adquieran inmuebles en desarrollo del Decreto 1185 de 1994 se les aplicará lo dispuesto en el 2° inciso del artículo 30 de la Ley 9 de 1989.*

PARAGRAFO 4°. *La exención será aplicable a las nuevas empresas efectivamente constituidas en la zona afectada, a las preexistentes al 21 de junio de 1994 que comprueben aumentos sustanciales en la generación de empleo y a las compañías exportadoras.*

ARTICULO TERCERO. *Modifíquese el artículo 3° del Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, el cual quedará así: Para los efectos de inciso 1° del artículo 2° del presente decreto, se considera efectivamente establecida una empresa cuando esta, a través de su representante legal, si es persona jurídica, o del empresario, si es persona natural, en memorial dirigido a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales respectiva, manifiesta su intención de acogerse a los beneficios otorgados por este decreto, detallando la actividad económica a la que se dedica, el capital de la empresa, su lugar de ubicación y la sede principal de sus negocios.*

Las sociedades comerciales se considerarán establecidas desde la fecha de inscripción de su acto constitutivo en el Registro Mercantil. Las demás personas jurídicas desde la fecha de su constitución.

PARAGRAFO 1°. *Para gozar de la exención no podrá transcurrir un plazo mayor de cinco (5) años entre la fecha del establecimiento de la empresa y el momento en el que empieza la fase productiva.*

PARAGRAFO 2°. *Cuando se trate de sociedades o entidades asimiladas a éstas deberá remitir, dentro del mismo término previsto en este artículo, una copia de la escritura o documento de constitución.*

PARAGRAFO 3°. *El cambio de denominación o propietario de las empresas o establecimientos de comercio no les da el carácter de nuevos a los ya existentes y no tendrán derecho a la exención a que se refiere el artículo 1° del decreto N° 1264 del 21 de junio de 1994.*

PARAGRAFO 4°. *Para determinar la renta exenta se entiende como ingresos provenientes de una empresa o establecimiento comercial de bienes y servicios de los sectores industrial, agrícola, microempresarial, ganadero, turístico y minero, aquellos originados en la producción, venta y entrega material de bienes dentro o fuera de la zona afectada por la catástrofe.*

ARTICULO CUARTO. *Modifíquese el artículo 4° del Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, el cual quedará así: Requisitos para cada año que se solicite la exención.*

Para que proceda la exención sobre el impuesto de renta y complementarios de que trata el presente decreto, a partir del año gravable de 1994 los contribuyentes deberán enviar a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales que corresponda a su domicilio o asiento principal de sus negocios, antes del 30 de marzo del año siguiente al gravable, los siguientes documentos e informaciones:

1°. Certificación expedida por el Alcalde respectivo, en la cual conste que la empresa o establecimiento objeto del beneficio se encuentre instalada físicamente en la jurisdicción de uno de los municipios a que se refiere el artículo 1° de este Decreto.

2°. Certificación del Revisor Fiscal o Contador Público, según corresponda, en la cual conste:

a) Que se trata de una inversión en una nueva empresa establecida en el respectivo municipio entre la fecha en que empezó a regir el presente decreto y el 31 de diciembre del año 2003.

b) La fecha de iniciación del período productivo o de las fases correspondientes a la etapa improductiva.

c) El monto de la inversión efectuada y de la renta exenta determinada de acuerdo con lo establecido en el presente decreto.

3°. Cuando se trata de unidades económicas preexistentes al sismo o avalancha del río Páez, o de empresas o establecimientos que se encuentren en período improductivo o que sean de tardío rendimiento, certificación que determina y precise la fase improductiva o de tardío rendimiento y el año de obtención de utilidades expedida por el Ministerio de Agricultura si se trata de empresas agrícolas o ganaderas, por el Ministerio de Desarrollo Económico si se trata de empresas comerciales, industriales y turísticas o por el Ministerio de Minas y Energía tratándose de actividades mineras.

ARTICULO QUINTO. *Cuando se efectúen nuevas inversiones por empresas domiciliadas en el país, el monto del desembolso será deducible de la renta del ente inversionista.*

PARAGRAFO. *Las utilidades líquidas o ganancias ocasionales obtenidas durante un periodo y las inversiones que una empresa nacional o extranjera realice en los municipios señalados en el artículo 1° de esta Ley durante los cinco (5) años siguientes a 1994, constituye renta exenta por igual monto al invertido, para el año gravable siguiente.*

En caso de que las nuevas empresas establecidas generan pérdidas, la exención se podrá solicitar en los períodos gravables siguientes hasta completar el cien por ciento (100%) del monto invertido.

El inversionista podrá optar por aplicar el valor invertido como un menor valor del impuesto por pagar o como renta exenta. En ningún caso podrá aplicarlo simultáneamente a ambos rubros.

ARTICULO SEXTO. *La maquinaria, equipos, materias primas, y repuestos nuevos o de modelos producidos hasta con cinco (5) años de antelación al momento de importarlos que se instalen o utilicen en los municipios contemplados en el artículo 1° de la presente ley, estarán exentos de todo impuesto, tasa o contribución, siempre que la respectiva Licencia de importación haya sido aprobada por el Ministerio de Comercio Exterior a más tardar el día 31 de Diciembre del año 2003.*

ARTICULO SEPTIMO. *En cumplimiento de los artículos (13), inciso final, y sesenta y seis (66) de la Constitución Política, el Gobierno Nacional, en un plazo no mayor de noventa (90) días contados a partir de la promulgación de esta ley, creará una línea especial de crédito subsidiado de fomento para apoyar el establecimiento de nuevas empresas o reinstalar y reactivar unidades económicas productivas preexistentes, en los sectores primario, secundario y terciario, en la zona afectada por el fenómeno natural en los Departamentos de Cauca y Huila, con destino a la confinanciación de capital de trabajo y activos fijos.*

PARAGRAFO. *Los créditos a que se refiere el presente artículo tendrán plazo entre seis (6) y ocho (8) años, periodo de gracia hasta por dieciocho meses y tasa equivalente al DTF+1.*

ARTICULO OCTAVO. *Las donaciones realizadas por personas naturales o jurídicas a entidades que laboren en la rehabilitación de los damnificados y zonas afectadas,*

estarán exentas de todo impuesto, tasa o contribución, hasta el 31 de diciembre del año 2003, y no requerirán del procedimiento de insinuación judicial establecido en el artículo 1458 del Código Civil, conforme lo establece el artículo 5° del decreto N° 1264 del 21 de junio de 1994.

(...)

ARTICULO DECIMO. *La Corporación Nasa Kiwe promoverá y apoyará, financiera y técnicamente, la conformación de empresas individuales, familiares o asociativas con los damnificados por la catástrofe natural, las cuales gozarán de las exenciones y beneficios fijados por esta ley.*

ARTICULO DECIMOPRIMERO. *Modifíquese el artículo 6 del Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, el cual quedará así: Los contribuyentes que se acojan a los beneficios preceptuados por este decreto inscribirán sus libros contables ante la Cámara de Comercio o en la División de Fiscalización de la Administración de Impuesto y Aduanas Nacionales que corresponda al lugar de sus actividades económicas; registrarán todas las operaciones relacionadas con el giro ordinario de sus negocios y demostrarán que cumplen con la condición de generar el ochenta por ciento (80%) de la producción en la zona afectada.*

Cuando se instituyen empresas, sociedades o establecimientos con el ánimo de usarlas fraudulentamente para obtener los beneficios ordenados por este decreto; o aparenten estar ubicadas en las áreas afectadas con el fin de evadir el pago de impuestos; o simulen operaciones para lograr indebidas exenciones, la Administración de Impuestos y Aduanas respectiva desconocerá las rentas exentas solicitadas, los costos y deducciones fingidas e impondrá las sanciones a que haya lugar.

ARTICULO DECIMOSEGUNDO. *La instalación de nuevas empresas y las ampliaciones significativas en empresas establecidas en la zona afectada por el fenómeno natural a que se refiere esta Ley, podrán ser de carácter nacional, binacional y multinacional y estarán sujetas a las siguientes normas:*

a) La importación de bienes de capital no producidos en la subregión andina y destinados a empresas de los sectores primario, secundario y terciario, estarán exentos de aranceles por un término de cinco (5) años contados a partir de la promulgación de la presente Ley.

La dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o quien haga sus veces reconocerá, en cada caso, el derecho a esta exención, de conformidad con la reglamentación dictada al efecto por el Gobierno Nacional.

b) Tendrán libertad de asociarse con empresas extranjeras.

c) Los bienes introducidos a la zona determinada por el artículo primero de la presente Ley que importen al resto del territorio nacional se someterán a las normas y requisitos ordinarios aplicados a las importaciones.

PARAGRAFO. *Para los efectos establecidos en esta Ley, se entiende por instalación de nueva empresa aquella que se constituye dentro de los cinco años posteriores a la promulgación de la presente Ley, para lo cual el empresario deberá manifestar ante la Administración de Impuestos respectiva la intención de establecerse en la zona afectada, indicando el capital, lugar de ubicación y demás requisitos que, mediante reglamento, establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. No se entenderán como empresas nuevas aquellas que ya se encuentran constituidas y sean objeto de reforma estatutaria para cambio de nombre, propietarios o fusión con otras empresas. Para los efectos establecidos en la presente Ley, se entiende por ampliaciones significativas en empresas establecidas, aquellas que inicien dentro de los cinco (5) años posteriores a la promulgación de la presente Ley y que constituyan un proyecto de ampliación que signifique un aumento en su capacidad productiva de por lo menos un treinta por ciento (30%) de los que actualmente produce, el cual deberá ser aprobado, para efecto de gozar de las exenciones contempladas en ésta Ley, por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales o quien haga sus veces, previo el cumplimiento de los requisitos que por reglamento ella establezca.*

II. ANTECEDENTES

1. Mediante oficio de Agosto 16 de 1995, el Presidente del Senado de la República, remitió a esta corporación el Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara "Por la cual se modifica el Decreto 1264 del 21 de junio de 1994, proferido en desarrollo de la emergencia declarada mediante decreto N° 1178 del 9 de junio de 1994 y se dictan otras disposiciones", el cual fue objetado parcialmente por el Gobierno Nacional.

2. El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministro de Hacienda, objetó, por inconstitucionales, los artículo 1° a 8° y 10° a 12°, por considerarlos violatorios de los artículos 151, 154 y 215-6 de la C.P. Además, objetó el proyecto en su totalidad por violación del plazo indicado en el artículo 160 inciso 1° de la C.P.

3. Recibido el concepto del Procurador General de la Nación, mediante auto de septiembre dos de mil novecientos noventa y cinco, se asumió la revisión de las normas objetadas.

4. En sentencia C-407 de 1995 la Corte Constitucional resolvió:

"PRIMERO.- *Declarar* ***EXEQUIBLES****, desde el punto de vista material, los artículos 1 a 8 y 10 a 12 del Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara, por haberse encontrado infundadas las objeciones formuladas por el Presidente de la República, en cuanto no se vulneraron los artículos 151, 154 y 215-6 de la Constitución.*

"SEGUNDO.- *Declarar* ***INEXEQUIBLE*** *el Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara desde el punto de vista formal, por haberse encontrado fundada la objeción formulada por el Presidente de la República, toda vez que entre el primero y segundo debate del proyecto en la Cámara de Representantes no medió el término exigido en el artículo 160 de la Constitución.*

"TERCERO.- En cumplimiento de los dispuesto en el parágrafo del artículo 241 de la Constitución Política, devolver al presidente del Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara, para lo de su competencia, por tratarse de un vicio de procedimiento subsanable, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, fijar el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha en que se reciba el expediente, para que el Congreso de la República subsane el vicio observado, de conformidad con lo dispuesto por la Corte en sus consideraciones respecto de la cuarta objeción, ejecutado lo cual se enviará inmediatamente el proyecto a la Corte, para que ésta proceda a decidir sobre la exequibilidad del mismo."

5. Vencido el término de treinta días otorgado en la sentencia C-407 de 1995, la Corte pasa a decidir sobre la exequibilidad del proyecto objetado.

III. FUNDAMENTOS

Competencia.

1. La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia por tratarse de objeciones presidenciales a un proyecto de ley (Art. 241-8 de la C.P.).

Subsanación del vicio formal

2. En la Sentencia C-407 de 1995 la Corte Constitucional otorgó al Congreso de la República un término de treinta días para subsanar el vicio anotado en los antecedentes. La Sentencia fue notificada al Senado de la República el día 15 de Septiembre de 1995, como consta en el oficio N° 165 remitido por la Secretaria General de la Corte a dicha corporación y que obra en el expediente.

El día once (11) de octubre, dentro del término, el Presidente(E) del Senado de la República remitió a la Corte Constitucional el expediente legislativo del Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara, en el cual aparece constancia firmada por el Secretario General de la Cámara de Representantes conforme a la cual el día tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995) se estudió y aprobó por unanimidad de los presentes (152 Representantes) el proyecto de ley objetado.

En consecuencia, considerando que el Congreso de la República subsanó, dentro del término otorgado por la Corte Constitucional, el vicio de forma, se declarará la exequibilidad del Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara desde el punto de vista formal, por haberse subsanado el vicio dentro del término indicado en la sentencia C-407 de 1995.

Segundo.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-407 de 1995 en la que se declararon infundadas las objeciones formuladas por el Presidente de la República a los artículos 1 a 8 y 10 a 12 del Proyecto de Ley N° 43/94 Senado - 118/95 Cámara, en cuanto no se vulneraron los artículos 151, 154 y 215-6 de la Constitución.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 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

EXCUSA 1995
OCTUBRE

AUTO No. E-004
octubre 12 de 1995

EXCUSA-Competencia de la Corte Constitucional

La competencia no surge de la ley que expidió el Reglamento del Congreso, sino de la misma Constitución Política en sus artículos 241 numeral 6o. y 137, toda vez que ellos atribuyen a esta Corte la función constitucional de resolver acerca de las excusas de quienes se han negado a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas ante "cualquier comisión permanente", lo que no se refiere solamente a las Comisiones Constitucionales, sino también a las legales de carácter permanente dentro de las cuales se encuentra la "Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes", en desarrollo del principio universal según el cual, cuando la norma no distingue, no le es dable al intérprete distinguir.

FUERO PRESIDENCIAL

El Presidente de la República posee un fuero especial de carácter constitucional, en virtud del cual, como ocurre con otros altos funcionarios del Estado, no se le puede investigar y acusar por delitos cometidos, bien sea con anterioridad al ejercicio de sus funciones o durante el período para el cual fue elegido, ante los jueces ordinarios, sino ante organismos competentes de jerarquía superior, establecidos en la misma Constitución Política.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia para juzgar a altos funcionarios

*Es claro que, cuando se trata de hechos que dan lugar a responsabilidad del Presidente de la República por infracción que merezca otra pena distinta de las mencionadas en el artículo 175 de la Carta, la facultad de juzgamiento de éste la tiene la **Corte Suprema de Justicia**, al igual que cuando se refiera a delitos comunes en que incurra el mismo funcionario, situaciones en las cuales el Senado aparte de aplicar cualquiera de las sanciones que pueda imponer, declarará si hay o no lugar a seguimiento de causa, para que en caso afirmativo pueda ponerse al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia. Esta misma regulación rige para los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación.*

CAMARA DE REPRESENTANTES-Competencia para investigar y acusar al Presidente de la República

Para la Corte Constitucional la competencia para investigar y acusar al Presidente de la República, la tiene al tenor de las normas constitucionales vigentes, la Cámara de Represen-

tantes, sin perjuicio de la atribución constitucional de carácter especial del señor Fiscal General de la Nación de formular las denuncias contra el mismo, cuando encuentre en cualquier momento, que haya lugar a ello.

EXCUSA-Improcedencia

La circunstancia de haberse rendido una indagatoria ante la Fiscalía Regional, en relación con la investigación penal que se lleva a efecto con respecto a la financiación de la campaña presidencial de 1994, no exime de la obligación de declarar como testigo ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes sobre los hechos relacionados directamente con las indagaciones que la citada Comisión adelanta, con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-No quebrantamiento

No se quebranta en este caso el precepto superior según el cual, "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho", conocido universalmente como el principio "non bis in idem", pues en el presente asunto el señor ... es objeto de investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación donde rindió indagatoria, mientras que la citación que le hace el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes es en una condición y en un proceso diferentes como testigo, a fin de esclarecer dentro de la verdad real, la conducta del señor Presidente de la República en relación con la financiación de la campaña presidencial "con respecto a los hechos que tienen que ver directamente con las indagaciones que dicha Comisión adelanta".

DERECHO A LA VIDA-Protección estatal

Son las autoridades, las llamadas a garantizar el derecho a la vida del declarante, para los efectos de que se pueda cumplir con el deber de rendir el testimonio solicitado, pues de lo contrario éste se haría siempre nugatorio, frente al riesgo de que se atente contra el derecho a la vida de una persona obligada a comparecer en los términos del artículo 137 de la Constitución, cuando lo procedente no es impedir el cumplimiento de una obligación, sino la intervención de las respectivas autoridades a fin de prestarle a la persona la protección indispensable para asegurar el cumplimiento de dicho deber. Además, el solo hecho de declarar no lo coloca en riesgo, pero si las circunstancias lo crearan, corresponde entonces a las autoridades prestar la debida protección, de acuerdo a las normas indicadas.

PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL/TESTIGO-Obligaciones/**CAMPAÑA PRESIDENCIAL**-Financiación

Sin perjuicio de la decisión que le corresponde a la Comisión, de determinar la viabilidad de hacer uso de la prueba trasladada de conformidad con lo previsto en el artículo 255 del C. de P.P., en relación con la indagatoria y ampliación de la misma, rendida por el señor ... ante la Fiscalía Regional, lo que no es del resorte de esta Corporación, debe recalcarse que lo que se pretende realmente ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, no es que el citado ciudadano actúe como inda-

gado dentro de las diligencias adelantadas por la referida Comisión, sino como testigo para que rinda la declaración que se le solicita en lo concerniente exclusivamente a la conducta del señor Presidente de la República, en relación con la financiación de su campaña presidencial, razón por la cual este argumento tampoco tiene asidero para que se pueda admitir como justificada jurídicamente la renuencia a declarar ante el Representante Investigador. Por lo anterior, la Corte estima que, al no estar fundamentadas jurídicamente las razones aducidas por el señor ... para negarse a rendir el referido testimonio ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, se dispondrá que dicho ciudadano deberá rendir la declaración solicitada.

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION

Habrá de darse cumplimiento estricto al artículo 33 de la Constitución Política, según el cual, "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo", con respecto a las preguntas que se le formulen, en armonía con el artículo 283 del C. de P.P. De la misma manera, no estará obligado a absolver las preguntas tendientes a restringir sus derechos y garantías constitucionales, consagrados en la Carta Fundamental. Igualmente, deberá observarse la relación directa entre los hechos objeto de las preguntas y las indagaciones que la Comisión adelanta, necesarias para el desarrollo y cumplimiento de la investigación, dentro de la diligencia testimonial a efectuarse en el lugar donde se encuentra el declarante.

Referencia: Expediente No. E-004.

Excusa presentada por el señor SANTIAGO MEDINA SERNA a la Comisión de Investigación y Acusación de la H. Cámara de Representantes.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, D.C., octubre doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

Mediante oficio distinguido con el Número 660 del 3 de octubre de 1995, el Secretario General de la Comisión de Investigación y Acusación de la H. Cámara de Representantes, se dirigió a la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"En cumplimiento al auto dictado por el Representante Investigador Heyne Mogollón Montoya, dentro de las diligencias investigativas de la referencia (expediente No. 597) para su información, transcribo lo siguiente:

"e) Guardando el criterio de la Corte Constitucional plasmado en el numeral 3o. del auto fechado septiembre 28 de 1995, se ordena insistir para que rinda declaración jurada dentro de las preliminares, el señor Santiago Medina Serna, el día miércoles 4 a las 2:00 p.m.".

En providencia de septiembre 28 de 1995, la Sala Plena de la Corporación advirtió que en el asunto sub-examine la Corte Constitucional estaría atenta a dar cumplimiento estricto y fiel

a la función a ella encomendada por la Constitución Política de Colombia en su artículo 241 numeral 6o., que ordena perentoriamente que "*a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*", para lo cual tendrá dentro de sus funciones, la de "*Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución*".

Igualmente se expresó en el mismo proveído que para que la Corte Constitucional entrara a resolver sobre la validez de la excusa del señor SANTIAGO MEDINA SERNA a rendir declaración ante la Comisión de Investigación y Acusación de la H. Cámara de Representantes, se requería que se configuraran los siguientes presupuestos, conforme a lo establecido en el citado artículo 137 constitucional: a) que la Comisión Permanente emplazare a la persona para que rinda declaración oral o escrita sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelanta; b) que el citado se excusare de asistir, y c) que la Comisión insistiere en llamarlo.

Con los documentos que obran en el expediente, la Corporación ha verificado que todos los requisitos señalados anteriormente se encuentran cumplidos plenamente, razón por la cual se configura la competencia de la Corte Constitucional para resolver acerca de la excusa del citado a rendir la declaración jurada requerida, en las diligencias preliminares adelantadas por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, dentro de la causa que ésta adelanta, con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano en relación con la financiación de la pasada campaña electoral.

Esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre su competencia en el caso sub-lite, señalando que ésta no surge de la ley que expidió el Reglamento del Congreso (Ley 5a. de 1992), sino de la misma Constitución Política en sus artículos 241 numeral 6o. y 137, toda vez que ellos atribuyen a esta Corte la función constitucional de resolver acerca de las excusas de quienes se han negado a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas ante "*cualquier comisión permanente*", lo que no se refiere solamente a las Comisiones Constitucionales, sino también a las legales de carácter permanente dentro de las cuales se encuentra la "*Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes*", en desarrollo del principio universal según el cual, cuando la norma no distingue, no le es dable al intérprete distinguir.

La Ley 03 de marzo 24 de 1992, "*Por la cual se expiden normas sobre las Comisiones del Congreso de Colombia y se dictan otras disposiciones*", estableció que en cada una de las Cámaras durante el período constitucional funcionarán las Comisiones Constitucionales Permanentes y las Comisiones Legales. En su artículo 12 se dispuso que el Reglamento Interno del Senado y de la Cámara de Representantes determinará el número de integrantes, competencias y procedimientos de las Comisiones Legales, y se agregó en el artículo 13 ibídem que una vez expedida la ley, las Cámaras procederían a integrar las Comisiones Permanentes, de conformidad con sus disposiciones.

Ahora bien, según el artículo 308 de la Ley 5a. de 1992, "*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*", para el período constitucional y legal respectivo, la Cámara de Representantes elegirá las Comisiones Legales de Cuentas y de Investigación y Acusación. En el artículo 310 del mismo estatuto se le asigna a la Comisión Legal de Cuentas el carácter de permanente, que desde luego tiene la Comisión de Investigación

y Acusación, elegida para el período constitucional respectivo, con las funciones detalladas en el artículo 312 de la ley en referencia.

Si bien es cierto que el artículo 236 de la ley por medio de la cual se expidió el Reglamento del Congreso establece que las indagaciones de que trata el artículo 137 de la Constitución Política, se harán ante la Comisión Constitucional Permanente a la cual corresponda, según la materia de sus competencias, no hay duda a juicio de esta Corporación, como ya tuvo oportunidad de afirmarlo en providencia de septiembre 28 de 1995, de que "*tanto con respecto de las Comisiones Constitucionales Permanentes como en relación con la Comisión Permanente de carácter legal denominada de "Investigación y Acusación" de que se habla, es aplicable para los efectos de la competencia de la Corte Constitucional en el asunto materia de estudio, lo previsto en el artículo 137 superior, según el cual, "cualquier Comisión Permanente" podrá emplazar a toda persona natural o jurídica para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la Comisión adelante*".

En tal virtud, si quien hubiese sido citado se excusare de asistir a cualquier Comisión Permanente invocando motivos constitucionales o legales y la Comisión insistiere en llamarlo, es a la Corte Constitucional a quien corresponde resolver sobre dicha renuencia, dentro de la función constitucional consagrada en el artículo 241 de la Carta Política, según el cual:

> *"A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución".*

Por lo demás, es procedente aplicar en este caso lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución Política, que preceptúa que: "*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*". E igualmente, el artículo 4o. del mismo Reglamento del Congreso (Ley 5a. de 1992), señala la jerarquía de la Constitución en los siguientes términos: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución ***y esta ley de Reglamento*** u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (destaca la Corte).

Con lo anterior queda clara, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y legales aludidos, la competencia de la Corte Constitucional para resolver sobre la renuencia del señor SANTIAGO MEDINA SERNA a rendir la declaración requerida por la Comisión Permanente de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, toda vez que se encuentran satisfechos los presupuestos de que trata el artículo 137 de la norma superior, razón por la cual procede la Corporación a decidir con respecto de la misma, dentro de su función constitucional, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Sala Plena de la Corte Constitucional recibió, previa la citación correspondiente, en audiencia privada, al señor SANTIAGO MEDINA SERNA y a su apoderado, doctor ALEJAN-

DRO HERNANDEZ MORENO, el día viernes 6 de octubre de 1995, quienes tuvieron oportunidad de expresarle a la Corporación las razones por las cuales el citado MEDINA SERNA fue renuente a rendir la declaración requerida ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, doctor HEYNE SORGE MOGOLLON MONTOYA, quien igualmente ostenta la calidad de Presidente de dicha Comisión.

Las razones mediante las cuales el mencionado ciudadano funda su negativa para rendir la declaración jurada en referencia, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Al rendir indagatoria el señor SANTIAGO MEDINA SERNA ante la Fiscalía Regional el 28 de julio de 1995, expresó su interés de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal, suministrando información y documentos que han contribuído eficientemente al esclarecimiento de los hechos en relación con la infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994, lo que hizo posible la vinculación procesal y la detención preventiva de algunas personas.

b) El 12 de septiembre de 1995, el citado ciudadano amplió su indagatoria informando aspectos nuevos de los hechos materia de investigación, de manera que sus revelaciones a la Fiscalía afectan los intereses de muchas personas y ponen a otras en posibilidad de ser vinculadas al proceso penal que se adelanta ante esa entidad.

c) En el evento de declarar ante el Representante Investigador, se vería precisado a repetir todo cuanto ha informado a la Fiscalía con grave riesgo para su vida y para el éxito del proceso de colaboración, de manera que su renuencia a rendir testimonio obedece al propósito de proteger su derecho fundamental a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Carta Política.

d) Al tener que rendir declaración bajo juramento ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes sobre los mismos hechos, tendría que hacerlo sin la presencia de su defensor, para reiterar lo dicho en más de treinta horas de declaraciones injuradas, por lo cual ha solicitado a dicho funcionario que requiera a la Fiscalía las actas de las copias en que constan sus intervenciones procesales, haciendo uso de la prueba trasladada con las formalidades que prevén los artículos 255 y 186 del Código de Procedimiento Penal, lo cual surtirá el mismo efecto que el perseguido al escuchar de viva voz el testimonio del citado.

e) Si el testigo hubiese accedido a declarar ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, su derecho de defensa habría sido vulnerado, además de que el artículo 258 del Código de Procedimiento Penal prevé la posibilidad de que un testigo se niegue a declarar contra sí mismo o contra sus parientes sin que ello pueda ser motivo de sanción alguna (artículo 33 CP.).

f) La multiplicidad de temas tratados, la cantidad de documentos examinados y de personas involucradas, darían lugar a correr el riesgo de incurrir en *"graves contradicciones"* que posteriormente pueden ser utilizadas en su contra.

g) La Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no tiene competencia para investigar al Presidente de la República ya que de acuerdo a los preceptos constitucionales, ésta corresponde exclusiva y privativamente al Fiscal General de la Nación.

Por lo anterior, solicita que la Corte Constitucional resuelva que no está obligado a declarar ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes.

Considera la Sala Plena de la Corte Constitucional que para poder resolver si el señor Santiago Medina Serna está obligado o no a declarar ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes dentro de las diligencias preliminares que ésta adelanta con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República en relación con la infiltración de dineros del narcotráfico para la financiación de la campaña electoral de 1994, se hace preciso e inevitable antes que todo, examinar la competencia constitucional de la referida Comisión y desde luego, de la Cámara de Representantes para investigar y acusar al Presidente de la República por la presunta comisión de delitos, circunstancia ésta que constituye una de las razones fundamentales aducidas por el señor apoderado de la persona emplazada a rendir declaración jurada ante el Representante Investigador de esa célula legislativa, además de la indispensable definición que debe adoptarse acerca de si con la citación correspondiente se quebrantan los derechos fundamentales y garantías constitucionales invocados por el mismo ciudadano.

Responsabilidad y Juzgamiento del Presidente de la República.

El artículo 116 de la Carta Fundamental le otorga a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, la sagrada misión de administrar justicia. También la tiene la Justicia Penal Militar e igualmente, el Congreso de la República puede ejercer determinadas funciones judiciales de acuerdo al precepto constitucional citado.

Es la Constitución Política de Colombia la que determina la competencia para la investigación, acusación y juzgamiento del Presidente de la República y de los más altos funcionarios que gozan de fuero constitucional, como es el caso de quien haga las veces de éste, de los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal General de la Nación.

La Carta Política de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación como uno de los organismos fundamentales para el fortalecimiento de la administración de justicia, integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El artículo 250 de la Carta Fundamental le otorgó a la Fiscalía General de la Nación la función primordial de investigar de oficio o mediante denuncia o querella los delitos, y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, excepción hecha de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo. Igualmente, el artículo 251 ibídem consagró como función especial del Fiscal General de la Nación, la de "*investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución*".

El Presidente de la República posee un fuero especial de carácter constitucional, en virtud del cual, como ocurre con otros altos funcionarios del Estado, no se le puede investigar y acusar por delitos cometidos, bien sea con anterioridad al ejercicio de sus funciones o durante el período para el cual fue elegido, ante los jueces ordinarios, sino ante organismos competentes de jerarquía superior, establecidos en la misma Constitución Política.

Es así como el artículo 198 constitucional prescribe que: "*El Presidente de la República o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes*", lo que hace relación a infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones como Presidente.

De otro lado, el artículo 199 superior determina que: "*El Presidente de la República durante el período para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa*", consagrando una protección especial para quien ostenta la calidad de Presidente de la República, según la cual, durante el período de su mandato constitucional no puede ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes, así éstos se hubiesen cometido con anterioridad a su elección.

Por su parte, el artículo 174 de la Carta Política establece que: "*Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos*", precepto que extiende el fuero especial constitucional para el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado mencionados en la citada disposición, no obstante que hubiese expirado el período presidencial respectivo y siempre que se trate de infracciones en que hayan incurrido en el desempeño de las funciones inherentes al respectivo cargo.

Como antes se anotó, de conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Congreso ejerce determinadas funciones judiciales. Una de ellas es la contemplada en el artículo 178 del mismo estatuto, según el cual:

"La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

...

3. Acusar ante el Senado cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República, o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Constitucional, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los Magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

...

5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente".

Así mismo, el artículo 142 de la Constitución Política señala que: "*La ley determinará el número de Comisiones Permanentes y el de sus miembros, así como las materias de las que cada una deberá ocuparse".*

Como ya se indicó, conforme al artículo 174 de la normatividad constitucional, al Senado corresponde conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, o quien haga sus veces, en la forma prevista en los numerales 2o. y 3o. de la Carta Política, según los cuales:

"En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

...

2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

...".

En concordancia con lo anterior, el artículo 235 de la Carta Política determina que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: *"(...) 2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174 por cualquier hecho punible que se le impute conforme al artículo 175 numerales 2 y 3".*

La función de investigación y acusación de la Cámara de Representantes con respecto a las causas constitucionales por parte del Presidente de la República, se conservó por el constituyente de 1991, confiando en que su altísimo encargo se realice en condiciones de severidad, pero también de respeto a las garantías individuales que la Constitución y las leyes consagran dentro del respectivo proceso, a fin de establecer la responsabilidad del Presidente frente a la existencia de dichas causas y en relación con la comisión de delitos, debiendo seguirse por el Senado, las regulaciones previstas en los artículos 174 y 175 de la Constitución Política.

Es claro que, cuando se trata de hechos que dan lugar a responsabilidad del Presidente de la República por infracción que merezca otra pena distinta de las mencionadas en el artículo 175 de la Carta, la facultad de juzgamiento de éste la tiene la *Corte Suprema de Justicia,* al igual que cuando se refiera a delitos comunes en que incurra el mismo funcionario, situaciones en las cuales el Senado aparte de aplicar cualquiera de las sanciones que pueda imponer, declarará si hay o no lugar a seguimiento de causa, para que en caso afirmativo pueda ponerse al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia. Esta misma regulación rige para los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación.

Ciertamente el Fiscal General de la Nación, de acuerdo con el artículo 251 numeral 1o. de la Carta, tiene entre sus funciones especiales la de investigar y acusar si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, *con las excepciones previstas* en la Constitución. Dicha función se refiere a los funcionarios relacionados en el numeral 4o. del artículo 235 superior, según el cual:

"Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

...

2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.

...

*4. Juzgar, **previa acusación del Fiscal General de la Nación**, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos que se les imputen" (negrillas fuera de texto).*

De esta manera, a juicio de la Corte, *"las excepciones previstas en la Constitución"* con respecto a la función especial del Fiscal General de la Nación para investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, hacen referencia a aquellos dignatarios relacionados en el artículo 174 de la Carta, en armonía con el artículo 178 numeral 3o. ibídem, según los cuales, corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el mismo Fiscal General de la Nación.

Así pues, estima la Corte que la potestad constitucional para investigar y acusar al Presidente de la República o quien haga sus veces, bien sea por actos u omisiones ocurridos en el desempeño de sus funciones, o cuando hubiere causas constitucionales, o por delitos comunes cuyos hechos lo puedan constituir responsable de infracción, la tiene la Cámara de Representantes al tenor de los preceptos constitucionales citados, pues no tendría fundamento alguno, salvo norma exceptiva, que quien ostenta la facultad de acusar no pudiese tener la de investigar.

Para reafirmar las consideraciones expresadas sobre el tema, conviene recordar los antecedentes históricos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 donde se debatió lo relativo al fuero presidencial. Fue así como en el debate adelantado en la Comisión Cuarta de esa Corporación, el texto inicialmente aprobado por esta el 15 de mayo de 1991 estableció como atribución especial del Fiscal General de la Nación:

"1. Investigar y acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional".

El proyecto de articulado mencionado fue criticado en el Informe de Minoría de la Comisión a la Plenaria, al señalar que la fórmula de aquella "*implica una peligrosa concentración de funciones en un solo funcionario, la dictadura del Fiscal, quien por lo demás estaría habilitado para investigar y acusar a los altos funcionarios, actividades que para ellos hoy ejercen órganos colegiados -incluso al Presidente de la República-*".

De ahí que en el Primer Debate en Plenaria quedó aprobada la siguiente fórmula, habiéndose modificado el artículo acogido por la Comisión en referencia:

"Son atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación: (...) investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, ***con excepción del Presidente de la República*** *" (lo resaltado no es del texto).*

Posteriormente, en la codificación para Segundo Debate en Plenaria se modificó el término "*atribución*" por "*función*", y se incorporó a la excepción a quien además del Presidente de la República hiciera sus veces.

Por último, en el Segundo Debate adelantado en la Plenaria de la Asamblea Constituyente, se aprobó el artículado vigente contenido en el artículo 251, con el siguiente texto: "*Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución*".

Es decir, que dentro de las excepciones señaladas en la Constitución para investigar y acusar a los altos funcionarios por parte del Fiscal General de la Nación, quedaron comprendidos el Presidente de la República y quien haga sus veces, los Magistrados de las Altas Corporaciones de la Justicia colombiana, y el mismo Fiscal General de la Nación, relacionados en los artículos 174 y 178-3 de la Carta Política.

De lo anterior se colige que al tenor de los preceptos constitucionales examinados, la potestad para investigar y acusar al Presidente de la República o a quien haga sus veces, así como a los demás funcionarios de alto rango constitucional, incluído el señor Fiscal General de la Nación, la tiene la Cámara de Representantes, quien como lo expresa el numeral 5o. del artículo 178 de la norma superior, puede requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

Para la Corte Constitucional, como ya se ha anotado, cuando el artículo 251 de la Carta Fundamental señala como función especial del Fiscal General de la Nación, la de "*investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional*", se refiere a quienes se encuentran relacionados en el numeral 4o. del artículo 235 de la Constitución Política, que le da atribución a la Corte Suprema de Justicia para juzgar, ***previa acusación del Fiscal General de la Nación****, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la Repúlbica, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen*", de donde se deduce la facultad del Fiscal General de la Nación de acusar a es tos servidores con fuero constitucional, siendo inherente desde luego para dichos efectos, la potestad de investigar, es decir que quien acusa es el mismo funcionario que investiga.

En armonía con lo anterior, el numeral 3o. del artículo 305 de la Ley 5a. de 1992 le da la atribución especial a la Cámara de Representantes de "*acusar ante el Senado, cuando hubiere*

causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Constitucional, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los Magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación".

Por su parte, el artículo 312 de la Ley 5a. de junio 17 de 1992, "*por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*", consagró las funciones que le corresponde cumplir a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes en los siguientes términos:

*"**Funciones**. La Comisión de Investigación y Acusación cumplirá las siguientes funciones:*

1. Preparar proyectos de acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

2. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación, o por los particulares contra los expresados funcionarios, que presten mérito para fundar en ella acusación ante el Senado.

3. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las actividades que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

4. La iniciación de las investigaciones también procederá de oficio.

5. Las demás atribuciones que para el cabal cumplimiento de sus fines y cometidos le sea asignado por las leyes" (negrillas fuera de texto).

Desde luego que lo anterior se predica sin perjuicio de la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, deba ésta institución de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, con la salvedad de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Como tuvo oportunidad de expresarlo la Sala Plena de la Corte Constitucional en su providencia de 28 de septiembre de 1995, es bien sabido que el estado social de derecho consagrado en la Carta Política de 1991, configura un gobierno de leyes por encima de las personas, estando éstas obligadas a obedecerlas y cumplirlas, a fin de que pueda asegurarse la justicia dentro del marco jurídico que garantice el verdadero orden político y social justo, que constituye el pilar fundamental de la vida democrática de la Nación.

El anhelo vehemente porque los preceptos constitucionales y legales se apliquen con todo vigor dentro de la más absoluta transparencia a quienes los infrinjan, se halla en la conciencia de

los ciudadanos, con la confianza de que quienes ejerzan funciones judiciales, como es el caso del Congreso, aseguren la responsabilidad de los gobernantes, dentro de la observancia del debido proceso y de la presunción de inocencia consagrados en la Constitución Política de Colombia.

Como es ampliamente conocido por la opinión nacional, la Fiscalía General de la Nación adelanta en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 250 de la Constitución Política, una investigación de carácter penal en relación con la financiación de la pasada campaña electoral, tendente a acusar si fuere del caso, a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Ello no se opone desde luego, a las indagaciones preliminares que dentro de su órbita de competencia se encuentra adelantando la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano, acerca de la infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994.

Ni tampoco puede deducirse que el Fiscal General de la Nación, dentro de la investigación que adelanta la Fiscalía, no pueda tener participación alguna en el evento de encontrar la configuración de hechos imputables en la misma investigación al Presidente de la República, toda vez, advierte la Corte, que dicho funcionario, es decir, el señor Fiscal General de la Nación, tiene como atribución especial y obligación de carácter constitucional, la de elevar las denuncias correspondientes contra el Presidente de la República o los altos dignatarios de que trata el artículo 178 numeral 3o. de la Constitución Política, de acuerdo con lo ordenado en el numeral 4o. de la misma disposición, según el cual: *"La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: (...) 4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado"*, dentro de los cuales se relaciona al Presidente de la República.

Este mismo precepto se halla incorporado también en el numeral 2o. del artículo 312 de la Ley 5a. de 1992, según el cual, "*a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes le corresponde dentro de sus funciones, conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación, o por los particulares contra los expresados funcionarios, que presten mérito para fundar en ella acusación ante el Senado*"; en dicha enumeración se encuentra el Presidente de la República. Todo esto indica que si el juicio en el Congreso requiere una investigación de la Cámara para que se ponga ésta en situación de acusar o no, debe poder hacer una instrucción especial y proporcionada al encargo que el constituyente le dio a aquella Corporación.

En conclusión, para la Corte Constitucional la competencia para investigar y acusar al Presidente de la República, la tiene al tenor de las normas constitucionales vigentes, la Cámara de Representantes, sin perjuicio de la atribución constitucional de carácter especial del señor Fiscal General de la Nación de formular las denuncias contra el mismo, cuando encuentre en cualquier momento, que haya lugar a ello.

Desde luego que la investigación que adelanta la Cámara de Representantes en relación con la conducta del Presidente de la República a que se ha aludido, está comprendida dentro de las funciones inherentes a esta Corporación, de que trata el numeral 4o. del artículo 312 de la Ley 5a. de 1992, según la cual, procede de oficio por parte de la Comisión de Investigación y Acusa-

ción de dicha célula legislativa, *"la iniciación de las investigaciones"*, y es claro para la Corte que frente a la petición formulada por el Presidente de la República a fin de que se diera apertura a dicha investigación en su contra, para esclarecer su conducta en relación con la financiación de la pasada campaña presidencial, la Cámara tiene plena potestad para decidir, si es del caso, iniciar la respectiva investigación, bien por determinación directa o a solicitud del mismo inculpado.

Examen de la Excusa.

Definida la competencia de la Cámara de Representantes para investigar y acusar al Presidente de la República, presupuesto esencial para resolver acerca de la excusa presentada por el señor Santiago Medina Serna de rendir declaración ante el Representante Investigador y Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, doctor Heyne Sorge Mogollón Montoya, sobre los hechos relacionados directamente con las indagaciones adelantadas por la Comisión, respecto de la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano, acerca de la financiación de la campaña electoral, procede la Corte a examinar la validez de dicha renuencia.

Ha expresado esta Corporación que para que sean procedentes las declaraciones orales o escritas ante cualquier Comisión Permanente por parte de una persona natural o jurídica, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 137 de la Constitución, "*debe sí existir una* ***relación directa*** *entre los hechos objeto de las preguntas y las indagaciones que la comisión adelante. Esta relación directa es la que hace pertinentes las declaraciones y excluye la posibilidad de que sean sólo fruto del capricho de la corporación o de alguno de sus integrantes. Dicho en otros términos: si existe la relación directa, hay una probabilidad grande de que el dicho del declarante sea útil o necesario para la Comisión*" (Excusa No. E-003 de mayo 20 de 1993 presentada por el ciudadano Plinio Apuleyo Mendoza a la Comisión V del Senado de la República, Sala Plena de la Corte Constitucional, MP. Dr. Jorge Arango Mejía).

Procede, entonces analizar cada una de las razones expuestas por el señor Santiago Medina Serna a través de su apoderado, como fundamento de la negativa a declarar ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representante el día 15 de septiembre de 1995, a fin de establecer por parte de esta Corporación, si dichos motivos tienen o no respaldo jurídico.

Afirma el apoderado del ciudadano Santiago Medina Serna, que éste rindió indagatoria el día 28 de julio de 1995 ante la Fiscalía Regional, la cual fue ampliada el 12 de septiembre del año en curso, expresando su interés de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, al haber suministrado información y aportado documentos que han contribuído eficientemente al esclarecimiento de los hechos, en relación con la infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994, lo que hizo posible la vinculación procesal y la detención preventiva de algunas personas, razón por la cual en el evento de declarar ante el Representante Investigador, doctor Heyne Sorge Mogollón Montoya, se vería precisado a repetir todo cuanto ha informado a la Fiscalía con grave riesgo para su vida y para el éxito del proceso de colaboración.

Sobre este aspecto, estima la Corte que la circunstancia de haberse rendido una indagatoria por parte del señor Santiago Medina Serna ante la Fiscalía Regional, en relación con la investigación penal que se lleva a efecto con respecto a la financiación de la campaña presidencial de

1994, no lo exime de la obligación de declarar como testigo ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes sobre los hechos relacionados directamente con las indagaciones que la citada Comisión adelanta, con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República.

En efecto, bien sabido es que, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 numeral 7o. de la Constitución Política, es deber de los ciudadanos colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, y de acuerdo con el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal, toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales.

No se quebranta en este caso el precepto superior según el cual, "*nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho*" (artículo 29), conocido universalmente como el principio "*non bis in idem*", pues en el presente asunto el señor Santiago Medina Serna es objeto de investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación donde rindió indagatoria, mientras que la citación que le hace el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes es en una condición y en un proceso diferentes como testigo, a fin de esclarecer dentro de la verdad real, la conducta del señor Presidente de la República en relación con la financiación de la campaña presidencial "*con respecto a los hechos que tienen que ver directamente con las indagaciones que dicha Comisión adelanta*".

El argumento según el cual el ciudadano Santiago Medina Serna expresó su interés de acogerse a los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, al suministrar información y documentos que han contribuído eficientemente al esclarecimiento de los hechos en relación con la infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994, no constituye razón jurídica para justificar la negativa a rendir declaración ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, pues el testimonio solicitado en principio en nada afecta las prerrogativas a que haya lugar en favor de quien se somete a dicho beneficio, por cuanto éste no depende de su declaración ante la Comisión, sino de la determinación que sobre el particular adopte la misma Fiscalía General de la Nación, ante quien se rindió la correspondiente indagatoria y se suministraron los informes que sirven de sustento para gozar de las concesiones dentro del respectivo proceso.

De otro lado, el citado ciudadano no se encuentra comprendido dentro de las excepciones consagradas en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, que hace relación a las personas que no están obligadas a declarar por razón de su ministerio, profesión u oficio.

Agrega el renuente a rendir la declaración requerida, que en el evento de declarar ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, se vería precisado a repetir todo cuanto ha informado a la Fiscalía, de manera que su negativa a rendir testimonio obedece al propósito de proteger su derecho fundamental a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Carta Política.

Empero, dicho argumento tampoco constituye razón jurídica para excusarse de rendir la declaración solicitada, por cuanto es claro que, de conformidad con el artículo 2o. de la Constitución, "*las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares*".

El artículo 250 de la Carta Fundamental establece como deber de la Fiscalía General de la Nación, *"(...) 2o. velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso"*, e igualmente, el articulo 178 superior determina que la Cámara de Representantes tendrá como atribución especial, *"requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen"*, lo que indica que son las autoridades, las llamadas a garantizar el derecho a la vida del declarante, para los efectos de que se pueda cumplir con el deber de rendir el testimonio solicitado, pues de lo contrario éste se haría siempre nugatorio, frente al riesgo de que se atente contra el derecho a la vida de una persona obligada a comparecer en los términos del artículo 137 de la Constitución, cuando lo procedente no es impedir el cumplimiento de una obligación, sino la intervención de las respectivas autoridades a fin de prestarle a la persona la protección indispensable para asegurar el cumplimiento de dicho deber. Además, el solo hecho de declarar no lo coloca en riesgo, pero si las circunstancias lo crearan, corresponde entonces a las autoridades prestar la debida protección, de acuerdo a las normas indicadas.

Por consiguiente, tampoco considera la Corte que sea viable como razón jurídica, la aducida por el citado para justificar su renuencia a declarar ante la citada Comisión.

Expresa igualmente el apoderado del señor Santiago Medina Serna, que la multiplicidad de temas tratados, la cantidad de documentos examinados y de personas involucradas, darían lugar a correr el riesgo de incurrir en "graves contradicciones" que posteriormente podrían ser utilizadas en su contra.

La Corporación estima que este argumento es inaceptable. Es característica de todo proceso, la búsqueda de la verdad real en relación con el esclarecimiento de los hechos -en este caso-, tanto en lo concerniente a la investigación adelantada por la Fiscalía Regional como en lo que hace referencia a las indagaciones que la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes adelanta acerca de la conducta del señor Presidente de la República con respecto a la financiación de la pasada campaña electoral.

De esta manera, en tratándose de los mismos hechos objeto de investigación, donde en una de ellas se es procesado y en la otra se pretende su actuación como testigo, no se configura el riesgo de incurrir en "graves contradicciones" cuando el propósito de quien formula cargos contra un tercero es el de responder con absoluta claridad y precisión a las preguntas que se le hagan, bajo la exhortación de decir la verdad y nada más que la verdad, con lo cual también deben garantizarse los derechos de las personas contra las cuales se rinde el respectivo testimonio.

De ahí que, la declaración contra un tercero está revestida de la formalidad del juramento (artículo 357 CPP.). Es por ello que el motivo de la excusa, por este aspecto también resulta infundado.

Sin perjuicio de la decisión que le corresponde a la Comisión, de determinar la viabilidad de hacer uso de la prueba trasladada de conformidad con lo previsto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la indagatoria y ampliación de la misma, rendida por el señor Santiago Medina Serna ante la Fiscalía Regional, lo que no es del resorte de esta Corporación, debe recalcarse que lo que se pretende realmente ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, no es que el citado ciudadano actúe como indagado dentro de las diligencias adelantadas por la referida Comisión, sino como testigo para que rinda la declaración que se le solicita en lo concerniente exclusiva-

mente a la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano, en relación con la financiación de su campaña presidencial, razón por la cual este argumento tampoco tiene asidero para que se pueda admitir como justificada jurídicamente la renuencia a declarar ante el Representante Investigador.

Por lo anterior, la Corte estima que, al no estar fundamentadas jurídicamente las razones aducidas por el señor Santiago Medina Serna para negarse a rendir el referido testimonio ante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, se dispondrá que dicho ciudadano deberá rendir la declaración solicitada.

Desde luego que la diligencia que adelante el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación para los efectos de oir en declaración sobre los hechos directamente relacionados con las indagaciones que la Comisión lleva a cabo, debe estar sometida a la plena observancia del debido proceso, de su derecho de defensa y de las garantías constitucionales en su favor.

En tal sentido, habrá de darse cumplimiento estricto al artículo 33 de la Constitución Política, según el cual, *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo"*, con respecto a las preguntas que se le formulen, en armonía con el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal.

De la misma manera, no estará obligado a absolver las preguntas tendientes a restringir sus derechos y garantías constitucionales, consagrados en la Carta Fundamental.

Igualmente, deberá observarse la relación directa entre los hechos objeto de las preguntas y las indagaciones que la Comisión adelanta, necesarias para el desarrollo y cumplimiento de la investigación, dentro de la diligencia testimonial a efectuarse en el lugar donde se encuentra el declarante.

III. CONCLUSION

De todo lo dicho, se desprende que la Cámara de Representantes es competente para investigar y acusar al Presidente de la República por las causas constitucionales previstas en la Constitución Política, sin perjuicio de la facultad especial del Fiscal General de la Nación para formular denuncia en cualquier momento ante la misma célula legislativa, cuando considere que hay mérito para ello, de acuerdo con el mandato consignado en el numeral 4o. del artículo 178 de la Carta, en armonía con el artículo 250 de la misma.

Es infundada y así se declarará, la excusa presentada por el ciudadano Santiago Medina Serna para rendir la declaración requerida por el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, doctor Heyne Sorge Mogollón Montoya. Por consiguiente, se dispondrá que aquél está obligado a rendir la declaración solicitada, para lo cual se le respetarán sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, en los términos de que trata esta providencia.

Esta decisión se publicará, por cuanto según el artículo 137 de la Constitución Política, la reserva sólo obliga durante el trámite, hasta la decisión.

IV. DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 y 241 numeral 6o. de la Carta Política,

RESUELVE:

Primero.- Declárase infundada la excusa presentada por el señor Santiago Medina Serna en relación con el emplazamiento que le hizo el Representante Investigador y Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.

En consecuencia, dicho ciudadano está obligado a rendir declaración dentro de las indagaciones que adelanta dicha Comisión, con el objeto de establecer la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano, en relación con la financiación de la campaña presidencial de 1994.

Para el efecto, deberán observarse las garantías constitucionales y respetarse los derechos fundamentales del señor Santiago Medina Serna, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Comuníquese al Representante Investigador y Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, así como al citado, por conducto de su apoderado, doctor Alejandro Hernández Moreno.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
-Con salvamento de voto-

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO AL AUTO No. E-004
octubre 12 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia de fijar competencia/**COMISION DE INVESTIGACION Y ACUSACION** (Salvamento de voto)

No le correspondía a la Corte entrar a dirimir si dicha Comisión Legal tiene o no competencia, dentro del proceso relacionado con el señor, para adelantar investigaciones al presidente de la República, y ha debido circunscribirse a la cuestión a ella planteada, dentro de los estrictos términos de los artículos 137 y 241 num. 6o. de la Constitución Política.

COMISION DE INVESTIGACION Y ACUSACION-Actuación sólo por denuncia o queja (Salvamento de voto)

La Cámara -en este caso la Comisión- debe actuar ***por denuncia o queja*** *presentada ante ella por el señor fiscal general de la Nación o por particulares. Podría admitirse que en ciertos casos la Cámara -o la Comisión de Investigación y Acusación- puedan actuar de oficio. Pero en parte alguna la Constitución autoriza para que pueda hacerlo a petición de parte. Y es evidente que en las circunstancias actuales la Comisión viene actuando no de oficio, ni por denuncia o queja del fiscal general de la Nación o de un particular, sino por solicitud expresa del presidente de la República, quien de esta manera, suscitó la iniciación del proceso.*

FUERO PRESIDENCIAL-Alcance/**FISCAL GENERAL DE LA NACION**-Facultad de denunciar a altos funcionarios (Salvamento de voto)

Este fuero no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación, paralelamente con la Cámara -o la Comisión de Acusación-, adelante investigaciones sobre hechos que involucren al presidente de la República o a cualquiera de los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, porque, como dice la providencia, "quien ostenta la facultad de acusar obviamente debe tener la de investigar", y, como se ha señalado, el Fiscal General tiene la facultad de ***denunciar*** *a los citados funcionarios ante la Cámara de Representantes.*

EXCUSA-Justificación por violación del debido proceso (Salvamento de voto)

La Corte no ha debido obligarlo a comparecer ante la Comisión, ni a rendir declaración ante la misma, porque con ello se le está desconociendo su derecho al debido proceso y, de manera particular, su derecho a la defensa.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Violación por citación (Salvamento de voto)

El obligar a comparecer al señor ... ante otra jurisdicción distinta a la que por ley le corresponde, así sea en calidad de testigo, y con ello obligarlo a revelar públicamente lo que ya ha hecho dentro del proceso ordinario ante su juez natural, implica de suyo un desconocimiento del principio "non bis in idem", y del debido proceso, el cual, al tenor del artículo 29 de la C.P., "se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Cabe recordar que esta misma disposición prevé que nadie podrá ser juzgado sino "ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". Lo más grave, en concepto del suscrito, es que la comparecencia del señor ... ante la Comisión es para rendir una declaración juramentada sobre los mismos hechos ya referidos por él en diversas indagatorias ante la Fiscalía General de la Nación, verificadas desde hace ya cerca de tres meses y, peor aún, sin la asistencia de un abogado, con lo cual obviamente se desconoce su derecho a la defensa, consagrado también en el artículo 29 Superior. Su situación se hace aún más gravosa con la posibilidad, en cambio, de que en el curso de la diligencia ante la Comisión, pueda ser repreguntado no sólo por los miembros de la Cámara de Representantes sino por el propio abogado defensor del señor presidente de la República.

TRASLADO DE PRUEBAS DEL PROCESO PENAL (Salvamento de voto)

Se diría que el señor Medina debe comparecer por ser el principal testigo en un proceso que compromete la responsabilidad del señor presidente de la República. Pero para ello existe la posibilidad del traslado de pruebas por parte de la Fiscalía a la Comisión, con las formalidades previstas en los artículos 255 y 186 del C. de P.P., lo cual surte el mismo efecto que el que se persigue con la comparecencia personal del testigo.

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION (Salvamento de voto)

Según lo preceptuado en el artículo 33 de la Constitución Política, y por los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Penal, "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo" o contra sus parientes cercanos. Hacerlo así, es incurrir en una abierta violación de la Constitución Política. De lo dicho por la Corte se desprende que el señor ... está facultado para negarse a responder ante la Comisión cualquier pregunta que pueda autoincriminarlo, o a restringir sus derechos o garantías constitucionales.

PROCESO PENAL/PROCESO POLITICO/PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA RAMA JUDICIAL (Salvamento de voto)

Otra consideración que ha debido merecer la atención de la Corte es la de que mientras el proceso que se sigue a un ciudadano ante la Fiscalía General de la Nación es de naturaleza jurídico-penal, el proceso que se sigue por la Cámara de Representantes es un proceso eminentemente ***político*** *y que, como sucede en el caso del llamado "proceso 8.000", tiene hondas repercusiones en este campo. En última instancia, lo que debe impedirse a toda costa, es que una jurisdicción de naturaleza política pueda enervar la jurisdicción ordinaria, en este caso la de la Fiscalía General de la Nación. Cabe insistir en que en este momento cursa contra el señor ... un proceso ordinario ante esta entidad, y lo que ha debido hacerse entonces es esperar a que se resuelva la situación jurídica del sindicado por su juez natural, antes*

que obligarlo a comparecer ante otra jurisdicción de distinta naturaleza. La autonomía e independencia de la rama judicial debe siempre prevalecer, cuando está de por medio la suerte de un sindicado.

Referencia: Expediente No. E-004.

El suscrito magistrado, *VLADIMIRO NARANJO MESA*, se aparta comedidamente de la decisión mayoritaria de la Sala Plena y salva su voto en el asunto de la referencia, por las siguientes razones:

En primer término, considero que la decisión de la Corte, en este caso, ha debido limitarse a resolver sobre la validez de la excusa presentada por el señor SANTIAGO MEDINA SERNA a concurrir ante la Comisión de Investigación y Acusación de la h. Cámara de Representantes, tal como lo estatuye el inciso 2o. del artículo 137 de la Constitución Política. En otras palabras, a juicio del suscrito no le correspondía a la Corte entrar a dirimir si dicha Comisión Legal tiene o no competencia, dentro del proceso relacionado con el señor Medina, para adelantar investigaciones al presidente de la República, y ha debido circunscribirse a la cuestión a ella planteada, dentro de los estrictos términos de los artículos 137 y 241 num. 6o. de la Constitución Política.

Admitiendo, en gracia de discusión, que para decidir sobre la excusa referida en el acápite anterior, era necesario incursionar en el tema de la competencia de la Comisión para investigar al señor presidente de la República, el suscrito magistrado debe hacer al respecto las siguientes observaciones:

1.- De conformidad con el artículo 178 de la Carta Política, la Cámara de Representantes -en este caso su Comisión de Investigación y Acusación-, tiene sin duda, la facultad de ***acusar*** ante el Senado, *"cuando hubiere causas constitucionales"* al presidente de la República, o a quien haga sus veces, así como a los magistrados de las altas Cortes y al Fiscal General de la Nación (Art. 178-3), para lo cual, obviamente, y así lo reconoce el suscrito magistrado, tiene la facultad de investigar. Empero -lo que resulta fundamental para el caso-, la misma disposición constitucional establece, con toda claridad, que la Cámara -en este caso la Comisión- debe actuar ***por denuncia o queja*** presentada ante ella por el señor fiscal general de la Nación o por particulares. La norma dice, en efecto:

> ***"Artículo 178.*** *La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:*
>
> *"...*
>
> *"Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado".*

Podría admitirse que en ciertos casos la Cámara -o la Comisión de Investigación y Acusación- puedan actuar de oficio. Pero en parte alguna la Constitución autoriza para que pueda hacerlo a petición de parte. Y es evidente que en las circunstancias actuales la Comisión viene actuando no de oficio, ni por denuncia o queja del fiscal general de la Nación o de un particular,

sino por solicitud expresa del presidente de la República, quien de esta manera, suscitó la iniciación del proceso.

2.- En modo alguno desconoce el suscrito magistrado que el presidente de la República goza de un fuero constitucional especial, que consiste en que, dada su alta investidura, su acusación formal corresponde a la Cámara de Representantes y su juzgamiento, en principio, al Senado de la República, salvo cuando se trate de delitos comunes, caso en el cual corresponderá a la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 175 numerales 2o. y 3o. y 235 numeral 2o. de la Constitución Política.

Pero este fuero no excluye, en modo alguno, la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación, paralelamente con la Cámara -o la Comisión de Acusación-, adelante investigaciones sobre hechos que involucren al presidente de la República o a cualquiera de los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, porque, como dice la providencia, "quien ostenta la facultad de acusar obviamente debe tener la de investigar", y, como se ha señalado, el Fiscal General tiene la facultad de ***denunciar*** a los citados funcionarios ante la Cámara de Representantes. Por lo demás, así lo establece claramente la Constitución Política en sus artículos 250 y 251. El primero señala, de manera inequívoca:

"Corresponde a la fiscalía general de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, ***investigar los delitos*** *y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes (...)". (Negrillas fuera del texto original).*

No hace pues esta norma distinción alguna cuando habla *"presuntos infractores"*, ni por razón de fuero ni por ninguna otra razón. Tan sólo exceptúa los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En cuanto al artículo 251, dispone:

"Son funciones especiales del fiscal general de la Nación:

*"****Investigar y acusar si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional,*** *con las excepciones previstas en la Constitución" (Negrillas fuera del texto original).*

Las excepciones a que hace referencia esta norma, en lo que se refiere a "acusar", son la del presidente de la República, los magistrados de las altas Cortes y el propio fiscal general de la Nación, cuya acusación corresponde a la Cámara de Representantes ante el Senado. Y la comprendida en el numeral 3o. del artículo 235:

"Investigar y juzgar a los miembros del Congreso".

Sin embargo, en cuanto hace a la ***investigación*** por parte de la Fiscalía General de la Nación, resulta apenas obvio que ésta también puede adelantarse por esa entidad, para que, con base en la investigación adelantada, pueda formular la correspondiente denuncia, si para ello encuentra mérito, ante la Cámara de Representantes (Art. 178-4).

3.- Celebra el suscrito magistrado que lo anterior haya sido reconocido así en la providencia, cuando dice:

"Como es ampliamente conocido por la opinión nacional, la Fiscalía General de la Nación adelanta en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 250 de la Constitución Política, una investigación de carácter penal en relación con la financiación de la pasada campaña electoral, tendente a acusar si fuere del caso, a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Ello no se opone desde luego, a las indagaciones preliminares que dentro de su órbita de competencia se encuentra adelantando la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes con el objeto de esclarecer la conducta del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Samper Pizano, acerca de la infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994.

"Ni tampoco puede deducirse que el Fiscal General de la Nación, dentro de la investigación que adelanta la Fiscalía, no pueda tener participación alguna en el evento de encontrar la configuración de hechos imputables en la misma investigación al Presidente de la República, toda vez, que advierte la Corte, que dicho funcionario, es decir, el señor Fiscal General de la Nación tiene como atribución especial y obligación de carácter constitucional, la de elevar las denuncias correspondientes contra el Presidente de la República o los altos dignatarios de que trata el artículo 178 numeral 3o. de la Constitución Política, de acuerdo con lo ordenado en el numeral 4o. de la misma disposición".

"...

"En conclusión, para la Corte Constitucional la competencia para investigar y acusar al Presidente de la República, la tiene al tenor de las normas constitucionales vigentes, la Cámara de Representantes, ***sin perjuicio de la atribución constitucional de carácter especial del señor Fiscal General de la Nación de formular las denuncias contra el mismo, cuando encuentre en cualquier momento, que haya lugar a ello.*** *(Negrillas fuera del texto original).*

De esta suerte, pues, queda claro en la decisión de la Corte que el fiscal general de la Nación, no sólo tiene la facultad, sino que está en la obligación de denunciar al presidente de la República, o a los funcionarios de que trata el artículo 178-3, cuando encuentre, en cualquier momento, que haya lugar a ello.

Concretamente, en lo que toca con la excusa presentada por el señor SANTIAGO MEDINA SERNA, cuyos fundamentos jurídicos fueron explicados ante la Sala Plena de la Corte Constitucional por él y su apoderado, doctor ALEJANDRO HERNANDEZ MORENO, en sesión realizada, bajo estricta reserva, tal como lo estipula la Constitución Política, el día viernes 6 de octubre de 1995, el suscrito magistrado advierte que no comparte la totalidad de los argumentos expuestos en esa oportunidad, particularmente en lo que toca con la posibilidad de que el testigo citado incurra en contradicciones o en lo relativo a la eventual amenaza contra su derecho a la vida, y que a este respecto comparte las razones expuestas en la providencia.

Sin embargo, considera que la Corte no ha debido obligarlo a comparecer ante la Comisión, ni a rendir declaración ante la misma, porque, a su juicio, con ello se le está desconociendo su

derecho al debido proceso y, de manera particular, su derecho a la defensa, como se explicará a continuación.

En efecto, como es bien sabido, el señor MEDINA SERNA se sometió a la justicia en los términos legalmente establecidos (Art. 369A del Código de Procedimiento Penal) y en virtud de ello está siendo procesado por su juez natural, la Fiscalía General de la Nación, ante la cual ha rendido varias indagatorias, la primera de las cuales tuvo lugar el día 28 de julio de 1995 y, en desarrollo del proceso de colaboración con la justicia, le ha suministrado a esa entidad información y documentos tendentes a contribuir con el esclarecimiento de los gravísimos hechos en los cuales se vio involucrado, en su calidad de tesorero de la campaña electoral que llevó a la Presidencia de la República al doctor ERNESTO SAMPER PIZANO. Como es sabido, el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal es secreto y por tanto debe mantenerse en absoluta reserva, así la primera indagatoria se hubiera divulgado de manera irregular.

El obligar a comparecer al señor MEDINA ante otra jurisdicción distinta a la que por ley le corresponde, así sea en calidad de testigo, y con ello obligarlo a revelar públicamente lo que ya ha hecho dentro del proceso ordinario ante su juez natural, implica de suyo un desconocimiento del principio *"non bis in idem"*, y del debido proceso, el cual, al tenor del artículo 29 de la Carta Política, *"se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*. Cabe recordar que esta misma disposición prevé que nadie podrá ser juzgado sino *"ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*. Lo más grave, en concepto del suscrito, es que la comparecencia del señor MEDINA ante la Comisión es para rendir una declaración juramentada sobre los mismos hechos ya referidos por él en diversas indagatorias ante la Fiscalía General de la Nación, verificadas desde hace ya cerca de tres meses y, peor aún, sin la asistencia de un abogado, con lo cual obviamente se desconoce su derecho a la defensa, consagrado también en el artículo 29 Superior. Su situación se hace aún más gravosa con la posibilidad, en cambio, de que en el curso de la diligencia ante la Comisión, pueda ser repreguntado no sólo por los miembros de la Cámara de Representantes sino por el propio abogado defensor del señor presidente de la República.

Respecto de todo lo anterior resulta pertinente citar lo que en su obra *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, sostiene el tratadista y profesor Hernando Devis Echandía:

> *"Un testimonio judicial puede convertirse en confesión judicial o extrajudicial, cuando es trasladado a otro proceso seguido con ese testigo, en el cual el hecho declarado entonces resulta perjudicial a éste"*[1].

Más adelante explica el profesor Devis Echandía:

> "Muy conocidas son las máximas romanas: *nemo idoneus testis in re sua intelligitur, nemo testis in re suam auditur, nemo in propia causa testis esse debet y nullus idoneus testis in re sua intelligitur.* Significan que nadie puede tener la calidad procesal de testigo

[1] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, 3a. edición. Víctor P. de Zavalía, editor. Buenos Aires 1976. Pág. 36.

en su propia causa; pero, como varias veces lo hemos dicho, en el derecho moderno es corriente hablar de testimonio de parte, en sentido amplio, y de confesión únicamente cuando de tal testimonio se deducen hechos desfavorables al declarante"[2].

Como si lo anterior fuera poco, el jurista citado agrega de manera concluyente:

"Para ser testigo es siempre indispensable que no se tenga la calidad de parte del proceso en que debe rendirse la declaración, en el momento en que se percibieron o se conocieron los hechos (existen los testigos de oídas) y en el momento de la declaración. Lo primero, porque si ya se es parte procesal cuando se perciben o conocen esos hechos, se puede declarar en ese proceso absolviendo posiciones o por interrogatorio del juez o de otra parte (cuando lo último es permitido), pero no como testigo; lo segundo, porque basta la condición actual *de parte para excluir la calidad de testigo, aunque no la tuviera cuando los hechos ocurrieron o fueron conocidos por él. Pero en un proceso diferente se puede tener la calidad de testigo, a pesar de haber sido o ser parte en otro proceso sobre los mismos hechos, salvo la oportuna oposición del interesado en alegar su impedimento por ese motivo"*[3].

Se diría que el señor Medina debe comparecer por ser el principal testigo en un proceso que compromete la responsabilidad del señor presidente de la República. Pero para ello existe la posibilidad del traslado de pruebas por parte de la Fiscalía a la Comisión, con las formalidades previstas en los artículos 255 y 186 del Código de Procedimiento Penal, lo cual surte el mismo efecto que el que se persigue con la comparecencia personal del testigo.

Por lo demás, según lo preceptuado en el artículo 33 de la Constitución Política, y por los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Penal, *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo" o contra sus parientes cercanos*. Hacerlo así, es incurrir en una abierta violación de la Constitución Política.

Celebra, también, el suscrito magistrado que en la providencia de la Corte se haya hecho luz sobre asunto tan trascendental, cuando afirma:

"Desde luego que la diligencia que adelanta el Representante Investigador de la Comisión de Investigación y Acusación para los efectos de oir en declaración sobre los hechos directamente relacionados con las indagaciones que la Comisión lleva a cabo, debe estar sometida a la plena observancia del debido proceso, de su derecho de defensa y de las garantías constitucionales en su favor.

"En tal sentido, habrá de darse cumplimiento estricto al artículo 33 de la Constitución Política, según el cual, "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo", *con respecto a las preguntas que se le formulen, en armonía con el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal.*

---

2 HERNANDO DEVIS ECHANDIA, "*Teoría General de la Prueba Judicial*", 3a. edición. Víctor P. de Zavalía, editor. Buenos Aires 1976. Págs. 42 y 43.

3 HERNANDO DEVIS ECHANDIA, "*Teoría General de la Prueba Judicial*", 3a. edición. Víctor P. de Zavalía, editor. Buenos Aires 1976. Págs. 46 y 47.

"De la misma manera, no estará obligado a absolver las preguntas tendientes a restringir sus derechos y garantías constitucionales, consagrados en la Carta Fundamental.

"Igualmente, deberá observarse la relación directa entre los hechos objeto de las preguntas y las indagaciones que la Comisión adelanta, necesarias para el desarrollo y cumplimiento de la investigación, dentro de la diligencia testimonial a efectuarse en el lugar donde se encuentra el declarante".

En otras palabras, de lo dicho por la Corte se desprende que el señor MEDINA está facultado para negarse a responder ante la Comisión cualquier pregunta que pueda autoincriminarlo, o a restringir sus derechos o garantías constitucionales.

Cabe recordar, por lo demás, y ello es fundamental, que la institución del artículo 137 fue consagrada en la Carta Política, en lo que toca con la renuencia de un ciudadano a comparecer ante una Comisión permanente del Congreso, como un recurso de amparo, de estirpe similar a la del habeas corpus o a la de la acción de tutela, encaminado a que la Corte Constitucional lo proteja contra una posible violación o amenaza de sus derechos constitucionales fundamentales, entre los cuales se destaca, para el caso presente, el del debido proceso. A juicio del suscrito, la Corte no ha debido pasar por alto el significado de esta norma.

Otra consideración que ha debido merecer la atención de la Corte es la de que mientras el proceso que se sigue a un ciudadano ante la Fiscalía General de la Nación es de naturaleza jurídico-penal, el proceso que se sigue por la Cámara de Representantes es un proceso eminentemente ***político*** y que, como sucede en el caso del llamado "proceso 8.000", tiene hondas repercusiones en este campo. En última instancia, lo que debe impedirse a toda costa, es que una jurisdicción de naturaleza política pueda enervar la jurisdicción ordinaria, en este caso la de la Fiscalía General de la Nación. Cabe insistir en que en este momento cursa contra el señor MEDINA un proceso ordinario ante esta entidad, y lo que ha debido hacerse entonces es esperar a que se resuelva la situación jurídica del sindicado por su juez natural, antes que obligarlo a comparecer ante otra jurisdicción de distinta naturaleza. La autonomía e independencia de la rama judicial debe siempre prevalecer, cuando está de por medio la suerte de un sindicado.

Santafé de Bogotá, D.C., 12 de octubre de 1995.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

SENTENCIAS DE TUTELA 1995 OCTUBRE

SENTENCIA No. T-440
octubre 2 de 1995

DERECHO A LA PROPIEDAD-Fundamental por conexidad

El derecho de propiedad en cabeza del peticionario, en las circunstancias y condiciones en que aparece alegado, no aparece vinculado con un derecho fundamental; por lo tanto, en el caso concreto no tiene este carácter.

DERECHO A LA IGUALDAD-Protección constitucional

No todo problema originado en la supuesta vulneración del derecho a la igualdad debe ser dilucidado y solucionado a través de la acción de tutela, pues ésta exige fundamentalmente que el asunto tenga raigambre e importancia constitucional. Frecuentemente se presentan problemas atinentes al derecho a la igualdad que tienen su origen o fundamento en la violación de la ley, la convención o el contrato que no debe resolver el juez constitucional de la tutela, sino el juez ordinario mediante el mecanismo de las acciones procesales ordinarias.

TUTELA CONTRA JUNTA DIRECTIVA CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑON-Improcedencia

No procede la tutela contra la Junta Directiva del Condominio Campestre "El Peñón", no sólo por existir otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, sino porque el peticionario no se encuentra frente a dicha Junta en un estado de subordinación. Tampoco se halla en un estado de indefensión, porque como lo ha repetido en muchas oportunidades la Corte, éste supone la carencia en cabeza del peticionario de medios físicos, materiales o jurídicos idóneos y efectivos para amparar sus derechos fundamentales, situación que en el caso subjudice no se da, toda vez que dicho peticionario dispone del aludido medio alternativo de defensa judicial.

Referencia: Expediente No. T- 65963.

Actor: Rafael Garzón Ballesteros.

Demandado: Junta Directiva del Condominio Campestre "El Peñón".

Procedencia: Juzgado 22 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

T-440/95

Tema: No todo problema relativo a la igualdad debe ser resuelto a través de la tutela. Improcedencia de la tutela para dirimir controversias sobre propiedad horizontal.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá D.C., octubre dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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 instaurada por Rafael Garzón Ballesteros contra la Junta Directiva del Condominio Campestre El Peñón, con fundamento en la competencia que le asignan los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y derechos presuntamente vulnerados.

La Junta Directiva del Condominio Campestre el Peñón le ha negado al peticionario el derecho de construir las obras necesarias para realizar el proyecto denominado "Helda María", que consta de ocho apartamentos en dos pisos, con piscinas y áreas comunales.

El anteproyecto de dichas obras fue presentado ante el Comité de Construcciones del mencionado condominio el día 27 de agosto de 1993, y fue aprobado por éste, como consta en la comunicación del 15 de septiembre del mismo año. Dicha aprobación quedaba condicionada a que el peticionario solucionara lo concerniente a las redes de servicios públicos, lo cual en efecto cumplió.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 1993 el demandante presentó el correspondiente proyecto ante la Junta Directiva para su aprobación definitiva. La Junta negó dicha aprobación con el argumento de que la Asamblea General de Copropietarios llevada a cabo durante los días 28 y 29 de septiembre de 1993 había prohibido la construcción de multifamiliares.

Estima el peticionario que la decisión de la Junta vulnera su derecho a la igualdad, porque al negarse su proyecto para la construcción de los aludidos multifamiliares no se le dio el mismo tratamiento que se le había dispensado al señor Juan Pablo Jaramillo a quien si se le aprobó un proyecto urbanístico de similares características y que se había presentado al igual que el del actor, ante el Comité de Construcciones, para la época en que aún no existía la mencionada restricción. Igualmente considera, que se ha afectado su derecho de propiedad porque no existe justificación de orden fáctico, legal o estatutario, que autorice a la Junta para impedir la realización de su proyecto.

2. Pretensión.

Pretende el actor que se ordene a la Junta Directiva del Condominio Campestre el Peñón autorizar la construcción del proyecto arquitectónico "Helda María", por haber cumplido con todos los requisitos establecidos en el reglamento de copropiedad del mencionado Condominio.

3. Los fallos que se revisan.

Según providencia del 30 de enero de 1995, el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal de Santafé de Bogotá resolvió no acceder a la petición de tutela por considerar que no habían sido vulnerados los derechos a la propiedad y a la igualdad.

Anotó que no hubo quebrantamiento del derecho a la propiedad, porque cuando el peticionario presentó ante la Junta Directiva el proyecto definitivo, ya se había prohibido por la Asamblea General la construcción de multifamiliares. Y que tampoco existió la vulneración del derecho a la igualdad, en razón de que a Jaramillo ya se le había aprobado por la Junta Directiva el proyecto preliminar desde el 11 de abril de 1990, mientras que el peticionario presentó su proyecto sólo hasta el 15 de diciembre de 1993.

Observó el juzgado, que Jaramillo tenía una ventaja frente al actor, consistente en que su proyecto preliminar había sido aprobado por la Junta Directiva y no por el Comité de Construcciones, órgano aquél que tiene la competencia para aprobar de manera definitiva los nuevos desarrollos urbanísticos.

Además de considerar que el peticionario no tenía un derecho adquirido y que no hubo un trato discriminatorio, el juzgado estimó que aquél tiene un medio alternativo de defensa judicial como es el proceso verbal sumario de que trata el título XXIII, Sección primera del libro 3o. del C.P.C.

El Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 28 de febrero de 1994 confirmó el fallo de primera instancia, reproduciendo en lo esencial los mismos argumentos contenidos en éste.

II. CONSIDERACIONES.

1. Pruebas allegadas al proceso.

Dentro del informativo obran las siguientes pruebas:

- Oficio de fecha agosto 27 de 1993, firmado por Rafael Garzón Ballesteros, y dirigido al Comité de Construcciones del Condominio Campestre "El Peñón", mediante el cual presentó un anteproyecto arquitectónico para la construcción de un conjunto de apartamentos en los lotes 08-09-10 y 11 de la zona 372 del segundo sector.

- Acta No. 45, de fecha septiembre 14 de 1993, en donde consta que el Comité de Construcciones consideró que el aludido anteproyecto se encontraba ajustado a la reglamentación que para la época regía en el Condominio y que el proyecto definitivo debía ser sometido a la consideración de la Junta Directiva, para su aprobación, previo establecimiento de las redes de servicios públicos.

- Cinta magnetofónica del acta No. 15, correspondiente a la Asamblea General Extraordinaria del Condominio Campestre "El Peñón" celebrada durante los días 28 y 29 de septiembre de 1993, que da cuenta de la reforma del reglamento de la copropiedad y de la prohibición de la

construcción de multifamiliares, con la salvedad de los que ya estuvieran aprobados o en proceso de construcción.

- Comunicación de fecha 15 de diciembre de 1993 suscrita por el actor, mediante la cual sometió a la Junta Directiva la aprobación del proyecto arquitectónico "Helda María".

- Acta No. 50 del Comité de Construcciones del 15 de diciembre de 1993 en la cual consta que los anteproyectos de los arquitectos Juan Pablo Jaramillo y Rafael Garzón, relacionados con el desarrollo de construcciones en los lotes 219 primer sector y 08-09-10 y 11 de la zona 372 del segundo sector, en su orden, se encuentran ajustados al reglamento de construcción del Condominio.

- Documentos en los cuales consta, exigencias de reformas a los anteproyectos arquitectónicos de Garzón y Jaramillo, la presentación de planos por éste y las aprobaciones dadas por la Junta para la realización de su proyecto (actas 144 del 11 de abril de 1990, 180 de febrero 20 y 200 de julio 16 de 1994 de la Junta Directiva y 53 de mayo 8 y 56 de junio de 1994 del Comité de Construcciones).

- Documentos que dan noticia de la insistencia del actor para que se definiera la suerte de su proyecto y de la negativa de la Junta Directiva a aprobarlo (comunicaciones de octubre 4 de 1994 y de noviembre 24 de 1994).

- Inspección judicial. Dentro de la inspección judicial ordenada por la Sala durante la etapa de revisión se allegaron algunos de los documentos ya mencionados y se constató, entre otras cosas, lo siguiente:

En los lotes 8, 9, 10 y 11 de la zona 372 segundo sector de propiedad del peticionario no se encontraron construcciones. Tampoco existen éstas en el lote de la zona 219 del primer sector que corresponde al proyecto de Jaramillo; únicamente se halló en dicho lote una valla con propaganda alusiva a la venta de apartamentos en un conjunto residencial denominado "Balcones del Mediterráneo".

2. La cuestión de fondo.

De acuerdo con lo señalado y alegado por el peticionario y lo que muestra el acervo probatorio, la Sala debe analizar la naturaleza de los derechos que se dicen vulnerados, la índole de la relación jurídica existente entre el demandante y el demandado y, por consiguiente, la determinación de la procedencia de la acción de tutela contra el particular la Junta Directiva del Condominio Campestre "El Peñón, y la existencia de otro medio de defensa judicial de que pueda disponer el peticionario para salvaguardar sus derechos.

- El derecho de propiedad sólo excepcionalmente, esto es, cuando se lo vincula directamente a un derecho fundamental, es posible considerarlo como un derecho fundamental por conexidad.

Sobre el punto la Corte ha expresado lo siguiente:

"La posibilidad de considerar el derecho a la propiedad como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal

carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sólo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dentro de este marco general, el reconocimiento de la propiedad, entendido como un derecho fundamental se presenta siempre que sea ejercido dentro de los límites que imponen las leyes y el orden social. No puede alegarse la violación de un derecho; en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar". (Sentencia T-506/92. M.P. Ciro Angarita Barón).

"Si bien el carácter de fundamental del derecho a la propiedad privada es relativo, la Corte Constitucional ha reconocido que, en los casos en los que su desconocimiento conduzca a la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, éste adquiere el carácter de derecho fundamental". (Sentencia No. T-125/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"El derecho a la propiedad, sólo puede tutelarse cuando de su violación se desprenda claramente que también se vulnera otro derecho fundamental -vida, salud, seguridad social, etc-, cuya efectividad debe restablecerse con urgencia, pues de lo contrario, los efectos de la conculcación incidirían desfavorablemente en la supervivencia del afectado y sus legitimarios o en las condiciones que la hacen digna". (Sentencia T-483/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En el caso concreto considera la Corte que el derecho de propiedad en cabeza del peticionario, en las circunstancias y condiciones en que aparece alegado, no aparece vinculado con un derecho fundamental; por lo tanto, en el caso concreto no tiene este carácter. En tal virtud, no es posible que el peticionario pueda demandar su protección a través de la tutela, mecanismo que ha sido instituido para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales.

En tales circunstancias, es obvio que sobra cualquier análisis de la Sala tendente a determinar si en el caso concreto existió o no violación de dicho derecho.

- Alega el peticionario que la Junta Directiva le ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad, porque el 16 de abril de 1994 le fue aprobado a Jaramilllo un proyecto de construcción en la zona de reserva 219 y, en cambio, el presentado por él en idénticas circunstancias no fue aprobado.

No todo problema originado en la supuesta vulneración del derecho a la igualdad debe ser dilucidado y solucionado a través de la acción de tutela, pues ésta exige fundamentalmente que el asunto tenga raigambre e importancia constitucional.

Frecuentemente se presentan problemas atinentes al derecho a la igualdad que tienen su origen o fundamento en la violación de la ley, la convención o el contrato que no debe resolver el juez constitucional de la tutela, sino el juez ordinario mediante el mecanismo de las acciones procesales ordinarias. Por lo tanto, en cada caso concreto es necesario precisar si el asunto debe resolverse bajo la órbita estrictamente constitucional o por el contrario dentro del ámbito mera-

mente legal o reglamentario. La inexistencia del medio de defensa judicial, o en caso de existir éste, la falta de idoneidad, efectividad o eficacia del mismo en un caso concreto o la evidencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, son determinantes en cada evento sometido a estudio del juez de la procedencia o improcendencia de la tutela como mecanismo definitivo o transitorio, cuando se viola el derecho a la igualdad.

Estima la Sala que para efectos de determinar la alegada violación del derecho a la igualdad en el presente caso, necesariamente tendría que abordar un análisis complejo que escapa del ámbito constitucional y que no se circunscribiría sólo al campo legal y reglamentario, sino al ámbito estatutario que contiene el conjunto de reglas particulares relativas al régimen de copropiedad a que se encuentra sometido el conjunto residencial Condominio Campestre "El Peñón". En efecto, para alcanzar dicha finalidad la Sala tendría que dilucidar, entre otros, aspectos y elementos atinentes a:

1. La naturaleza especial del régimen de propiedad horizontal adoptado en el Condominio Campestre "El Peñón", con fundamento en las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985.

2. Los derechos que conforme a la ley y al reglamento de copropiedad se derivan para los titulares de las unidades individuales de dominio.

3. El alcance de las facultades y atribuciones de los órganos directivos y administrativos.

4. Las limitaciones o restricciones válidas que dichos órganos pueden establecer en relación con las referidas unidades.

5. La validez, en el caso concreto, de la prohibición establecida por la Asamblea General para la construcción de multifamiliares.

6. La determinación acerca de si los señores Garzón y Jaramillo tenían o no un derecho adquirido con arreglo al reglamento de copropiedad para desarrollar proyectos de construcción en los lotes en cuestión.

7. La delimitación técnica y jurídica, a la luz del aludido reglamento entre anteproyecto, proyecto preliminar y proyecto definitivo de construcción y los órganos competentes para aprobarlos en cada caso, según las circunstancias particulares en que se encontraba tanto Garzón como Jaramillo.

Como puede observarse del anterior planteamiento, el problema que debe resolver la Sala no tiene relevancia constitucional y requiere por su magnitud, complejidad y su naturaleza estrictamente legal y convencional, de un debate amplio en las instancias de la vía ordinaria; por consiguiente, el mecanismo que se debe utilizar para su solución no es la acción de tutela sino la vía procesal ordinaria prevista en la ley.

De acuerdo con la normatividad sobre propiedad horizontal, las diferencias que surjan entre propietarios y entre éstos y la administración, con motivo del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular, al igual que las diferencias que surjan sobre la obligatoriedad y alcance del reglamento de

copropiedad y de las decisiones de los órganos administrativos y directivos, deberán dirimirse a través del proceso verbal sumario a que alude el artículo 435, parágrafo 1o., numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, según el cual al trámite de dicho proceso se somete a las "controversias sobre la propiedad horizontal de que tratan el artículo 7o. de la Ley 182 de 1948 y los artículos 8o. y 9o. de la Ley 16 de 1985".

Por lo demás, no procede la tutela contra la Junta Directiva del Condominio Campestre "El Peñón", no sólo por existir otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, sino porque el peticionario no se encuentra frente a dicha Junta en un estado de subordinación. Tampoco se halla en un estado de indefensión, porque como lo ha repetido en muchas oportunidades la Corte, éste supone la carencia en cabeza del peticionario de medios físicos, materiales o jurídicos idóneos y efectivos para amparar sus derechos fundamentales, situación que en el caso subjudice no se da, toda vez que dicho peticionario dispone del aludido medio alternativo de defensa judicial.

Tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque aun cuando éste ha sido alegado no se encuentra acreditado. En efecto, no existen en el expediente elementos de juicio que permitan establecer y valorar las inversiones que el peticionario alega haber realizado, al igual que sus presuntos asociados en el desarrollo del proyecto urbanístico en referencia, ni la existencia de operaciones comerciales con terceros interesados en la adquisición de los apartamentos que conformarían el conjunto habitacional proyectado, de las cuales pueda deducirse el aludido perjuicio.

De otra parte, el alegado perjuicio no se presenta puesto que el derecho de propiedad del peticionario sigue incólume y puede ser objeto de uso, disfrute y disposición. Además, las mejoras realizadas por el peticionario consistentes en la prolongación de las redes de acueducto y alcantarillado y con respecto al servicio de energía, no sólo aumentan del valor venal de la propiedad, sino que en concepto de aquél pueden utilizarse para construcciones de viviendas unifamiliares o multifamiliares en el futuro.

Finalmente advierte la Corte que este caso no es igual al de la sentencia T-333/95, proferida por la Sala Primera de Revisión[1], porque en esa oportunidad se estimó que el caso tenía relevancia constitucional y no legal dado que la Junta Administradora del Conjunto Residencial Montana, con evidente abuso de poder, impuso a los actores de la tutela, contra su voluntad, la obligación de recibir el servicio de TV Cable en sus apartamentos, violándose sus derechos a la libertad y a la intimidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de tutelas, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de febrero de 1994 del Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se confirmó el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal de la misma ciudad, que denegó la tutela inter-

---

[1] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

puesta por Rafael Garzón Ballesteros contra la Junta Directiva del Condominio Campestre "El Peñón".

Segundo. Comunicar la presente decisión al Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal de Santafé de Bogotá, con el fin de que proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General.

SENTENCIA No. T-441
octubre 2 de 1995

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Control poblacional/**DERECHO A LA EDUCACION**-Límite por control poblacional/**DERECHO A LA FAMILIA**-Límite por control poblacional

No existe en expediente prueba alguna que permita afirmar que la Oficina de Control de Circulación y Residencia haya violado o amenazado los derechos fundamentales de la actora y su hermana. Antes bien, el acervo probatorio indica que fue el comportamiento ilegal e injustificado de la madre de las menores, el que las puso en la situación de sufrir el perjuicio de una interrupción abrupta de sus estudios. Así, la acción de tutela no es procedente, aun siendo invocada por una menor para la protección de sus derechos prevalentes, cuando la amenaza contra los mismos se deriva directamente de la situación irregular en la que su madre insiste en mantenerla.

ABUSO DEL DERECHO POR LOS PADRES-Control poblacional/ **TUTELA TEMERARIA/COSTAS**

La progenitora viene irrespetando los derechos de la comunidad raizal que la ha tratado solidariamente; también dan cuenta esos medios de que la señora insiste en abusar de los propios derechos, con lo cual claramente sigue violando el deber ciudadano. Además, existen varios indicios de que la señora está usando a sus hijas para, de manera consciente, violar la ley. La buena fe que debe presidir sus relaciones con las autoridades, y que éstas han honrado, no rige el comportamiento de la coadyuvante en esta causa. En la parte resolutiva de esta sentencia se condenará a la representante de la actora y coadyuvante en el presente proceso, al pago de las costas ocasionadas por el mismo.

DERECHOS DE LOS MENORES-Protección/**DERECHO DE LOS MENORES**-Prevención a los padres

Es indudable que la actora y su hermana menor requieren de protección para sus derechos constitucionales, no en contra de la actuación de la entidad demandada, sino de las consecuencias dañinas de la situación irregular en que su madre insiste en mantenerlas. Por tanto, la Corte ordenará que se les permita culminar el actual período académico en los planteles donde estudian, pero prevendrá a los representantes legales de esas instituciones, que no deben renovar tal vinculación para el año 1996, so pena de las sanciones contempla-

das en la ley para el desacato; además, prevendrá a la progenitora, sobre las consecuencias que puede ocasionar su obstinación en desatender la orden legítima de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, y el daño que puede ocasionar a las menores y a su familia, si continúa usándolas para burlar la ley.

Referencia: Expediente No. T-75409

Acción de tutela contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento de San Andrés, Providencia, y Santa Catalina por la presunta violación de los derechos a la educación y a la familia.

Tema: La acción de tutela no es procedente, aun siendo invocada por una menor para la protección de sus derechos prevalentes, cuando la amenaza contra los mismos se deriva directamente de la situación irregular en la que su madre insiste en mantenerla.

Actor: A

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

procede a dictar sentencia de revisión en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

Según la declaración jurada que rindió la madre de la actora, María Magdalena Silva de Riquett, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la Isla de Providencia el 9 de mayo del presente año (folio 8), los hechos relevantes para la revisión del presente proceso son:

La señora Silva de Riquett es separada y tiene cinco hijos, dos de los cuales viven actualmente con ella en el Departamento Archipiélago -la actora, A, y su hermana B-. Su esposo y los otros hijos viven en Barranquilla.

En el mes de febrero de 1993, la señora Silva de Riquett se trasladó al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, donde se estableció con sus dos hijas menores, sin adelantar trámite alguno para regularizar su permanencia en el Archipiélago.

Mediante la Resolución No. 061 del 30 de Marzo de 1994, la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- la declaró en situación irregular y le ordenó abandonar el territorio del Departamento; tal resolución le fue notificada y quedó en firme sin que en su contra se interpusiera recurso alguno.

La señora Silva de Riquett abandonó el Departamento por un mes, dejando a las dos menores bajo el cuidado de otra de sus hermanas y de una vecina, para regresar subrepticiamente y permanecer residiendo de manera irregular en el sector de Pueblo Viejo.

Requerida nuevamente (8 días después de su regreso), para que abandonara el territorio departamental, acudió a los buenos oficios del Personero Municipal de San Andrés, quien intercedió para que se le autorizara a permanecer hasta terminar el año académico, a fin de no perjudicar a las dos menores que se encontraban matriculadas en colegios locales. Como consta a folio 12, la Oficina de Control de Circulación y Residencia accedió a permitir la estadía hasta el 1° de diciembre de 1994, sólo en consideración a la situación de las menores, y advirtiendo que no admitiría más dilaciones.

Sin embargo, la madre de la actora abusó de esa condescendencia de las autoridades, y de manera irregular permaneció en el Archipiélago, logrando matricular nuevamente a sus hijas menores para el período escolar correspondiente a 1995.

La Oficina de Control de Circulación y Residencia verificó el hecho anterior, y nuevamente exigió a la señora Silva de Riquett abandonar el territorio departamental.

2. DEMANDA DE TUTELA.

El 8 de mayo del presente año, la menor A presentó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la Isla de Providencia una demanda de tutela en la que se presentan los hechos de la manera siguiente:

"Mi madre MARIA SILVA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22'432.843 expedida en Barranquilla, fue notificada de una Resolución de la Oficina de la OCCRE, mediante la cual se le conmina para que abandone el Territorio del Departamento, por no llenar presuntamente los requisitos establecidos en el Decreto 2762 del 13 de Diciembre de 1991. Como usted entenderá ésta decisión acarrea como consecuencia, que yo y mi hermana menor tengamos que suspender nuestras labores escolares a esta altura del año académico en el que es imposible nuestra reubicación en otro Plantel Educativo; e igualmente se me coarta el derecho a permanecer con mi familia, ya que al momento de respetar el Derecho a la Educación se me separaría de mi madre. Es por ello que al ser amenazado uno de los Derechos Primordiales de todo menor, acudo ante usted con la certeza y convicción de que se me respetará el Sagrado Derecho a la Educación y la Familia" (folio 1).

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Promiscuo Municipal de la Isla de Providencia dictó sentencia de primera instancia el 15 de mayo del año en curso, amparando los derechos de la menor, y ordenando a la

Oficina de Control de Circulación y Residencia "abstenerse de hacer que la señora María Silva, abandone el Departamento Insular hasta cuando las menores; A y B, culminen sus estudios correspondientes al año 1995" (folio 30).

Basó su decisión el Juzgado de instancia en la consideración del trauma que sufriría la actora con la interrupción de su año escolar y posterior adaptación a otro establecimiento educativo.

4. IMPUGNACION.

La autoridad demandada impugnó la anterior sentencia insistiendo en la irregularidad de la residencia de la señora Silva de Riquett y sus dos hijas en el Archipiélago, haciendo notar que la dicha señora ya había gozado de un permiso excepcional -precisamente basado en la consideración de las autoridades por los derechos aducidos por la actora-, y que la dicha señora abusó de tal condescendencia.

5. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

El Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina conoció de la impugnación y decidió, el 28 de junio de 1995, confirmar parcialmente el fallo de primera instancia, como aparece explicado en la transcripción siguiente:

"Este despacho estima, que YA ES UNA REALIDAD que las menores están cursando el año de 1995 en los Colegios Ayacucho de San Felipe y el Junín, y sería UN DESASTRE para ellas que se les interrumpiera sus estudios".

"Pero no se debe seguir permitiendo a la señora MARIA SILVA que siga violando la Legislación Especial de estas Islas, mediante NUEVAS MATRICULAS EN PROXIMOS AÑOS".

"Por tanto, este despacho deberá confirmar el fallo de tutela, pero, será ampliado en el sentido de que se deberá oficiar a los dos colegios donde están estudiando las menores, para que se abstengan para el año de 1996 de matricular a las menores.—Y se deberá hacer una CIRCULAR para el resto de colegios de la Isla de Providencia en igual sentido.—"

"Además el Despacho ampliará el fallo de tutela, en el sentido de permitir a la señora MARIA SILVA y a sus dos hijas menores, una estadía extra de tres meses después de la culminación del año educativo de 1994 (sic), a fin de que puedan efectuar todas las gestiones de terminación de contratos de arrendamientos, y demás aspectos de vinculaciones con la Isla de Providencia" (folios 47 y 48).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el grado de revisión sobre los fallos proferidos en el trámite del presente proceso, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política. Corresponde adoptar la decisión a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, según el reglamento interno de la Corte, y el auto de la Sala de Selección Número Ocho del 2 de agosto de 1995.

2. Uso de menores para violar la ley.

La señora María Magdalena Silva de Riquett, interrogada por la Jueza de primera instancia, manifestó libremente y bajo la gravedad del juramento, que "sí, puedo constituirme en su representante (de la menor actora) para esta acción de tutela, igualmente coadyuvo lo dicho por mi hija en la acción interpuesta" (folio 8). Por tanto, esta Sala considerará inicialmente su participación en los hechos que dieron origen al presente proceso.

En 1993 la señora Silva de Riquett se trasladó con dos de sus hijas al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, donde se estableció, ignorando las disposiciones que sobre control poblacional en esa entidad territorial estableció el Decreto 2762 de 1991. En 1994 la Oficina de Control de Circulación y Residencia, luego de verificar la irregularidad de su residencia en el Archipiélago le ordenó abandonar el territorio departamental, entendiendo que las menores seguirían a su madre como lo hicieron antes (folio 38). Es sabido que no fue así; la señora Silva de Riquett regresó, y ante la insistencia de la OCCRE, acudió a la intervención del Personero Municipal para que no se interrumpiera el año escolar de las menores; atendiendo a esa razón, y velando por la eficacia de los derechos fundamentales alegados por la actora, la entidad demandada le otorgó un permiso temporal de residencia, sometido a las condiciones que constan a folio 13: 1) hasta el 1° de diciembre de 1994, 2) sólo para permanecer con las menores, y 3) "Esta autorización no es prorrogable por lo cual no podrán matricularse para el año 1995 sin el lleno de la totalidad de los requisitos exigidos para la expedición de la tarjeta de residencia temporal a su nombre y el de sus dependientes".

Cumplido el plazo, la señora Silva de Riquett tampoco cumplió con la orden de abandonar las islas; según adujo (folio 8 vuelto): "...se me presentó una emergencia con la otra hija que estaba aquí, tuve que hacer gastos para médico, y no tenía plata para viajar". Sin embargo, la representante de la actora no acudió a la Oficina de Control de Circulación y Residencia para que se considerara esa presunta calamidad doméstica; en lugar de ello, decidió prolongar indefinidamente su permanencia irregular y, meses después, matricular nuevamente a las dos menores, en abierta y clara violación de las condiciones que la autoridad legítimamente le había impuesto, y del artículo 5 del Decreto 2762 de 1991.

De nuevo requerida por la autoridad competente para que abandonara el territorio insular, la señora Silva de Riquett no adujo en defensa de su comportamiento ilegal razón alguna; pero la menor actora impetra el amparo constitucional de sus derechos fundamentales, y su señora madre la representa y ¡coadyuva la causa!.

Al respecto, esta Sala debe hacer las siguientes precisiones:

No existe en el expediente prueba alguna que permita afirmar que la Oficina de Control de Circulación y Residencia haya violado o amenazado los derechos fundamentales de la actora y su hermana. Antes bien, el acervo probatorio claramente indica que fue el comportamiento ilegal e injustificado de la madre de las menores, el que las puso en la situación de sufrir el perjuicio de una interrupción abrupta de sus estudios. Así, la acción de tutela no es procedente, aun siendo invocada por una menor para la protección de sus derechos prevalentes, cuando la amenaza contra los mismos se deriva directamente de la situación irregular en la que su madre insiste en mantenerla. En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia se revocarán las decisio-

nes de instancia, pues esta Corte encuentra que la Oficina demandada ni violó ni amenazó los derechos de la actora.

Esas mismas pruebas dan fe de que la señora Silva de Riquett viene irrespetando los derechos de la comunidad raizal que la ha tratado solidariamente; también dan cuenta esos medios de que la dicha señora insiste en abusar de los propios derechos, con lo cual claramente sigue violando el deber ciudadano consagrado en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución. Además, existen varios indicios de que la dicha señora está usando a sus hijas para, de manera consciente, violar la ley. La buena fé que debe presidir sus relaciones con las autoridades (art. 83 C.N.), y que éstas han honrado, no rige el comportamiento de la coadyuvante en esta causa. Así, dando aplicación al inciso tercero del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en la parte resolutiva de esta sentencia se condenará a la representante de la actora y coadyuvante en el presente proceso, al pago de las costas ocasionadas por el mismo.

3. Necesidad de proteger a las menores de las consecuencias de una actuación irregular de su madre.

Encuentra esta Sala que la versión parcial y temeraria de los hechos que fue consignada en la demanda, no obedece a mala fe de la actora, sino a la circunstancia de que ella conoce de las relaciones entre su madre y las autoridades, sólo a través de la versión de su progenitora. Además, tanto ella como su hermana se encuentran bajo la guarda materna, y no se puede asegurar que comprenden que se las está usando para violar la ley, ni que pueden evitarlo.

Así, es indudable que la actora y su hermana menor requieren de protección para sus derechos constitucionales, no en contra de la actuación de la entidad demandada, sino de las consecuencias dañinas de la situación irregular en que su madre insiste en mantenerlas. Por tanto, la Corte ordenará que se les permita culminar el actual período académico en los planteles donde estudian, pero prevendrá a los representantes legales de esas instituciones, que no deben renovar tal vinculación para el año 1996, so pena de las sanciones contempladas en la ley para el desacato; además, prevendrá a la señora María Magdalena Silva de Riquett, sobre las consecuencias que puede ocasionar su obstinación en desatender la orden legítima de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, y el daño que puede ocasionar a las menores y a su familia, si continúa usándolas para burlar la ley.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 28 de junio de 1995; en su lugar, denegar la tutela impetrada por una menor -cuyo nombre se ordena no revelar en las publicaciones sobre este fallo-, en contra de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, por hallar que ésta entidad ni violó, ni amenazó los derechos constitucionales de la actora.

Segundo. Ordenar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que, para proteger a la actora y a su hermana de las consecuencias

dañinas del comportamiento irregular de su madre, les permita terminar el año académico que está por culminar, antes de hacer efectiva la orden para que la señora María Magdalena Silva de Riquett y su familia abandonen el territorio del Archipiélago.

Tercero. Condenar a la señora María Magdalena Silva de Riquett al pago de las costas que se hubieren ocasionado en el trámite del presente proceso, por darse la circunstancia prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Procederá a liquidarlas de acuerdo con la ley, el Juzgado Promiscuo Municipal de la Isla de Providencia.

Cuarto. Prevenir a la señora María Magdalena Silva de Riquett, representante legal de la actora y coadyuvante en esta causa, para que se abstenga de seguir usando a sus hijas menores y sus derechos constitucionales, con el fin de violar la ley que regula la residencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, so pena de las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

Quinto. Ordenar a los representantes legales de la Escuela Ayacucho de San Felipe y del Colegio Junín de la Isla de Providencia, abstenerse de matricular para el período académico de 1996 a las menores A y B.

Sexto. Comunicar la presente sentencia al Juzgado Promiscuo Municipal de la Isla de Providencia, para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado Ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-442
octubre 3 de 1995

DERECHO A LA EDUCACION-Retiro voluntario por embarazo/
ESTUDIANTE EMBARAZADA

Se ha dicho que no se puede retirar de un colegio o universidad a la estudiante embarazada porque esto atenta contra la autonomía de la futura madre. Pero otra cosa muy distinta es cuando la propia progenitora de la alumna solicita y firma la cancelación de la matrícula de su hija, días antes de instaurar la acción de amparo.

Referencia: Expediente No. 72938

Peticionario: Sofía Ortiz Lancilla

Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito de la Plata (Huila).

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el No. 72938, interpuesta por Emma Sofía Ortiz Lamilla contra el Rector del Colegio Cooperativo Mixto de la Plata.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

Dice la peticionaria que está embarazada (7 meses de gestación cuando presentó la tutela el 12 de mayo de 1995) y que por tal circunstancia "la rectoría del colegio me hizo cancelar mi matrícula" y desea seguir estudiando.

2. Relato de lo ocurrido.

-Octubre de 1994: la joven Emma Sofía Ortiz Lamilla, informa en la acción de tutela que en tal mes quedó embarazada.

-Dieciocho de enero de 1995: se matricula y niega estar embarazada. Dice la misma Emma Sofía Ortiz en declaración juramentada:

"Ese convencimiento (de que no estaba embarazada) fue tanto de mi mamá como del Rector y Coordinador, porque yo les mentí con el fin de que me recibieran la matrícula".

-Veintiséis de abril de 1995: Según la misma Emma Sofía, el Rector "me dijo que no podía seguir en el colegio hasta que mi mamá no fuera a hablar". Según el Rector: "me vi abocado a la necesidad de citarla a usted (a la madre) como responsable de la formación y cuidado de la alumna, para informarle oficialmente acerca de la situación por la cual atravesaba su hija". Esto se halla consignado en una comunicación del Rector a la madre de Emma Sofía Ortiz.

La fecha 26 de abril de 1995 se deduce de que la misma Emma Sofía habla de un miércoles, dos semanas después de semana Santa.

-Tres de mayo de 1995: según la misma alumna el Rector les dijo a ella y a la madre que "yo no podía seguir en la Institución porque le habíamos mentido"; según el Rector, la reclamación, *no* fue por el embarazo, no hubo expulsión y se le recomendó cambiar de colegio.

- Cinco de mayo de 1995: la propia madre María Emma Lamilla, acude al Colegio (el Rector no se hallaba presente) y en la Secretaría del Colegio Cooperativa, en la hoja de matrícula hace escribir que

"cancela la matrícula por retiro voluntario".

Y firma la madre, de su puño y letra.

La funcionaria del Colegio, María Hernández, declara que la madre de la solicitante de la tutela se presentó en la Secretaría, expresó que retiraba a su hija del Colegio para pasarla a otro establecimiento y que cancelaba la matrícula en esa fecha para no tener que pagar el mes de mayo.

-Ocho de mayo de 1995: la madre de la joven Ortiz le pide al Rector que explique por escrito por qué "destituyó" a su hija.

-Nueve de mayo de 1995: El Rector responde que en ningún momento se ha expulsado a la joven. Y, evidentemente, en ningún momento hubo expresión.

Doce de mayo de 1995: se instaura la tutela.

Se colige de lo anterior:

a- El colegio no expulsó a la alumna,

b- La propia madre fue quien protocolizó la cancelación de la matrícula de la joven, y *lo hizo antes de presentar la acción de tutela.*

c- La misma Emma Sofía Ortiz Lancilla, en su declaración reconoce que ella dejó de asistir al Colegio y que "en absoluto" ha habido animadversión o malquerencias del Rector o los profesores para con ella.

d- Los directivos del Colegio han expresado que recibirían nuevamente a la alumna.

3. Decisión del Juez 2° Penal del Circuito de la Plata, 26 de mayo de 1995.

No concedió la tutela. Explica así su determinación:

"Sin embargo consideramos que en este caso de acuerdo a lo que se logró probar con las diligencias que hemos relacionado anteriormente no se vulneró ninguno de los derechos invocados por la estudiante Emma Sofía Ortiz Lamilla puesto que como lo sostenía el rector y los docentes que rindieron declaración en este asunto, el colegio dentro de su potestad educativa y de formación de sus estudiantes creyó conveniente informarle a la señora María Emma Lamilla de la situación que planteaba con su hija debido al estado de gravidez de ésta llamándole la atención por haber faltado a la verdad en el momento de la matrícula y de ahí que por el tanta veces mencionado engaño le insinuara que cambiara de Institución, sin entrar a tomar decisiones que implicaban un acto administrativo en el evento de que se hubiera optado por su expulsión, lo cual no sucedió, sino por un mal entendido razonamiento de la madre representante de la estudiante ésta creyó equivocadamente que las Directivas del colegio le habían exigido el retiro definitivo del plantel cuando como se sabe para que esto ocurra tiene que mediar como lo indica el manual de convivencia una resolución rectoral que se le comunica a los interesados y sin este requisito a motu propio procedió a cancelar la matrícula.

Por manera que de acuerdo a lo analizado anteriormente, el Despacho no tutelará los derechos impetrados en su demanda por la estudiante Emma Sofía Ortiz Lamilla, pues como se dijo el Rector del Colegio Cooperativo no infringió ninguno de esos mandatos Constitucionales y dentro de la armónica relación que debe existir entre Directivos del Colegio, padres de familia y educandos como lo explicara el demandado a pesar de la cancelación de la matrícula se tiene la posibilidad que Emma Sofía continúe asistiendo a sus labores académicas para que finalice normalmente su año lectivo como quiera que en el espíritu de las Directivas del Colegio encabezadas por el Rector está el de proceder de acuerdo con la ley en la de contribuir con la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en el Código del Menor."

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Caso concreto.

La Corte constitucional, en numerosas oportunidades, ha dicho que no se puede retirar de un colegio o universidad a la estudiante embarazada porque esto atenta contra la autonomía de la futura madre.

Pero otra cosa muy distinta es cuando la propia progenitora de la alumna solicita y firma la cancelación de la matrícula de su hija, días antes de instaurar la acción de amparo.

La presente tutela ha sido dirigida contra el Rector del Colegio Cooperativo Mixto de la Plata (Huila). Dicho funcionario no ha expulsado ni retirado del colegio a Emma Sofía, por el contrario le facilita su regreso a las aulas pese a que la madre suscribió la cancelación y la hija, por una conducta apresurada, no regresó al colegio.

No se dan, entonces, los presupuestos fácticos (no hubo expulsión, fue la madre quien retiró a su hija) luego no puede prosperar la acción y se aceptan por razonables y ciertos los considerandos y decisión de fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandamiento de la Constitución.

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia de 26 de mayo de 1995 proferida en la tutela de la referencia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la Plata (Huila).

Segundo: Comuníquese lo resuelto en esta providencia al Juez de primera instancia para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, 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-443
octubre 3 de 1995

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS

El demandante reconoce ser cierto lo afirmado por su inusual defensor: El Personero. Es decir, acepta su reconocida y publicitada conducta lasciva, especialmente con sus compañeras de colegio, rechaza el cambio de jornada que las directivas le fijaron para que pudiera trabajar, alega que "mucho menos se lo puede obligar a buscar trabajo" y reconoce ser el autor del embarazo de una de las estudiantes. Luego lo que ha debido hacer el personero era buscar la protección del niño por nacer y no pretender darle piso legal a la irresponsabilidad del progenitor y a su propósito de no quedar socialmente comprometido con el trabajo. La conducta del personero va ciertamente en contravía de la tutela y le falta razón a la solicitud que formula.

TUTELA INTERPUESTA POR PERSONERO

Hay que recordar que en algunas ocasiones la legitimidad para instaurar tutela le corresponde al Defensor del Pueblo, cuando cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo o indefensión. Esta facultad se puede delegar en los Personeros. Y por Resolución 01/92 el Defensor del Pueblo delegó en los Personeros Municipales la facultad para interponer tutela pero con las condiciones de que se lo solicite la persona agraviada o que esté en situación de indefensión.

DERECHO A LA EDUCACION-Conducta sexual/DERECHO AL TRABAJO-Conducta sexual/DERECHO A LA INTIMIDAD-Conducta sexual/LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-Conducta sexual/DEBIDO PROCESO-Conducta sexual

No ha habido violación al derecho a la educación porque el demandado puede continuar sus estudios en el mismo plantel educativo y fue benévola la decisión de cambiarlo de jornada. No se puede afirmar que ello atenta contra el derecho al trabajo porque tanto el Personero como el demandado reclaman por todo lo contrario: que no haya trabajo. Menos aún hay violación a la intimidad porque los reiterados comportamientos del demandado son de público conocimiento, y más importante que esto es proteger al que está por nacer. Respecto a la presunta violación de la libertad a escoger profesión u oficio, como lo afirma el Personero, o al debido proceso, como alega el demandado, no son de recibo puesto que facilitar que haya tiempo para que busque profesión u oficio está precisamente coadyuvando a que el

artículo se cumpla; y, la determinación de cambiar de jornada, tomada por el Consejo Directivo del Colegio, es razonable y no se ve por dónde se puede colegir que se violó el debido proceso, máxime cuando el demandado confiesa que los hechos son ciertos, aunque, con desparpajo, los justifica.

ABUSO DEL DERECHO POR PERSONERO

La Constitución protege el derecho al trabajo y el Personero protesta porque al demandado se lo pasa a jornada que le permita trabajar. La Constitución protege al que está por nacer, y el Personero defiende al padre irresponsable; la Constitución le da especial protección a la mujer embarazada y el Personero olímpicamente la desprecia para "proteger" al seductor. La Constitución establece como deberes el respeto de los derechos ajenos y el no abuso de los propios, el demandado hace todo lo contrario del deber que tiene como persona frente a quien embarazó y a sus compañeras de colegio, y el Personero lo respalda.

DEMANDA DE TUTELA-Objeto

El Constituyente creó la tutela para proteger al oprimido, al violentado, al amenazado. En el presente caso las afectadas son un buen número de alumnas de un colegio de provincia, y el Personero olvidando sus deberes y su compromiso con la región, presenta tutela, sin tener justificación para ello, NO a nombre de las niñas o jóvenes seducidas por el demandado sino a nombre de éste. Esta actitud inconcebible del Personero es un ultraje para quienes, en toda la República, han depositado en la acción de tutela la esperanza de que sea el real mecanismo para defender los derechos fundamentales.

TUTELA TEMERARIA-Concepto/**COSTAS**-Competencia para tasarlas

La parte final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, no establece en forma paralela las costas y la temeridad, sino que identifica ésta con aquéllas, así debe ser la lectura de tal norma porque, entre otras cosas, dicha interpretación es coherente con el carácter público, informal, gratuito de la tutela. Significa lo anterior que cuando la tutela es rechazada o denegada, solamente puede hablarse de costas cuando se incurrió en temeridad; lo que se castiga es la temeridad como expresión del abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción. Y quien tasa las "costas" es el Juez de tutela porque el inciso final del artículo 25 del decreto 2591/95 se refiere a él (algo muy distinto ocurre en la situación consagrada en el primer inciso del mismo artículo en el cual lo principal son los perjuicios). Fuera de la temeridad no puede existir otro factor cuantificable en la liquidación de estas costas y hubiera sido más apropiado emplear la expresión multa por temeridad, puesto que, en la moderna ciencia procesal las "costas" responden a factor objetivo y la temeridad a lo subjetivo.

TUTELA TEMERARIA-Operancia

Dentro de la trascendencia que se le da al término temeridad, como elemento calificador y al mismo tiempo como único elemento cuantificable, se deduce que tal condena sólo opera en casos excepcionales, cuando, como en el evento de esta tutela, es ostensible el abuso cometido por el Personero instaurando una tutela de manera injustificada, desprotegiendo a

quien ha debido proteger y defendiendo posiciones injustas y contrarias a la Constitución como ya se ha explicado, lo cual conlleva, además, una desvalorización de la tutela, lo cual es imperdonable.

TUTELA TEMERARIA-Responsabilidad

*El personero con su extralimitación responde directamente y **no** es el Municipio quien debe ser condenado, puesto que la responsabilidad se predica en este caso de la persona natural que hace ejercicio indebido de sus funciones. Por otro aspecto, si se ha dicho que en realidad lo que se castiga es la temeridad, entonces es coherente aceptar que estas "costas" son más multa que cualquier otra cosa y ante esta interpretación es el aparato judicial el afectado por la temeraria tutela instaurada porque lo desgasta en todo sentido, luego será la administración de justicia quien recibirá el monto de las "costas" que el Juez competente, señalará, dentro de los parámetros del artículo 73 del C. de P.C.: 10 a 20 salarios mínimos mensuales, QUANTUM que fijará el Juez de Tutela porque la Corte es Juez de Revisión.*

Referencia: Expediente No. 72998

Procedencia: Juzgado Unico Penal Municipal de Ataco.

Peticionario: Alexander Tovar (Personero de Ataco).

Tema: Costas y temeridad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el No. 72998, interpuesta por el Personero Municipal de Ataco, contra el Instituto Nacional Martín Pomala del municipio de Ataco.

ANTECEDENTES

1. Hechos que motivaron la intervención del Personero.

Cuenta Alexander Tovar el personero de Ataco, que el estudiante Nelson Bocanegra "ha tenido relaciones sexuales con varias mujeres", algunas de ellas compañeras de estudio, embara-

zando a una, pero que esta no es razón para que a Bocanegra se lo hubiera trasladado de la jornada diurna a la nocturna, en el colegio Martín Pomala. Pide que se reintegre al alumno a la jornada diurna y considera violado el artículo 26 C.P. porque "al señor Bocanegra no se lo puede obligar a trabajar". aunque dice hablar a nombre de Bocanegra, no está autorizado expresamente por éste para instaurar la tutela, ni hay prueba alguna del que el alumno esté en situación de desamparo o indefensión, por el contrario, proclama el Personero con no disimulado "machismo" que "es de público conocimiento que el señor en mención, en su calidad de hombre se inclina por las mujeres y haciendo uso de su miembro viril ha tenido relaciones sexuales" y pone esta circunstancia dentro de las argumentaciones, buscando que el colegio no le cambie la jornada de clases.

2. Información que obra en el expediente.

2.1. Nelson Bocanegra es mayor de edad, (21 años). Al declarar ante el Juez admite que son ciertos los hechos que cuenta el Personero, invoca en su favor el debido proceso y el derecho a la intimidad, luego dice que es de la banda de músicos del Municipio y que "los contratos y los servicios de la banda son de noche" y remata diciendo que no hay ninguna ley según la cual "por el hecho de haber embarazado a una compañera lo obligan a cambiarse de jornada y mucho menos obligarlo a buscar trabajo".

2.2. El Consejo Directivo del Colegio, informa sobre el asedio sexual de Bocanegra a alumnas, el haber embarazado a una de ellas y explica el traslado a la jornada nocturna para que principie a trabajar y "responda por su condición de padre".

2.3. La Rectora del Colegio afirma que Bocanegra embarazó en 1992 a una alumna, en 1995 a otra, asedia a varias; advierte que el cambio de jornada es una determinación viable y bondadosa y protesta porque el Personero ha ido al Colegio a calificar como abuso del poder el traslado de Bocanegra a la jornada nocturna.

2.4. Una alumna le confesó a la Consejera de la institución educativa que había tenido relaciones íntimas con Bocanegra quien le daba pastillas para planificar. Otra alumna también le narró lo mismo. Una tercera le afirmó que "se le entregó a Nelson por aburrida" aunque lo quiere. Y Bocanegra protesta porque" se están ya metiendo en mi vida personal y privada".

3. Sentencia de 16 de mayo de 1995 del Juzgado Unico Penal Municipal de Ataco.

Negó la tutela con fundamento en estas consideraciones:

"En primer término, en ningún momento se le ha vulnerado el derecho a la educación, toda vez, que en ningún momento se le ha coartado su estadía en el establecimiento educativo pluricitado, sino que por el contrario se le ha brindado la oportunidad de continuar sus estudios en diferente jornada, con las mismas facultades y oportunidades que tiene y posee cualquier alumno del instituto Martín Pomala.

En segundo término, no se le ha vulnerado el derecho al debido proceso alegado por el alumno, por cuanto aparece probado dentro del proceso, en realidad la autoridad que determinó el cambio de jornada del tutelista fue el consejo Directivo del plantel

académico, como se puede apreciar al folio 3, que desvirtúa por completo la aseveración del tutelista, y ello, sin entrar en consideración alguna sobre la benignidad o no de esta decisión.

Por último de igual manera que las consideraciones anteriores, se considera que no se le esta vulnerando el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio, toda vez que, como se dejo anotado anteriormente, en ningún momento se le esta coartando el derecho a la educación, culturización o demás aspectos inherentes a la formación personal y académica de las personas residentes en la república de Colombia, máxime que se le está brindando la oportunidad de prepararse, para que dentro de la oportunidad que le dará la vida, con esa formación impartida por el claustro educativo, escoja libremente el rumbo que le quiere dar a su vida."

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Temas Jurídicos frente al caso concreto.

1. En este caso, hay que principiar diciendo que existe un principio jurídico que dice: Nemo auditur propiam turpitudinem allegans (nadie puede ser escuchado si invoca su propia inmoralidad).

El señor Nelson Bocanegra reconoce ser cierto lo afirmado por su inusual defensor: El Personero. Es decir, acepta su reconocida y publicitada conducta lasciva, especialmente con sus compañeras de colegio, rechaza el cambio de jornada que las directivas le fijaron para que pudiera trabajar, alega que "mucho menos se lo puede obligar a buscar trabajo" y reconoce ser el autor del embarazo de una de las estudiantes.

Causa extrañeza que el Personero no acude en defensa de las jóvenes sino de su seductor y que pida para éste que se le permita seguir siendo desocupado porque no de otra forma se explica la extraña solicitud de que "no se lo puede obligar a trabajar". Es insólito que el representante del Ministerio Público ubique a Bocanegra como agraviado por el hecho de que se le facilita el acceso al trabajo, olvidando que el trabajo es una obligación social (art. 25 C.P.). Hay que recordar que desde el mismo momento de la concepción, hay responsabilidad compartida de los padres respecto del nasciturus (preámbulo y art. 11 C.P. lo dijo la Corte en la sentencia T-197/93, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero), luego lo que ha debido hacer el Personero era buscar la protección del niño por nacer y no pretender darle piso legal a la irresponsabilidad del progenitor y a su propósito de no quedar socialmente comprometido con el trabajo. La conducta del personero va ciertamente en contravía de la tutela y le falta razón a la solicitud

que formula; el cambio de jornada, lo sustenta en argumentos insólitos: no se puede obligar a trabajar, el comportamiento sexual de Bocanegra que según el personero es aceptado "por parte de los actores" no ha dado lugar a denuncia penal, los correctivos del plantel y el deseo de que Bocanegra cambie de actitud "esto no significa que sea de obligatorio cumplimiento", el Consejo Directivo no puede tomar la decisión de cambiar al alumno de jornada, en fin, son posiciones adoptadas irresponsablemente porque el mismo Personero dice actuar con fundamento en el numeral 17 del artículo 178 de la Ley 136/94 que se refiere a la interposición de tutela "por delegación del defensor del pueblo" y tal delegación según el artículo 3° de la Resolución 01/92 de la Defensoría se ejerce cuando se haya violado o amenace violar derechos fundamentales y el cambio de jornada de estudio no es violación del derecho a la educación, no afecta "conocimientos académicos" como dice el Personero, ni menos atenta contra el artículo 26 C.P..

Hay que recordar que en algunas ocasiones la legitimidad para instaurar tutela le corresponde al Defensor del Pueblo, (art. 282 C.P.), cuando cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo o indefensión (art. 46 decreto 2591/91). Esta facultad se puede delegar en los Personeros. Y por Resolución 01/92 el Defensor del Pueblo delegó en los Personeros Municipales la facultad para interponer tutela pero con ***las condiciones de que se lo solicite la persona agraviada o que esté en situación de indefensión.***

En el presente caso el Personero dice actuar a nombre de Nelson Bocanegra por eso instaura tan curiosa tutela. Y causa perplejidad, por decir lo menos, que Bocanegra sea el indefenso que requería de la protección del Personero y que éste se aparte de su sagrada misión y se ubique en una grotesca posición seudo-legal. Es obvio que un disparate no puede obligar a un Personero a presentar tutela y si lo hace, en los términos como está escrita la solicitud en el presente caso, indica más un abuso que el ejercicio de una misión. El Personero, al actuar como delegado del Defensor del Pueblo en la presentación de una tutela, sólo lo puede hacer en desarrollo del principio constitucional establecido en el artículo 282 de la Carta: "El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, ***para*** lo cual ejercerá las siguientes funciones: ...interponer las acciones de tutela." (cursiva propia).

2. Se podría pensar, en gracia de discusión, que Bocanegra le comentó al Personero y enterado éste acudió a la justicia, pero ¿qué pidió? que no se lo cambie de jornada y que no se lo obligue a trabajar. ¿Es esto defender los derechos humanos?

No ha habido violación al derecho a la educación porque Bocanegra puede continuar sus estudios en el mismo plantel educativo y fue benévola la decisión de cambiarlo de jornada. No se puede afirmar que ello atenta contra el derecho al trabajo porque tanto el Personero como Bocanegra reclaman por todo lo contrario: que no haya trabajo. Menos aun hay violación a la intimidad porque los reiterados comportamientos de Bocanegra son de público conocimiento en Ataco, y más importante que esto es proteger al que está por nacer. Respecto a la presunta violación del artículo 26 de la Constitución, como lo afirma el Personero, o al debido proceso, como alega Bocanegra, no son de recibo puesto que facilitar que haya tiempo para que busque profesión u oficio está precisamente coadyuvando a que el artículo 26 se cumpla; y, la determinación de cambiar de jornada, tomada por el Consejo Directivo del Colegio, es razonable y no se ve por dónde se puede colegir que se violó el debido proceso, máxime cuando Bocanegra confiesa que los hechos son ciertos, aunque, con desparpajo, los justifica.

3. Lo que se aprecia en esta tutela es la total falta de seriedad por quien la instauró y esto no puede pasar desapercibido.

La Constitución protege el derecho al trabajo (preámbulo, art. 1°, 25 C.P.) y el Personero de Ataco protesta porque a Bocanegra se lo pasa a jornada que le permita trabajar. La Constitución protege al que está por nacer, (art. 1°, 11 C.P. Preámbulo) y el Personero de Ataco defiende al padre irresponsable; la Constitución le da especial protección a la mujer embarazada (art. 43 C.P.) y el Personero de Ataco olímpicamente la desprecia para "proteger" al seductor. La Constitución establece como deberes el respeto de los derechos ajenos y el no abuso de los propios (art. 95.1 C.P.), Bocanegra hace todo lo contrario del deber que tiene como persona frente a quien embarazó y a sus compañeras de colegio, y el Personero de Ataco lo respalda.

El Constituyente creó la tutela para proteger al oprimido, al violentado, al amenazado. En el presente caso las afectadas son un buen número de alumnas de un colegio de provincia, y el Personero de Ataco, olvidando sus deberes y su compromiso con la región, presenta tutela, sin tener justificación para ello, NO a nombre de las niñas o jóvenes seducidas por Bocanegra sino a nombre de éste.

4. Esta actitud inconcebible del Personero es un ultraje para quienes, en toda la República, han depositado en la acción de tutela la esperanza de que sea el real mecanismo para defender los derechos fundamentales.

Este abuso de Alexander Tovar González, Personero de Ataco, merece ser investigado por la Procuraduría. Además, empleándose una pena que excepcionalmente se usa, se condenará en costas a Tovar por prestarse como Personero para que Bocanegra no sea responsable ante la sociedad y ante la mujer que embarazó, por su falta de seriedad en el planteamiento de la acción, y, proviniendo esto de un Agente del Ministerio Público hace más fácil deducir su temeridad.

5. Temeridad y costas

El artículo 25 del decreto 2591 de 1991 habla en dos partes de "costas". En el primer inciso se refiere al fallo que concede la tutela, cuando la violación que motivó ha sido clara e indiscutiblemente arbitraria; en este evento se ordena EN ABSTRACTO "el pago de las costas del proceso".

En el último inciso se contempla la situación diametralmente opuesta: cuando la tutela es rechazada o denegada, en este caso el Juez "condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió ***en temeridad***".[1] Es decir, que si no hay temeridad no hay costas, esta circunstancia obliga a profundizar en este tema procesal.

5.1. Hay que decir que, tratándose de la tutela, la condenación en costas no obedece a un carácter disuasivo porque el Constituyente consagró la tutela como una acción pública, es de su esencia la gratuidad, está íntimamente ligada al derecho de las personas de acceder a la justicia,

---

[1] El artículo 25 se declaró exequible mediante sentencia C-543/93, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

luego un señalamiento de costas no puede verse como algo que desestima la presentación de esta acción.

Pero, otra cosa muy diferente es que se abuse dolosamente de su ejercicio, entonces, la conducta abusiva perjudica la administración de justicia, impide, obstaculiza que el acceso a la justicia de OTROS se desarrolle normalmente. La Corte Suprema de Justicia, al declarar inexequible el inciso 2° de la regla 2ª del ordinal 199 del artículo 1° del Decreto 2282/89 que modificó el Código de Procedimiento Civil, dijo:

"Las que deben impedirse son las actuaciones dolosas o temerarias que por constituir un verdadero abuso del derecho lesionan los intereses legítimos de la otra parte y le causan perjuicios indemnizables y entraban, contrariando el bien común, la recta y pronta administración de justicia..."[2]

5.2. Esas actuaciones signadas por la temeridad en la acción, nos remiten a los albores de la ***culpa aquiliana***, siendo las costas una forma de pena civil contra quien sin razón alguna instauraba una acción o temerariamente se oponía a ella, ocasionándose un daño injusto que debía ser reparado.

En Colombia, la teoría de la culpa aquiliana fue adoptada desde antes de la Constitución de 1886 (Código Judicial de la Nación) en 1872, reformado en 1873, editado en 1874 y adoptado por el artículo 1° de la Ley 57 de 1887; se consagró en el artículo 575 de la Ley 105 de 1931 que habló de temeridad maliciosa. Se decía que quien procedía con temeridad era el "improbus litigator" de que hablaba Justiniano ("contendiente deshonesto", "pleitistá de mala fe", quien promueve un juicio sin derecho y con mala intención).[3] El elemento de temeridad consistía, según la doctrina, en la conciencia plena de la injusticia o en el reconocimiento de su propia falta de razón.

En 1951 (decreto 243, artículo 2°) se dejó de lado la culpa aquiliana, criterio subjetivo, y fue reemplazado por el criterio objetivo del litigante vencido en juicio como sujeto que paga costas.

Este criterio objetivo permanece en el actual Código de Procedimiento Civil (art. 392 y siguientes), sin embargo, ***paralelamente*** a las costas y dentro del esquema de la responsabilidad patrimonial de las partes, el mismo Código, artículo 72, establece:

"Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fe, causa a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida..."

5.3. El artículo 73 castiga la temeridad con multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales, el artículo 74 establece los casos de temeridad o mala fe uno de ellos es "cuando sea mani-

---

2 Magistrado Ponente: Pablo Cáceres Corrales. Gaceta Judicial CCIX, #2448, págs. 213 y ss. Demanda presentada por Alvaro Tafur.

3 Diccionario de expresiones y frases latinas, Victor José Herrero.

fiesta la carencia de fundamento legal", y la Corte Suprema[4] señala que si el Juez encuentra temeridad o mala fe "puede fulminar contra el litigante temerario o doloso o contra su apoderado, la sanción mencionada "y establece como OBLIGACION del juzgador pronunciar la condena de los artículos 72 y 73 del C. de P. C. cuando el caso concreto da lugar a ello.

5.4. Tratándose de la tutela, la parte final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, no establece en forma paralela las costas *Y* la temeridad, sino que identifica ésta con aquéllas, así debe ser la lectura de tal norma porque, entre otras cosas, dicha interpretación es coherente con el carácter público, informal, gratuito de la tutela.

Significa lo anterior que cuando la tutela es rechazada o denegada, solamente puede hablarse de costas cuando se incurrió en temeridad; lo que se castiga es la temeridad como expresión del abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción. Y quien tasa las "costas" es el Juez de tutela porque el inciso final del artículo 25 del decreto 2591/95 se refiere a él (algo muy distinto ocurre en la situación consagrada en el primer inciso del mismo artículo en el cual lo principal son los perjuicios).

Fuera de la temeridad no puede existir otro factor cuantificable en la liquidación de estas costas y hubiera sido más apropiado emplear la expresión multa por temeridad, puesto que, en la moderna ciencia procesal las "costas" responden a factor objetivo y la temeridad a lo subjetivo.

Dentro de la trascendencia que se le da al término TEMERIDAD, como elemento calificador y al mismo tiempo como único elemento cuantificable, se deduce que tal condena sólo opera en casos excepcionales, cuando, como en el evento de esta tutela, es ostensible el abuso cometido por el Personero Tovar instaurando una tutela de manera injustificada, desprotegiendo a quien ha debido proteger y defendiendo posiciones injustas y contrarias a la Constitución como ya se ha explicado, lo cual conlleva, además, una desvalorización de la tutela, lo cual es imperdonable.

Se considera que Alexander Tovar con su extralimitación responde directamente y *no* es el Municipio quien debe ser condenado, puesto que la responsabilidad se predica en este caso de la persona natural que hace ejercicio indebido de sus funciones. Por otro aspecto, si se ha dicho que en realidad lo que se castiga es la temeridad, entonces es coherente aceptar que estas "costas" son más multa que cualquier otra cosa y ante esta interpretación es el aparato judicial el afectado por la temeraria tutela instaurada porque lo desgasta en todo sentido, luego será la administración de justicia quien recibirá el monto de las "costas" que el Juez competente señalará, dentro de los parámetros del artículo 73 del C. de P.C.: 10 a 20 salarios mínimos mensuales, QUANTUM que fijará el Juez de Tutela porque la Corte es Juez de Revisión.

6. Igualmente es necesario que el Defensor del Pueblo conozca el uso indebido que se le ha dado a la delegación para presentar tutela y compruebe si se cumplió o no el artículo 7° de su Resolución 001/92 que obliga a los Personeros Municipales a informar "en un plazo no mayor de diez días al Defensor del Pueblo las acciones de tutela que hayan interpuesto, los fallos proferidos y las impugnaciones realizadas".

---

[4] Magistrado Ponente: Germán Giraldo Zuluaga, 17 marzo /81.

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

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la decisión que denegó la tutela de la referencia, ADICIONADA en los siguientes aspectos:

a) Se condena en "costas" a Alexander Tovar González, por haber incurrido en temeridad al instaurar la presente tutela, liquidación que hará el Juzgado de tutela de primera instancia teniendo como único factor para valorar la TEMERIDAD, la ponderación entre los límites que establece el artículo 73 del C. de P.C. (diez a veinte salarios mínimos mensuales). Cifra que una vez tasada y cuando haya quedado en firme se consignará a nombre del Consejo Seccional de la Judicatura en Ibagué en la oficina y cuenta respectiva.

b) Se ordena remitir copia de esta sentencia al Consejo Seccional de la Judicatura en Ibagué en relación con las costas indicadas en el literal anterior.

c) Se remitirá copia de esta providencia al Procurador Regional, con jurisdicción en Ataco, para lo que estime pertinente.

Segundo.- Comuníquese lo resuelto en esta providencia al Juzgado Unico Penal Municipal de Ataco para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Envíese copia de este fallo al Defensor del Pueblo para lo que estime pertinente.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-453
octubre 5 de 1995

DERECHO DE PETICION-Alcance

Las respuestas de las autoridades a las peticiones respetuosas elevadas por las personas en interés privado o general no solamente deben ser oportunas sino sustanciales, es decir, deben resolver, en la medida de la competencia del organismo o servidor público correspondiente, sobre el asunto planteado en la solicitud, si bien es claro que la resolución no tiene que ser favorable al solicitante. Si la administración requiere elementos de juicio para decidir acerca del objeto de una petición, el solicitante no le puede exigir una resolución inmediata, pues ésta se supedita a los resultados de las diligencias preliminares necesarias, desde luego siempre que éstas se lleven a cabo de manera ***oportuna****, es decir dentro de los términos legales, y* ***eficiente****, atendiendo a los criterios de la economía procesal.*

ACCION DE TUTELA-Interés particular

La tutela carece de todo sentido si se orienta únicamente a la búsqueda de fines puramente colectivos, -derechos e intereses relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza-, para los cuales ha sido previsto un mecanismo diferente a la acción de tutela, como es el de las acciones populares.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Coexistencia frente al ruido

Todo individuo y su familia tienen derecho a un ámbito propio e inviolable dentro del cual ha de desenvolverse su vida privada en forma tranquila y pacífica y el de que la convivencia impone, por su misma naturaleza, ciertas restricciones que hagan posible a cada uno el ejercicio de sus derechos sin interferir los de otros. Ello se traduce necesariamente en el reconocimiento de que los derechos, por no ser absolutos, deben coexistir, sin que por fuerza tenga uno de ellos que eliminar o anular otro u otros.

JUEZ DE TUTELA-Competencia

No corresponde al juez de tutela sustituir a la autoridad administrativa en el ejercicio de las competencias que le son propias, ni mucho menos presentar soluciones concretas a la problemática originada por la comercialización de un sector residencial. La Corte, por ello,

se limita a verificar lo referente a posibles transgresiones de la normativa constitucional en materia de derechos fundamentales, lo que implica que deba desecharse la solicitud de la accionante en el caso de autos en lo relativo a aspectos que exceden ese ámbito puramente individual.

TUTELA CONTRA EL RUIDO-Cigarrería en zona residencial/**DERECHO A LA SALUD**-Vulneración por ruido/**DERECHO A LA TRANQUILIDAD**-Vulneración por ruido

Es claro el nexo causal existente entre el funcionamiento cercano de la "cigarrería" y el daño mental producido en la demandante, lo que, por la persistencia e intensidad de las conductas denunciadas y probadas, atribuibles al propietario y empleados del establecimiento y a su clientela, constituye una violación al derecho de aquélla a la salud y a la tranquilidad. Lo anterior sería suficiente para conceder la protección solicitada, si no fuera por el hecho de que el señor Alcalde, mediante Resolución, resolvió revocar la licencia de funcionamiento expedida para el establecimiento.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Procedencia

Solicita la peticionaria que se le indemnice en abstracto el daño emergente comoquiera que es necesario para asegurar el goce efectivo de sus derechos. La tutela no es, en principio, el mecanismo judicial idóneo para obtener esta clase de pretensiones. Ellas, por cuanto no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, deben hacerse valer ante la justicia ordinaria.

Referencia: Expediente No. T-71019

Acción de tutela instaurada por Marcolina Pérez de Grimaldos contra el Alcalde de la Zona Décima de Engativá y la Comandancia de la Estación de Policía de Bachué 10°.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los cinco (5) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisan los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado 17 Penal del Circuito y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Actuando en su propio nombre, en el de su familia y en el de los vecinos del barrio Quirigua en Santafé de Bogotá, la accionante, MARCOLINA PEREZ DE GRIMALDOS, narró que en varias ocasiones se habían dirigido en forma verbal y escrita a la Alcaldía Local de Engativá -Zona Décima-, para que en los sectores residenciales se prohibiera el funcionamiento de establecimientos de comercio.

Adujo que el Alcalde había dado muestras de ostensible debilidad en cuanto a su deber de hacer cumplir las normas de urbanismo y de las leyes que regulan la propiedad horizontal y los reglamentos de copropiedad, pues jamás adoptó medidas eficaces con el aludido fin y se ha limitado a la adopción de medidas transitorias.

Dijo que el Alcalde no se había esforzado por imponer las sanciones previstas en el artículo 66 de la Ley 9a. de 1989.

Por ello, estimó violado su derecho de petición y expuso que ella y sus vecinos carecían de otro medio de defensa judicial. También sostuvo que se vulneraban sus derechos a la tranquilidad (que, a su juicio, se infiere del Preámbulo de la Constitución), a la paz (artículo 22 C.P.) y a la intimidad (artículo 15 C.P.).

Se quejó de que la situación planteada amenazaba sus derechos a la vida y a la integridad personal en el aspecto psíquico, "debido a la afectación de la tranquilidad en mi medio habitacional".

Una vez expuesto lo anterior, la actora presentó su propio caso, consistente en la existencia de una cigarrería en el piso inmediatamente inferior al de su apartamento en el aludido barrio.

Dicha cigarrería -señaló- fue adecuada como una cantina dentro de la cual se comercializan toda clase de licores, se juega "rana" y se escucha música estridente todos los días de la semana y hasta altas horas de la madrugada. Se organizan, además, fiestas populares y verbenas, con lo cual resulta alterada la tranquilidad del sector.

Manifestó que todo ello le ocasionó una neurosis de angustia y pánico, según certificado psiquiátrico que adjuntó a la demanda.

Indicó, por otra parte, que el propietario del establecimiento la amenazó de muerte, así como a su familia.

Concluyó expresando que continuamente han llamado a la policía pero sin obtener resultado alguno.

Reconoció que las autoridades de policía habían sellado el establecimiento pero que el dueño de éste hizo caso omiso de ello, abrió las puertas del negocio y todo siguió igual.

Pidió al juez ordenar la revocación de las licencias expedidas para el funcionamiento de establecimientos de comercio en la zona y clausurar en forma inmediata todos los que estuvieran localizados cerca de su vivienda.

Pidió también que las órdenes anteriores se hicieran extensivas a la totalidad del barrio Quirigua, para evitar que allí funcionaran bares, cantinas, tabernas, discotecas y expendios de licores, así se enmascarasen presentándose como cigarrerías, salsamentarias, tiendas, cafeterías, heladerías, droguerías o misceláneas.

Solicitó que se ordenara al Alcalde local aplicar con absoluto rigor las normas vigentes sobre usos del suelo, lo que -a su juicio- suponía la prohibición radical, total e inmediata de conceder o renovar cualquier tipo de licencia de funcionamiento para establecimientos de comercio cuyas actividades fueran incompatibles con el uso residencial del sector.

Con la acción de tutela buscaba, además, que se ordenara a la fuerza pública remover inmediatamente las casetas, carpas y construcciones similares o carretas que invaden el espacio público en el barrio.

Pidió, por otra parte, que se ordenara a la Personería Distrital, a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y a "otras autoridades que resulten competentes" investigar al Alcalde local y a los funcionarios de policía de la Estación de Bachué, por las omisiones que dieron lugar a la acción de tutela.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE REVISION

Sobre la acción instaurada falló en primera instancia el Juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante providencia del 21 de marzo de 1995, por la cual se declaró improcedente la tutela impetrada.

Estimó el fallador que, por tener la acción de tutela un alcance individual, particular y concreto, no podía acceder a peticiones tales como la de revocar todas las licencias de establecimientos comerciales ubicados en el barrio en el que la peticionaria habita.

En cuanto a la situación específica de la accionante, consideró que, teniendo en cuenta el recaudo probatorio efectuado, en verdad se vió amenazado su derecho fundamental a la vida, en cuanto éste implica la protección contra cualquier tipo de injusticia, sea ésta de índole particular o institucional, y la posibilidad de poseer todos aquellos medios sociales y económicos que le permitan a la persona vivir conforme a su propia dignidad. Citó al respecto la Sentencia T-102 del 10 de marzo de 1993, proferida por esta Corporación.

Dedujo el juzgado que los derechos a la paz y a la tranquilidad emanan del supremo derecho a la vida, cuya existencia es indispensable para ejercerlos, pero tuvo en cuenta que en el período de tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda de tutela y su resolución, el Alcalde Local de Engativá revocó la licencia de funcionamiento de la cigarrería que mortificaba a la demandante.

Por tanto -concluyó- ha desaparecido la amenaza al derecho fundamental a la vida, la paz y la tranquilidad de la actora y, entonces, no se encuentra razón para brindarle protección judicial.

En cuanto al derecho de petición, el juzgado consideró que no fue vulnerado en el caso de la petente, pues el Alcalde Local de Engativá resolvió sobre sus solicitudes con agilidad y prontitud.

Impugnado el fallo, fue confirmado integralmente por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Según la providencia de segunda instancia, la materia propia de la acción, en lo relacionado con la cigarrería ubicada en el piso inferior al que habita la peticionaria, halló solución a través del acto administrativo que profirió la Alcaldía de Engativá revocando la correspondiente licencia de funcionamiento, pues no sólo se decretó el cese de la actividad del establecimiento sino que se ofició a la Estación de Policía para que se hiciera respetar la orden, con todo lo cual se puso punto final al problema planteado.

El derecho de petición se respetó, pues las inquietudes de la accionante fueron respondidas de manera oportuna.

Ahora bien, para el Tribunal, el desvío de la acción hacia una de carácter popular para protección de derechos e intereses colectivos del barrio, con el fin de evitar la desvalorización de los apartamentos por la proliferación de la actividad comercial, es aspecto que repugna a la filosofía de la acción de tutela, puramente individual y concreta.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Corte es competente para revisar los indicados fallos, según lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

Derecho de petición y diligencias preliminares

Adujo la accionante que su derecho de petición había sido violado por la Alcaldía local debido a la demora de ésta en adoptar medidas concretas relativas a su caso.

La doctrina de esta Corte en torno a los alcances del derecho fundamental plasmado en el artículo 23 de la Constitución se ha orientado en el sentido de que las respuestas de las autoridades a las peticiones respetuosas elevadas por las personas en interés privado o general no solamente deben ser oportunas sino sustanciales, es decir, deben resolver, en la medida de la competencia del organismo o servidor público correspondiente, sobre el asunto planteado en la solicitud, si bien es claro que la resolución no tiene que ser favorable al solicitante.

Esto implica que las respuestas de la administración no pueden ser simplemente formales, como ya lo dijo la Sala en Sentencia T-553 del 2 de diciembre de 1994:

"El artículo 23 de la Constitución estatuye que toda persona tiene derecho, no únicamente a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular, sino a ***obtener pronta resolución****.*

De la norma constitucional ha de resaltarse en esta ocasión que el derecho se concreta en dos momentos sucesivos, ambos dependientes de la actividad del servidor público a quien se dirige la solicitud: el de la recepción y trámite de la misma, el cual implica el debido acceso de la persona a la administración para que ésta considere el asunto que se le plantea, y el de la respuesta, cuyo sentido trasciende el campo de la simple adopción de decisiones y se proyecta a la necesidad de llevarlas al conocimiento del solicitante.

El aspecto últimamente enunciado tiene una especial importancia desde el punto de vista constitucional, en cuanto la respuesta tan sólo goza de ese carácter si está garantizada la comunicación entre la entidad estatal y la persona interesada, en tal forma que ésta se entere a plenitud sobre lo resuelto. Lo contrario significa que la administración, al reservarse el sentido de su determinación -así en efecto la haya

adoptado- se ha abstenido de responder, violando por consiguiente el derecho, si se tiene en cuenta el fundamento constitucional del mismo, que radica en asegurar que el Estado atiende a los gobernados dentro de un criterio de efectividad". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión).

También dijo la Corte:

"Cabe advertir que la administración está obligada a 'resolver', esto es, a dar contestación sustantiva a las peticiones formuladas por los particulares y no, simplemente, a responder sin referirse de manera directa a lo solicitado. Los pronunciamientos evasivos o meramente formales encubren una actuación omisiva que compromete la responsabilidad del servidor público y del Estado (C.P. arts. 6° y 90) y vulneran o amenazan los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ha rechazado determinadas razones esgrimidas por la administración -deficiencias de personal, volumen de expedientes, orden de las solicitudes, reestructuración de sistemas de trabajo- para justificar la desatención del deber de resolución oportuna". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-392 del 6 de junio de 1994. M.G.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

No obstante, es necesario advertir que cuando la autoridad requiere adelantar diligencias previas a la resolución, no vulnera el derecho de petición si comunica oportunamente al peticionario cuál es el estado del trámite que se sigue y cuándo habrá de resolverse, tal como lo dispone el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, que dice: "...Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición (...), 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."

Considera la Corte que, si la administración requiere elementos de juicio para decidir acerca del objeto de una petición, el solicitante no le puede exigir una resolución inmediata, pues ésta se supedita a los resultados de las diligencias preliminares necesarias, desde luego siempre que éstas se lleven a cabo de manera ***oportuna***, es decir dentro de los términos legales, y ***eficiente***, atendiendo a los criterios de la economía procesal.

En el caso presente, como lo dijeron los jueces de instancia, ningún motivo existe para asegurar que el derecho de petición fue quebrantado por la Alcaldía local, pues ésta adelantó de manera oportuna todas las gestiones a su cargo encaminadas a responder a la peticionaria, dispuso lo concerniente a la búsqueda de elementos de juicio necesarios para resolver, decretó y practicó las pertinentes pruebas y, en una actuación que tomó en total un lapso de treinta días, profirió resolución mediante la cual retiró la licencia de funcionamiento de la cigarrería que molestaba a la accionante.

No tenía, por tanto, ningún fundamento el ejercicio de la acción de tutela por el expresado motivo.

El interés en la acción de tutela

La petente en este caso no llegó solamente hasta solicitar que se actuara administrativa y judicialmente para lograr el cierre del establecimiento de comercio instalado en el piso infe-

rior a su sitio de vivienda -objetivo que finalmente alcanzó- sino que extendió su petición y la acción de tutela instaurada al propósito de erradicar prácticamente todo negocio o actividad comercial del área entera del barrio en el que habita.

La Corte Constitucional estima que semejante pretensión no podía ser despachada favorablemente por los jueces de instancia -como en efecto no lo fue-, pues resultaba del todo improcedente tratándose del excepcional instrumento consagrado en el artículo 86 de la Carta Política.

No puede olvidarse que el ejercicio de la acción de tutela tan sólo tiene por objeto y justificación en nuestro sistema jurídico la protección cierta, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de la persona, cuando han sido violados o son amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares. No puede haber amparo sin el presupuesto indispensable de algún derecho fundamental probadamente vulnerado o en peligro.

Por tanto, el procedimiento preferente y sumario que tiene lugar a partir de la demanda de tutela únicamente puede fundarse en el alegato y posterior probanza de que el solicitante o aquél a nombre de quien actúa está siendo afectado o puede serlo de modo inminente y grave.

Quien acude al juez en demanda de defensa constitucional tiene acceso a la administración de justicia en tanto en cuanto sus derechos fundamentales estén de por medio y solamente por ello.

Si bien es cierto que -como lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corte- cabe el amparo aun cuando con la decisión queden cobijados y favorecidos los derechos de una colectividad (Cfr., Corte Constitucional, diferentes salas de revisión de tutela, sentencias T-437 de 1992, T-67, T-254, T-320, T-366, T-376, T-539, T-551 y T-552 de 1993; T-354 de 1994, entre otras), ello únicamente acontece sobre la base insustituible de que exista una conexidad entre el motivo que venía generando el daño colectivo y el perjuicio individual que, para sus derechos fundamentales, invoca la accionante.

Así las cosas, la tutela carece de todo sentido si se orienta únicamente a la búsqueda de fines puramente colectivos, como los indicados en el artículo 88 de la Constitución -derechos e intereses relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza-, para los cuales ha sido previsto un mecanismo diferente a la acción de tutela, como es el de las acciones populares.

El ámbito propio de la protección judicial de los derechos esenciales aparece, entonces, desbordado cuando se intentan acciones de tan amplios alcances como la examinada en este caso, mediante la cual se ha pretendido alcanzar unos efectos generales sobre un vasto sector de la población urbana sin que pueda establecerse una relación lógica y razonable con la situación alegada por la demandante.

La Corte Constitucional ya señaló en proceso similar:

"...la tutela surge como una acción subjetiva de carácter personal y concreto, cuyo titular es la persona agraviada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien tiene el deber de iniciarla directamente o por medio de representante, salvo los casos

señalados en el decreto 2591 de 1991 que permiten hacerlo al defensor del pueblo o a un personero municipal o distrital.

Ahora bien, tanto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, como en la normatividad legal que lo desarrolla (decreto 2591 de 1991), el fin o propósito específico de la acción de tutela, aparece claramente determinado, y no es otro que el de brindar a la persona afectada, *óigase bien, única y exclusivamente* a ésta, *la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que le han sido vulnerados o amenazados, por parte de una autoridad pública o de un particular.*

En consecuencia el juez a quien compete resolver la citada acción, no puede pronunciarse en forma general, impersonal y abstracta, pues su función se limita a ordenar ***para el caso particular y específico, puesto en su conocimiento****, las medidas necesarias para garantizar* ***al agraviado*** *el pleno goce de su derecho y, si es pertinente, volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación. Cuando lo impugnado sea la denegación de un acto o una omisión, el fallo debe ordenar que se lleve a cabo o efectúe la actuación correspondiente o se desarrolle la acción adecuada en el plazo señalado por la ley. Si se trata de la ejecución de una conducta o la realización de una actuación material o de una amenaza, se ordenará la inmediata cesación, así como la orden de evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-321 del 10 de agosto de 1993. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).*

En el caso materia de análisis resulta evidente que las pretensiones colectivas de la demanda desvirtuaban el alcance y el fundamento de la acción de tutela instaurada, razón por la cual lo procedente era excluirlos de plano, como en efecto se hizo en las instancias, y resolver únicamente sobre la posible violación de los derechos fundamentales de la petente.

Es verdad que la Corte Constitucional en casos concretos, como el considerado en la Sentencia T-112 del 11 de marzo de 1994 (M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell), ha ordenado a las autoridades administrativas de una zona residencial impedir el funcionamiento de establecimientos comerciales carentes de licencia y abstenerse de expedir nuevos permisos en cuanto su destinación no fuera compatible con el uso residencial, pero no es menos cierto que ello encontró justificación válida en la acreditada violación de derechos fundamentales de la peticionaria por virtud de una perturbación anormal o extraordinaria que excedió los límites de la tolerancia. La situación llegó en ese evento al punto de que se puso en peligro las vidas de aquélla y de sus familiares por cuanto el vidrio de una de las alcobas de su casa de habitación fue perforado mediante bala, debido a que en la mayoría de los establecimientos comerciales del sector se vendía y consumía droga.

Derecho a la tranquilidad y tolerancia

En el proceso que se menciona, la Corporación tuteló los derechos a la vida, a la tranquilidad y a la intimidad de la solicitante, pero en esa misma providencia la Corte puso de presente que "por el hecho de vivir en sociedad, esto es, por encontrarse dentro de un grupo de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individualmente considerados, el ciudadano debe tolerar algunos obstáculos y molestias resultantes de actividades que sean socialmente convenientes e imprescindibles", si bien "esos inconvenientes sólo deben soportarse cuando (...) no rebasan lo que es considerado normal, habitual y común".

La Corte estima necesario ratificar en esta ocasión los dos criterios, ambos emanados de la Carta Política: el de que todo individuo y su familia tienen derecho a un ámbito propio e inviolable dentro del cual ha de desenvolverse su vida privada en forma tranquila y pacífica y el de que la convivencia impone, por su misma naturaleza, ciertas restricciones que hagan posible a cada uno el ejercicio de sus derechos sin interferir los de otros. Ello se traduce necesariamente en el reconocimiento de que los derechos, por no ser absolutos, deben coexistir, sin que por fuerza tenga uno de ellos que eliminar o anular otro u otros.

Así, el juez constitucional debe conciliar, en situaciones como la aquí descrita, los derechos a la tranquilidad y a la intimidad de la solicitante con el derecho al trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales cercanos a su residencia, sujetos ellos -claro está- a las exigencias legales, reglamentarias y policivas correspondientes.

Respecto del asunto objeto de examen, la Corte Constitucional entiende que la peticionaria, toda vez que no tuvo en cuenta los específicos alcances constitucionales de la acción de tutela, no podía pedir que mediante ella se forzara a las autoridades locales a adoptar decisiones administrativas de índole general inherentes a su gestión.

Se reitera lo afirmado por la Sala Segunda de Revisión, mediante Sentencia T-268 del 7 de junio de 1994, en el sentido de que no corresponde al juez de tutela sustituir a la autoridad administrativa en el ejercicio de las competencias que le son propias, ni mucho menos presentar soluciones concretas a la problemática originada por la comercialización de un sector residencial. La Corte, por ello, se limita a verificar lo referente a posibles transgresiones de la normativa constitucional en materia de derechos fundamentales, lo que implica que deba desecharse la solicitud de la accionante en el caso de autos en lo relativo a aspectos que exceden ese ámbito puramente individual.

Análisis del caso concreto.

Según obra en el expediente T-71019 (folio 15), en ejercicio del derecho de petición, la señora MARCOLINA PEREZ DE GRIMALDOS, se dirigió al Alcalde Local Zona Décima Engativá, con el fin de que se decretara el cierre definitivo del establecimiento comercial que funcionaba en el Conjunto Multifamiliar de Ciudad Quirigua Central, propiedad del señor Rubén Gómez, el cual opera como una CANTINA, perturbando la tranquilidad de quienes habitan el Bloque 129 de dicho Conjunto.

La accionante acompañó a su solicitud un certificado médico de la Secretaría Distrital de Salud, a nombre de Marcolina Pérez, en el cual consta que ella presenta "neurosis de angustia y pánico, la cual es exacerbada por la presencia de ruidos en su medio ambiente habitacional" (folio 71, Exp. 71019).

La Juez 17 Penal del Circuito de la ciudad, a quien correspondió conocer en primera instancia de la acción de tutela, remitió a la peticionaria a una valoración siquiátrica en el Instituto de Medicina Legal a fin de que allí se determinara si la crisis nerviosa que padece aquélla puede atribuirse a los ruidos producidos en la cigarrería que funcionaba en su edificio, o si el insomnio presentado desde hace dos años evidenciaba ya desórdenes mentales anteriores.

A folios 120 a 125 del Expediente 71019 se encuentra el informe rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 15 de marzo del año en curso, en cuyas conclusiones se lee:

"CONCLUSION

1.- Examinada el día 14 de marzo de 1995 encontramos que la señora MARCOLINA PEREZ presenta una neurosis de angustia con ataques de angustia. Que las enfermedades mentales son multicausas pero que el desencadenamiento y el cuadro agudo o sea los ataques de angustia se presentan en concomitancia con la situación del ruido producido por la cigarrería. Es decir dicho hecho que parece banal (sic), no lo es para el psiquismo de la señora Pérez y se convirtió en una preocupación."

Para esta Sala es claro el nexo causal existente entre el funcionamiento cercano de la "CIGARRERIA GLASS" y el daño mental producido en la señora Marcolina de Grimaldos, lo que, por la persistencia e intensidad de las conductas denunciadas y probadas, atribuibles al propietario y empleados del establecimiento y a su clientela, constituye una violación al derecho de aquélla a la salud y a la tranquilidad.

Lo anterior sería suficiente para conceder la protección solicitada, si no fuera por el hecho de que el señor Alcalde Local de Engativá, mediante Resolución No. 014 del quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995), resolvió REVOCAR la licencia de funcionamiento expedida para el establecimiento denominado "CIGARRERIA GLASS", de propiedad del señor Rubén Gómez.

Lo anterior fue corroborado por esta Corporación mediante la diligencia de inspección judicial que llevara a cabo la Magistrada Auxiliar del Despacho del Magistrado Ponente, doctora María Claudia Rojas Lasso, en la cual se verificó el cierre de dicho establecimiento comercial, como consta en el escrito que obra a folios 192 y 193 del Expediente 71019. Allí aparece que tal negocio fue cerrado desde el pasado 22 de julio, lo cual hace que la tutela carezca de fundamento actual.

Indemnización de perjuicios por vía de tutela.

Solicita la peticionaria que se le indemnice en abstracto el daño emergente como quiera que es necesario para asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Sobre el particular debe reiterarse lo afirmado por esta Corporación en el sentido de que la tutela no es, en principio, el mecanismo judicial idóneo para obtener esta clase de pretensiones. Ellas, por cuanto no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, deben hacerse valer ante la justicia ordinaria.

En Sentencia T-403 de 1994 expresó esta Corporación:

"Debe subrayarse, sin embargo, que, no es la indemnización el objetivo primordial de la tutela pues la razón de ésta reside en la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Conviene recordar que, como lo ha enseñado la jurisprudencia, "la indemnización sólo es posible decretarla si se concede la tutela, razón por la cual la prosperidad de la acción en esta materia -que, por ende, resulta ser accesoria- únicamente puede darse si prospera la pretensión principal, es decir, si el juez ha encontrado aquélla procedente y, además, ha concluido que las razones de hecho y de derecho por él evaluadas dan lugar a impartir una orden de inmediato cumplimiento en cuya virtud

se realicen, en el caso específico, los postulados constitucionales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-095 del 4 de marzo de 1994).
(...)

"En otros términos, la indemnización por la vía de la tutela es excepcional.

Para que proceda es indispensable que el afectado no disponga de otro medio judicial. Esta exigencia no se refiere a la defensa del derecho fundamental invocado sino a la obtención del resarcimiento del perjuicio, como ya lo resaltó esta Corte en el fallo últimamente mencionado.

En consecuencia, si, consideradas las circunstancias del caso, el accionante tiene posibilidad de intentar la acción ordinaria enderezada a la indemnización de los daños que se le han causado, no es la tutela el medio judicial idóneo para ello, pese a haber prosperado". (Cfr. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-403 de 1994).

De lo anterior se desprende con claridad que si la señora Marcolina Pérez de Grimaldos pretende ser indemnizada por los perjuicios que le pudo haber ocasionado el establecimiento comercial denominado "CIGARRERIA GLASS", de propiedad del señor Rubén Gómez, debe acudir a la justicia ordinaria civil.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el día veinticuatro (24) de abril del año en curso, mediante el cual se confirmó el proferido en primera instancia, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por la señora MARCOLINA PEREZ DE GRIMALDOS contra el señor Alcalde Local de Engativá y la Estación Décima de Policía y, en consecuencia, denegar la protección solicitada.

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

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-454
octubre 5 de 1995

LIBERTAD DE CULTOS-Límites a su difusión

En el específico caso del ejercicio de un determinado culto, en éste sólo se puede producir sonido hasta el límite espacio-temporal fijado. La anterior limitación de magnitud parte de la existencia de un ámbito de acción permitido para el mencionado derecho, en el cual su despliegue no causa violación o amenaza de los derechos de los otros, porque se encontraría dentro de la carga que comporta la vida en sociedad, pero si supera el marco fijado vulnera el contenido esencial del derecho a la intimidad de la persona que soporta la injerencia sónica arbitraria. Así mismo, la razón de ser de la mencionada tabla es la determinación de niveles de sonido que el oído humano está en condiciones de soportar sin afectar su salud. En ese orden de ideas, la transgresión de los límites señalados constituye una amenaza al derecho fundamental de la salud del que lo sufre.

TUTELA CONTRA EL RUIDO-Difusión de cultos/**DERECHO A LA INTIMIDAD**-Vulneración por ruido/**DERECHO A LA SALUD**-Vulneración por ruido

En cuanto a la transgresión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, la Comunidad se ha estado excediendo en la emisión del ruido, pues hay varios indicios que en su conjunto conducen a concluir que los fieles que conforman tal Comunidad realizan una injerencia arbitraria contra los vecinos. Se está presentando una extralimitación por parte de un particular en el ejercicio del derecho de libertad de cultos, pues se están transgrediendo los límites dentro de los cuales se pueden desplegar el derecho citado y con ello violando el derecho a la intimidad de los vecinos, en este caso actores en la presente tutela. Así mismo, se amenaza el derecho a la salud de los peticionarios pues se emiten sonidos fuera de los niveles admitidos para preservar la salud de las personas.

DERECHO DE PETICION-Obligación de comunicar trámite

La conducta que desplegó el Alcalde a fin de cumplir la orden dada por el Juez de tutela se ajusta a derecho pues carecía de competencia para realizar un proceso policivo de perturbación de la tranquilidad y lo remitió a una de sus oficinas, la cual tiene a su vez dependencias que sí pueden llevar a cabo el proceso en mención, con el cual se tomarían las medidas pedidas en la petición de los actores. Sin embargo, el Alcalde en mención falló al no comunicarle a las personas que suscriben la petición, la actuación administrativa que realizó al

percibir que no era competente para contestar, más no se ordenará que se realice la acción omitida pues los accionantes ya están enterados.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEXISTENTE-Ruido

En cuanto a la violación de la intimidad y la salud, los actores no tiene otro medio de defensa judicial, pues los medios jurídicos con los cuales se puede defender de la conducta de los particulares acusados son de carácter administrativo.

TUTELA CONTRA EL RUIDO-Procedencia frente a particulares

La tutela se encuadra también dentro de uno de los supuestos de tutela contra particulares, el cual es la afectación grave y directa de un interés público.

Referencia: Expediente No. T-71249

Peticionarios: Miguel Angel García Barbosa, Antonio Melo y otros.

Procedencia: Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-.

Temas:
- El ruido como transgresor de los derechos fundamentales a la intimidad y a la salud.
- El derecho de petición.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero -Presidente de la Sala-, 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 de tutela identificado con el número de radicación T-71249.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. Por reparto le correspondió el presente negocio a la Sala Séptima de Revisión.

1. Solicitud.

Miguel Angel García y otros, impetran acción de tutela contra la Comunidad Carismática Cristiana con fundamento en los siguientes hechos:

a) Los accionantes, junto con sus familias, residen en el barrio Interlaken de la ciudad de Ibagué, específicamente en el sector comprendido entre la Avenida Octava y la carrera 8° y la calle 19 hasta la calle 16.

b) En el mismo barrio, en la Avenida 8° No. 16-56, funciona un templo de la Comunidad Carismática Cristiana, en el cual se realizan los cultos.

c) Según los accionantes, los mencionados cultos producen un ruido exagerado pues los fieles cantan, aplauden y pisotean, acompañados por instrumentos musicales con elevado sonido. Así mismo, se realizan diariamente sin tener horario definido. Por otro lado, en el templo en mención se han realizado construcciones sobre pared medianera de uno de los accionantes, sin su consentimiento y constituyendo una servidumbre de vista.

Los peticionarios sostienen que el comportamiento antes descrito vulnera sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 (intimidad) y 92 (solicitud de aplicación de sanciones penales y disciplinarias para autoridades públicas) de la Constitución Política, como también las normas urbanísticas.

2. Fallos.

2.1. Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia del 7 de abril de 1995.

El Tribunal de primera instancia indicó que la tutela es procedente, sosteniendo que la libertad religiosa es un derecho fundamental de expresión individual y colectiva pero se debe desplegar sin perturbar la intimidad de las otras personas. Es así como no se puede forzar a los habitantes que rodean un templo a escuchar las "manifestaciones religiosas mediante altoparlantes o ruidos originados por instrumentos musicales con elevado sonido, pues no solamente perturba la conciencia sino la tranquilidad y más cuando no se pertenece a esa iglesia". Por otro lado, expresó que existió una violación del derecho fundamental de petición, porque "el director de la administración del ente territorial no ha dado solución a las peticiones para evitar lo anterior -se refiere a la perturbación sonora-, y además en este trámite guardó silencio respecto a la no contestación de los reclamos recibidos en su Despacho de fechas 13 de septiembre y 8 de noviembre de 1994".

En ese orden de ideas, el Tribunal Administrativo del Tolima concedió la tutela solicitada por Miguel Angel García y otros debido a la violación de los derechos fundamentales de petición e intimidad.

2.2. Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-. Sentencia del 12 de mayo de 1995.

El Consejo de Estado revocó parcialmente la sentencia del *a-quo*, denegando la acción en cuanto a la violación de derecho a la intimidad y confirmando todo lo restante.

El Consejo manifestó, inicialmente, que son dos aspectos los que originan la presente acción de tutela: a) el ruido que presuntamente producen las reuniones de culto de la Comunidad Carismática Cristiana, sin que el Alcalde, a quien le solicitaron la solución del problema, les respondiera; y b) la violación por parte de la misma Comunidad, de las normas municipales de construcción al efectuar la edificación del templo, aspecto también puesto en conocimiento de la Alcaldía y Planeación Municipal.

El Consejo de Estado explicó que:

Aunque la Sala entiende que la parte solicitante lo que quiere es la suspensión de la obra y el ruido que considera se produce en las reuniones de culto de la Comunidad Carismática Cristiana, por las razones anotadas, no es posible mediante esta acción de tutela acceder a tales peticiones, que constituyen el fondo del asunto y que, ni por los derechos que se alegan violados ni por razón de la tutela del derecho de petición es procedente, porque si hay solicitud ante el Alcalde debe esperarse su respuesta, que es lo ordenado en esta oportunidad.

En relación con el derecho de petición, el Consejo entendió que la afirmación de los solicitantes en cuanto a que no obtuvieron respuestas a sus quejas, esto fue corroborado por el silencio de la Administración, al ser inquirida al respecto, por tanto se violó el derecho de petición.

Seguidamente, respecto al segundo aspecto, se expresó que la Oficina de Planeación Municipal oportunamente contestó manifestando que inicialmente se había sellado la construcción por no cumplir los requisitos legales y que una vez cumplidos los mismos se produjo la resolución que otorgó el permiso, "es decir, existe un acto administrativo que puede ser discutido por la vía judicial sin que haya lugar a pronunciamiento alguno mediante la acción incoada".

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado sólo tuteló el derecho de petición, denegando la tutela en lo relacionado con el derecho a la intimidad.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia.

1- 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 Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

Temas a tratar.

2- Los accionantes fundamentan la presente acción sobre la presunta violación de sus derechos fundamentales por las altas emisiones de ruido que protagoniza la Comunidad Carismática Cristiana en la realización de sus cultos, entonces, la Corte estudiará el ruido como transgresor del derecho a la intimidad y factor contaminante.

3- Por otro lado, los peticionarios se quejan de la falta de respuesta de las peticiones dirigidas a la administración municipal para solucionar el entuerto. Así, esta Sala abordará también el tema del derecho de petición.

El ruido como transgresor de los derechos fundamentales a la intimidad y a la salud.

4- La acusación de los peticionarios gira alrededor de la presunta transgresión del derecho a la intimidad por parte de Comunidad en cuestión, por el uso desmedido del sonido producido en la ejecución de sus ceremonias religiosas, por consiguiente, la Sala analizará el tema del ruido como transgresor de los mencionados derechos fundamentales.

5- Esta misma Sala ha señalado que:

La vida en sociedad genera para el ser humano ciertas cargas propias de la interacción social. Este es el caso del ruido. Ciertamente, la vida social supone la tolerancia de la existencia de la alteridad, es decir, del otro. Esa otra persona tiene derecho a ser y, en consecuencia, a ejecutar todas sus manifestaciones de existencia como la producción de su propio ruido, obviamente limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16 C.P.).[1]

El ruido puede llegar a constituirse en una injerencia arbitraria en la intimidad de una persona. En relación con lo anterior, la Corte ha expresado que:

El derecho fundamental a la intimidad asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros, en el que puede resguardarse, aislándose del tumulto de la vida moderna, gozar del recogimiento necesario y proyectar tranquilamente su personalidad, alejado y libre de las intromisiones o contactos que el sistema social normalmente acarrea.

En su versión tradicional, el derecho a la intimidad ha sido identificado con la protección al domicilio y a la correspondencia frente a intervenciones indeseadas y arbitrarias de personas ajenas. A nivel penal, el allanamiento del domicilio o la interceptación de las comunicaciones, sin orden judicial que las autorice, son conductas punibles que atentan contra la inviolabilidad de la habitación y del sitio de trabajo (Título X, Capítulo IV del Código Penal) y contra la reserva de las comunicaciones y documentos privados (Título X, Capítulo V del Código Penal).

Sin embargo, una interpretación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia (CP art. 93), exige entender comprendido en su núcleo esencial ***la interdicción de ruidos molestos e ilegítimos****. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece:*

---

1 Corte Constitucional. Sentencia No. 357/95. M.P. Dr.: Alejandro Martínez Caballero.

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

La prohibición que recae sobre las ***injerencias arbitrarias*** *en la vida privada de la persona, su familia, su domicilio o su correspondencia, no sólo garantiza a la persona frente al ingreso injustificado de personas o agentes públicos al espacio físico de su exclusivo control, sino también la ampara contra las invasiones que penetran la esfera de intangibilidad de su vida personal o familiar, mediante aparatos electrónicos o mecánicos, en este caso ya no tan sólo en forma directa e intencional. La amplitud del concepto de "injerencia", contenido en el* ***derecho a no ser molestado*** *que, a su vez, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad personal o familiar, incluye los ruidos ilegítimos, no soportables ni tolerables normalmente por la persona en una sociedad democrática.*[2]

En conclusión, el ruido excesivo también puede vulnerar un derecho fundamental, la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P.), cuando se presenta una injerencia arbitraria, o sea, niveles de ruido que no se tiene la carga de soportar, en ese reducto exclusivo y propio de la persona.

6- Por otro lado, el ruido es reconocido como agente contaminante del medio ambiente, tanto por la legislación nacional (Decreto No. 2811 de 1974) como por la jurisprudencia de esta Corporación[3]. Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que el medio ambiente no es derecho fundamental por naturaleza, sin embargo, cuando existe una violación de un derecho fundamental, como la salud o la vida, es posible que proceda la tutela probándose la relación causal entre la actividad que vulnera el medio ambiente y el daño al derecho fundamental respectivo. En ese orden de ideas, es posible que el ruido llegue a niveles en los cuales viole o amenace violar un derecho fundamental como el de la salud, en cuyo caso pueda ser tutelado, en tanto y en cuanto, se logre comprobar el nexo entre la conducta acusada violatoria del medio ambiente y el daño o amenaza al derecho fundamental.

7- El nivel de tolerancia social del ruido está condicionado, principalmente, por la situación espacial y temporal en la cual se produce. En efecto, el Ministerio de Salud Pública expidió la Resolución No. 8321 de 1983, por la que "se dictan normas sobre protección y conservación de la audición de la salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruidos". En su artículo 17, la Resolución citada determina los niveles de ruido máximos permisibles según el lugar y la hora en que se produzca su emisión:

Artículo 17.- Para prevenir y controlar las molestias, las alteraciones y las pérdidas auditivas ocasionadas en la población por la emisión de ruido, se establecen los niveles sonoros máximos permisibles incluidos en la siguiente tabla:

---

2 Corte Constitucional. Sentencia No. T-210/94. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Corte Constitucional. Sentencias Nos. T-411/92, T-308/93, T-025/94 y T-226/95, entre otras.

TABLA NUMERO I

Zonas receptoras
Nivel de presión sonora de dB (A)

	Período diurno 7:01a.m.-9p.m.	*Período nocturno 9:01p.m.-7a.m.*
Zona I residencial	*65*	*45*
Zona II comercial	*70*	*60*
Zona III industrial	*75*	*75*
Zona IV de tranquilidad	*45*	*45*

Parágrafo 1° - Para efectos del presente artículo la zonificación contemplada en la Tabla número I, corresponde a aquella definida o determinada por la autoridad competente en cada localidad y para cada caso.

(...)

Así mismo, el artículo 21 del precitado acto normativo reitera, en general, la obligatoriedad del artículo 17 ibídem, al establecer lo siguiente:

Artículo 21.- Los propietarios o personas responsables de fuentes emisoras de ruido, están en la obligación de evitar la producción de ruido que pueda afectar y alterar la salud y el bienestar de las personas, lo mismo que de emplear los sistemas necesarios para su control con el fin de asegurar niveles sonoros que no contaminen las áreas aledañas habitables. Deberán proporcionar a la autoridad sanitaria correspondiente la información que se les requiera respecto a la emisión de ruidos contaminantes.

Luego, la Resolución mencionada, en su artículo 22, determina el respeto a la intimidad en su componente de tranquilidad auditiva específicamente en las relaciones entre vecinos, sin atender a la actividad que desempeñen, estableciendo que "ninguna persona permitirá u ocasionará la emisión de cualquier ruido, que al cruzar el límite de propiedad del predio originador pueda exceder los niveles establecidos en el Capítulo II de la presente resolución". Claramente, la norma prohíbe la intromisión arbitraria de un vecino al predio de otro, a través del ruido que sobrepase los niveles permitidos. En el artículo 23 ibídem, se les exige a los establecimientos, locales y áreas de trabajo el estricto cumplimiento de los niveles sonoros permisibles.

Así las cosas, las personas que tengan fuentes productoras de sonido que rebasen las escalas sonoras antes citadas están ejerciendo en forma abusiva su derecho a producir ruido.

8- Ahora bien, en el específico caso del ejercicio de un determinado culto (art. 19 C.P.), en éste sólo se puede producir sonido hasta el límite espacio-temporal fijado por la tabla del artículo 17 antes citado. La anterior limitación de magnitud parte de la existencia de un ámbito de acción permitido para el mencionado derecho, en el cual su despliegue no causa violación o amenaza de los derechos de los otros, porque se encontraría dentro de la carga que comporta la vida en sociedad, pero si supera el marco fijado vulnera el contenido esencial del derecho a la

intimidad de la persona que soporta la injerencia sónica arbitraria. Así mismo, la razón de ser de la mencionada tabla es la determinación de niveles de sonido que el oído humano está en condiciones de soportar sin afectar su salud. En ese orden de ideas, la transgresión de los límites señalados constituye una amenaza al derecho fundamental de la salud del que lo sufre.

Es preciso tener en cuenta que los límites de los derechos no siempre están positivizados, sino por el contrario obedecen a la cláusula del artículo 16 constitucional que señala la relatividad de la frontera del derecho a partir de los derechos de los demás y el orden jurídico.

La Corte ha sostenido que:

El conflicto surgido entre el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de religión (CP art. 19) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (CP arts. 15 y 28), debe resolverse de conformidad con los principios de mayor efectividad de los derechos fundamentales y de armonización de las normas constitucionales. El intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y la función que cada derecho cumple en una sociedad democrática.

(...)

El ámbito de la vida privada, ajeno a las intervenciones de los demás, garantiza a la persona su libertad. Quien se ve compelido à soportar ***injerencias arbitrarias*** *en su intimidad sufre una* ***restricción injustificada*** *de su espacio vital, de su autonomía y de sus posibilidades de libre acción. Esto sucede especialmente cuando el contenido del derecho es significativamente recortado por las exigencias o cargas impuestas al mismo como resultado de la interrelación con otros derechos fundamentales.*

(...)

La ***proporción*** *o* ***justa medida*** *del ejercicio legítimo de un derecho constitucional está determinada por los efectos que, sobre otros derechos igualmente tutelados por el ordenamiento, pueden tener los medios escogidos para ejercer el derecho. La imposición de cargas o exigencias inesperadas e ilegítimas a terceras personas revela un ejercicio desproporcionado de un derecho o libertad. El empleo abusivo de las facultades emanadas de un derecho puede desembocar, en la práctica, en el recorte arbitrario de los derechos ajenos.*

(...)

En el plano estrictamente constitucional, el impacto negativo a los derechos ajenos por el ***exceso de ruido****, atendido el lugar y la hora en que se produce al igual que los instrumentos empleados, constituye un ejercicio abusivo de la libertad de cultos. El núcleo esencial del derecho a la intimidad personal y familiar, entendido como el* ***derecho a no ver o escuchar lo que no se desea ver o escuchar****, se vería vulnerado de permitirse el ejercicio de la libertad de cultos fuera del parámetro ofrecido por un* ***comportamiento razonable*** *de las personas en determinadas circunstancias espacio-*

temporales - en un sector residencial durante las horas de la noche -. ***El ejercicio de las libertades de religión y de cultos, en determinadas circunstancias espacio-temporales, que sea excesivo, por la medida del ruido que produce, impide el libre desenvolvimiento de la vida privada y constituye, por lo tanto, una injerencia arbitraria que vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar***[4].

En ese orden de ideas, las prácticas de un culto religioso deben realizarse de forma razonable a fin de no interferir abusivamente en la intimidad de las personas vecinas y mucho menos amenazar o vulnerar el derecho a la salud.

El derecho de petición.

9- El otro aspecto de la tutela de la referencia es la omisión de la administración municipal en dar contestación a una petición de los accionantes exigiendo solución al problema del ruido. A continuación, entonces, se abordará el tema del derecho de petición.

10- El derecho fundamental de petición (art. 23 C.P.) es aquel que le confiere la facultad a cualquier persona de entrar en comunicación con el Estado, quedando éste en la obligación de responder en forma oportuna. El contenido de la respuesta debe ser coherente con lo solicitado y "referirse al fondo de la materia sometida a análisis por parte de los interesados. No se haría efectiva la facultad de suscitar la intervención oficial en un asunto de interés general o particular, si bastara a la administración esgrimir cualquier razón o circunstancia para dar por respondida la petición"[5].

Así mismo, se requiere que el funcionario al cual vaya dirigida la petición tenga competencia para contestar correctamente la solicitud del caso. Esto no quiere decir que el servidor público incompetente no tenga cargas respecto de la petición. Es más, el artículo 33 del C.C.A. lo obliga a informar la situación al peticionario y en el caso de que la petición fuere escrita, enviar el libelo al competente.

Sin embargo, el derecho de petición esta limitado por la materia que aborde, pues, a manera de ejemplo, es posible que se encuentre bajo reserva o se exija la motivación de un acto que no la necesite.

En conclusión, el derecho de petición no genera sólo un deber de respuesta, sino también una contestación acorde con lo preguntado, con la competencia de la entidad y con el asunto bajo examen.

El caso en cuestión.

11- Inicialmente, es menester definir si se presenta violación o amenaza de un derecho fundamental por la ocurrencia de la conducta acusada.

---

4 Ibídem.

5 Corte Constitucional. Sentencia No. T-125/95. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En cuanto a la transgresión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, la Comunidad Carismática Cristiana se ha estado excediendo en la emisión del ruido, pues hay varios indicios que en su conjunto conducen a concluir que los fieles que conforman tal Comunidad realizan una injerencia arbitraria contra los vecinos, a saber: a) el representante legal de la mencionada Comunidad señala que antes de octubre de 1994 los vecinos tenían razón en sus reclamos (folio 104), aunque agrega que en la actualidad no se presenta tal conducta, sea lo que fuere es un indicio de comportamiento; b) El señor Antonio Melo Salazar, accionante en la tutela de la referencia, sostuvo que el 16 de septiembre del año en curso la Comunidad había alterado significativamente el descanso y la paz de su hogar a través del ruido excesivo en una reunión (folio 103), aserto que no desmintió específicamente el representante legal de la Comunidad acusada (folios 104 a 106); y c) El mismo Secretario de Gobierno Municipal de Ibagué, en la inspección judicial y en presencia del Pastor Jaime Román (folio 101), se refiere a las reflexiones que le ha hecho al Pastor para que controle las emisiones de ruido. Todo lo anterior lleva a la Sala a deducir que la Comunidad acusada ha producido ruido que viola la intimidad de los vecinos y que la amenaza de que vuelva a ocurrir es factible.

En ese orden de ideas, se está presentando una extralimitación por parte de un particular en el ejercicio del derecho de libertad de cultos, pues se están transgrediendo los límites dentro de los cuales se pueden desplegar el derecho citado y con ello violando el derecho a la intimidad de los vecinos, en este caso actores en la presente tutela. Así mismo, se amenaza el derecho a la salud de los peticionarios pues se emiten sonidos fuera de los niveles admitidos para preservar la salud de las personas.

Es necesario acotar que esta Sala se separa de los fundamentos de la primera instancia para conceder la tutela, en cuanto al derecho a la intimidad, pues ésta radica la violación en las "manifestaciones religiosas mediante altoparlantes o ruidos originados por instrumentos musicales con elevado sonido, pues no solamente perturba la conciencia sino la tranquilidad y **más cuando no se pertenece a esa iglesia**" (negrillas fuera de texto). Para la Corte, como ya se señaló, la vida en sociedad crea para el elemento social ciertas normas de la interacción con los demás. El respeto de la dignidad humana del otro (art. 1° C.P.) comporta el deber de toda persona de tolerar las manifestaciones existenciales de los otros individuos. Tales manifestaciones tienen como límite el derecho de los demás y el orden jurídico. En este caso, los accionantes soportan la carga de tolerar el ejercicio del culto de los fieles de la Comunidad Carismática Cristiana hasta cierto término; transgredido éste se presenta un ejercicio abusivo del derecho, que genera las violaciones de los derechos a la intimidad y a la salud.

Como en el lugar donde se realizan el culto de la Comunidad acusada se están realizando adecuaciones arquitectónicas para el control del sonido, la orden que se dará tiene mucha relación con lo que en el futuro ocurra por la circunstancia anotada.

12- Respecto del derecho de petición, el Consejo de Estado concedió la tutela argumentando que la administración municipal al haber sido requerida, no había concurrido a explicar o desvirtuar el dicho de los accionantes en cuanto a la falta de respuesta de la petición recibida ***el 8 de noviembre de 1994***. Ciertamente, al no contestar oportunamente el requerimiento del Juez de tutela el Alcalde de Ibagué se colocó en los supuestos del artículo 20 del Decreto No. 2591 de 1991, el cual señala que si el informe pedido por el Juez de tutela no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrá por ciertos los hechos, por tanto, en este caso obra la presunción

de veracidad de la afirmación de los accionantes. Siendo así las cosas, se confirmará la decisión en este sentido.

Es de mérito señalar que la primera instancia consideró que la otra petición de los accionantes, recibida el 13 de septiembre de 1994 y dirigida a la Secretaría de Planeación Municipal no fue contestada, sin embargo, en el expediente obra contestación de la antes citada petición (folios 24 y 25).

Por otro lado, el Alcalde de la localidad a fin de cumplir los fallos descritos dio traslado de las comunicaciones a la Secretaría de Gobierno y ésta a su vez, la envió a la Inspección Primera Urbana de Ibagué para iniciar un proceso policivo por perturbación de la tranquilidad.

A juicio de la Corte, la conducta que desplegó el Alcalde a fin de cumplir la orden dada por el Juez de tutela se ajusta a derecho pues carecía de competencia para realizar un proceso policivo de perturbación de la tranquilidad (artículo 18 del Código de Policía del Tolima, según folio 103) y lo remitió a una de sus oficinas, la cual tiene a su vez dependencias que sí pueden llevar a cabo el proceso en mención, con el cual se tomarían las medidas pedidas en la petición de los actores. Sin embargo, el Alcalde en mención falló al no comunicarle a las personas que suscriben la petición, la actuación administrativa que realizó al percibir que no era competente para contestar (art. 33 C.C.A.), más no se ordenará que se realice la acción omitida pues los accionantes ya están enterados.

Es menester aclarar que en este caso el derecho de petición se convierte en el procedimiento administrativo policivo de perturbación a la posesión. La carta petitoria inicia la querella y su contestación es la decisión del inspector, bajo los procedimientos especiales establecidos para tal efecto.

13- En el presente caso, en cuanto a la violación de la intimidad y la salud, los actores no tienen otro medio de defensa ***judicial***, pues los medios jurídicos con los cuales se puede defender de la conducta de los particulares acusados son de carácter ***administrativo***, como se ha señalado anteriormente.

14- En lo referente a las servidumbres legales de medianería y de vista, existe otro medio de defensa judicial, pues tales asuntos son ventilados en la jurisdicción civil a través del proceso abreviado establecido en los artículos 408 y siguientes del C.P.C.. Por consiguiente, NO se podrá ordenar mediante tutela suspender las construcciones, ni menos el cierre del lugar destinado al culto.

15- La tutela de la referencia se encuadra también dentro de uno de los supuestos de tutela contra particulares, el cual es la afectación grave y directa de un interés público, pues esta Corporación ha establecido que:

La acción de tutela contra el particular que afecta grave y directamente el interés colectivo es consagrada sobre el supuesto de que la persona -natural o jurídica- a la cual se sindica de vulnerar los derechos fundamentales haya desbordado los límites del comportamiento normal de los particulares, llevando a cabo actos positivos o

asumiendo actitudes negativas que repercuten de manera protuberante, grave y directa en el ámbito público, con menoscabo, lesión o amenaza de los intereses comunes. Es claro para la Corte que la congregación religiosa demandada no se ha limitado a ejercer el culto en un ámbito privado dentro del cual se desenvuelvan las ceremonias para la exclusiva audiencia de sus integrantes, sino que, por el contrario, mediante el uso de altoparlantes y equipos de sonido, invade espacios ajenos, penetra en las residencias aledañas, se hace sentir ruidosamente en horarios nocturnos y en días de descanso, forzando la participación de los vecinos en su devoción. Por lo tanto, el interés colectivo sí está comprometido, de manera grave en lo que atañe a los señalados derechos, por lo cual es procedente la acción de tutela para demandar su protección.[6]

16- En ese orden de ideas, se concederá la acción de tutela presentada por Miguel Angel García y otros en contra de la Comunidad Carismática Cristiana, dada la violación de los derechos a la intimidad y a la salud de los actores. Así, tomando en consideración que el Estatuto Urbano de Ibagué clasifica la zona en que se desarrollan los hechos como un centro de actividad múltiple, y a éste se le da tanto uso residencial como comercial, se ordenará a la Comunidad acusada no emitir ruido que supere en niveles sonoros los 65 decibeles en el período comprendido entre las 7:01a.m. a las 9 p.m., y los 45 decibeles en el período comprendido entre las 9:01 p.m. a las 7 a.m., aplicando el nivel de presión sonora correspondiente a lo residencial porque el mismo Estatuto ubica las capillas que "normalmente se encuentran mezclados con el uso residencial".

Así mismo, se confirmará la concesión de la presente tutela por la violación del derecho de petición de los peticionarios por parte de la administración municipal al no contestar una petición de los accionantes, recibida el 8 de noviembre de 1994, de acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado.

17- Como es el Juez de primera instancia quien hace cumplir el fallo de tutela y quien además mantiene la competencia hasta cuando "esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza" (art. 27 ibidem), entonces, será dicho juez constitucional el competente para determinar, mediante providencia, la eliminación de la causa de la amenaza, si esta se produce con posterioridad a este fallo, ordenando al Alcalde Municipal que en el término de 48 horas tome las rápidas medidas policivas pertinentes. Es obvio que para tomar tal determinación, debe actuar con fundamento en las pruebas o en las informaciones que le envién las autoridades policivas, y, si éstas son renuentes a prestar esa obligatoria colaboración, se aplicarán las sanciones respectivas; y, también es justo que, si los mismos interesados presenta prueba que le de al juez de tutela el ***convencimiento*** respecto de la situación litigiosa (art. 22 decreto 2591/91) se haría también efectiva la orden de tomar las rápidas medidas pertinentes, todo esto sin perjuicio del proceso policivo en curso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional

---

6 Corte Constitucional. Sentencia No. T-003/95. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

RESUELVE:

Primero: REVOCAR PARCIALMENTE las sentencias materia de revisión. Y, en su lugar, TUTELAR los derechos a la intimidad y a la salud de los solicitantes, ordenándole a la Comunidad Carismática Cristiana o a quien la represente, que no podrá emitirse ruido en su lugar de culto, ubicado en la Avenida 8° No. 16-56 de la ciudad de Ibagué, en niveles sonoros que superen los 65 decibeles en el período comprendido entre las 7:01a.m. a las 9 p.m., y los 45 decibeles en el período comprendido entre las 9:01 p.m. a las 7 a.m.. Si ello llegare a acontecer, con la prueba que se le aduzca al Tribunal Administrativo del Tolima, de la manera como se indicó en la parte motiva, dicho Tribunal le ordenará al Alcalde de Ibagué que tome las rápidas e inmediatas medidas policivas pertinentes.

Segundo: CONFIRMAR las decisiones de primera y segunda instancia respecto al derecho de petición, según se explicó en la parte motiva del presente fallo.

Tercero: COMISIONAR al Tribunal Administrativo del Tolima para que vigile el debido y estricto cumplimiento de esta sentencia.

Cuarto: Comuníquese lo resuelto en esta providencia al Tribunal Administrativo del Tolima para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto No. 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-455
octubre 9 de 1995

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS LABORALES-Responsabilidad subsidiaria

Si la denominación del Ministerio ha cambiado, ello no es justificación para eludir una obligación laboral, máxime cuando la demanda se dirigió contra la Nación.

TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS-No reintegro/**DERECHO AL TRABAJO**-Vulneración por no reintegro/**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**-Vulneración por no reintegro/**REINTEGRO**-Incumplimiento

Se afirma que el demandante no ha sido reintegrado. Su reinstalación obedece a una sentencia judicial. No puede eludirse la determinación de los jueces de las dos instancias que han creado no sólo un derecho adquirido sino que hacen viable otros derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al trabajo. Aquí se protege el núcleo esencial de la persona a una ubicación laboral concreta, señalada y adquirida por decisión jurisdiccional que surge del acceso a la justicia y por eso se ordenará que la Nación y concretamente el Instituto Nacional de Vías reintegre al trabajador según lo ordenó la jurisdicción ordinaria laboral y, el acceso a la justicia incluye el cumplimiento de lo ordenado.

Referencia: Expediente No. 71078

Peticionario: Ricardo García

Procedencia: Juzgado Quinto Laboral de Santafé de Bogotá.

Tema:
-Derecho al trabajo
-Cumplimiento de sentencias
-Obligación solidaria

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del expediente radicado bajo el número 71078 y que corresponde a la acción de tutela que mediante apoderada instauró Ricardo García Santamaría contra la Nación (Ministerio de Transporte e Instituto Nacional de Vías).

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

Dice la doctora Olga Lizarazo Galvis que el trabajador oficial Ricardo García obtuvo en el Juzgado 1° Civil del Circuito de Vélez una sentencia laboral favorable por cuanto se ordenó reintegrarlo al cargo que tenía y al pago de salarios, primas y demás reivindicaciones convencionales y legales dejadas de percibir, decisión confirmada en el Tribunal de San Gil. Agrega la abogada:

Con base en los anteriores fallos judiciales debidamente ejecutoriados, mi representado formuló el 3 de octubre de 1994 solicitud de reintegro y liquidación de los emolumentos dejados de devengar ante la Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías, la que fue radicada bajo el N° ST-26601.

Por virtud de los Decretos de Modernización del Estado, y más concretamente del Decreto N ° 2171 de 1992 se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo Vial Nacional y como resultado de esa reestructuración surgen el actual Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Vías, entidades estas entre las que se repartieron las funciones que desempeñaba el desaparecido Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Por una parte y por la otra.

El Decreto mencionado en su artículo 66 crea la Subdirección Transitoria dependiente del Instituto Nacional de Vías cuya función entre otras es la de resolver las situaciones administrativas relacionadas con el personal vinculado a los Distritos de Obras Públicas que con la reestructuración desaparecieron.

Teniendo en cuenta que el señor García Santamaría formaba parte de uno de los Distritos, se presentó la solicitud ante la mencionada Subdirección.

Mediante Oficio ST-15957 del 7 de octubre de 1994 la Subdirectora Transitoria remitió toda la documentación presentada a la Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio de Transporte manifestando que "...El proceso laboral que adelantó el señor García Santamaría contra el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, fue atendido por abogados de esa institución y bajo la supervisión de la Subdirección a su cargo, quienes deberán proveer al reintegro y a sus efectos económicos, por el amplio conocimiento que de los antecedentes del caso tienen."

La Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio solicitó concepto a su Oficina Jurídica mediante oficio RP 001847 de 2 de noviembre de 1994 el que fue emitido a través de oficio MJ-1141 de noviembre 22 de 1994.

El 16 de diciembre de 1994 con oficio RP. 29679, se me comunicó por parte del Subdirector de Recursos Humanos del Ministerio de Transporte que "...atendiendo concepto emitido por la Oficina Jurídica de esa entidad, se ha dado traslado al Instituto Nacional de Vías de su petición de reintegrar al señor RICARDO GARCIA SANTAMARIA, con la finalidad de que se sirvan dar cumplimiento a las sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria laboral." También se me informa sobre el particular deberé solicitarla a la mencionada dependencia.

En respuesta verbal de la Doctora Luz Eneida Torres Pinto, Subdirectora Administrativa del Instituto Nacional de Vías manifestó compartir el criterio de su oficina jurídica en el sentido de que el reintegro debe ser responsabilidad del Ministerio por cuanto en la planta de personal del Instituto no existe cargo disponible para el mismo.

Hasta el momento no hay respuesta oficial de esa dependencia; pero como se puede observar de los sucedido en estos 5 meses no hay voluntad de parte de la Administración de dar cumplimiento a las sentencias judiciales, pues las diferentes dependencias no ha hecho más que trasladarse la responsabilidad entre ellas vulnerado con su actuar los derechos fundamentales del trabajador GARCIA SANTAMARIA, como son el Derecho al Trabajo, el Derecho de petición y el Derecho de pago oportuno y reajuste de sus emolumentos laborales."

Solicita protección al trabajo, al pago oportuno de los emolumentos laborales, al derecho de igualdad y de petición, y, pide que se lo reintegre al cargo y se haga liquidación de lo debido. Respalda sus pedimentos en la providencia T-537/94 de la Corte Constitucional.

2. Pruebas.

Obran en el expediente, autenticadas, las sentencias laborales: de primera instancia de 1° de marzo de 1994 y de segunda instancia de 29 de julio de 1994 que corroboran lo dicho en la solicitud de tutela.

- Aparecen copias de diversas solicitudes a la Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías, al Ministerio de Hacienda, al Ministerio del Transporte.

- Hay una respuesta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte diciendo que la solicitud de cumplimiento de la sentencia laboral se trasladó al Instituto Nacional de Vías y una comunicación de dicho Instituto al Ministerio del Transporte remitiendo las peticiones.

3. Decisiones de tutela.

3.1. Del *a-quo*, fallo de 24 de marzo de 1995.

Concedió la tutela, ordenó a la Nación-Ministerio de Transportes-Instituto Nacional de Vías que en 48 horas expidiera el Acto Administrativo que contuviera el reintegro del trabajador y fijó en 4 meses el plazo para que García instaurara el proceso ejecutivo laboral.

3.2. Del *ad-quem*, fallo de 8 de mayo de 1995.

Revocó el de primera instancia, denegó la tutela con este argumento:

"Pues bien, respecto al cumplimiento de sentencias, esta Sala de Decisión comparte en un todo los planteamientos esgrimidos constantemente por la H. Corte Suprema de Justicia que hacen precisa alusión, a que tales acciones sólo son procedentes a través de las vías judiciales ante la justicia ordinaria por los procedimientos correspondientes y no a través de la acción de tutela como mecanismo paralelo o sustitutivo, pues lo contrario sería usurpar claramente funciones y atribuciones (judiciales) precisamente consagrados y amparados por la misma Constitución Política".

4. Actitud del Instituto Nacional de Vías

Por intermedio de apoderado, le solicita al juez de tutela:

"eximir al Instituto Nacional de Vías de cualquier obligación generada por el cumplimiento de las sentencias que motivaron la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo García Santamaría"

Fundamenta su opinión en que el Instituto Nacional de Vías fue creado en uso de las atribuciones del artículo 20 Transitorio de la Constitución, que las sentencias laborales condenan es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y que el Instituto Nacional de Vías no cuenta con vacantes.

Adjunta el Decreto 2171/92 "Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte" y dentro del decreto está la reestructuración del Fondo Nacional que pasa a ser Instituto Nacional de Vías.

Pero, se recuerda, fue el propio Ministerio de Transporte quien remitió al Instituto Nacional de Vías para que resolviera lo del reitegro (la comunicación 29679/94 dirigida a la doctora Olga Lizarazo hace referencia de lo anterior).

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Temas jurídicos

Se reiterará jurisprudencia sobre dos temas.

1. Prevalencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de una sentencia que ordena el reintegro de un trabajador. Es la sentencia T-537/94, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; dice:

"La acción de tutela impetrada tiene como finalidad obtener el cumplimiento de una sentencia contra la administración. El ordenamiento jurídico está inspirado en la idea de asegurar, entre otros, el valor de la justicia (CP Preámbulo). Para su consecución, el Constituyente estableció entre los fines esenciales del Estado el de "asegurar la vigencia de un orden justo", condición indispensable para la convivencia pacífica (CP art. 2). Los derechos o intereses de las personas reconocidos o declarados en una sentencia, no serían efectivos sin la obligación correlativa de la administración de cumplir las sentencias judiciales".

"El obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce de los artículos 29 y 58 de la Constitución".

"La obligación de toda persona de cumplir la Constitución y las leyes (CP art. 95) se realiza - en caso de reticencia - a través de la intervención del poder judicial. No es posible hablar de Estado de Derecho cuando no se cumplen las decisiones judiciales en firme o cuando se les atribuye un carácter meramente dispositivo".

"La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho (CP art. 1) que se traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. El incumplimiento de esta garantía por parte de uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado al Estado de Derecho".

"El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (CP arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (CP. Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 29 y 86)".

"Los derechos procesales fundamentales no restringen su efectividad a la existencia de un proceso. Ellos incluyen tanto el derecho a acceder a la justicia[1] (CP art. 228) como el derecho a la ejecución de las sentencias en firme (CP arts. 1, 2 y 29). Lo contrario llevaría a restarle toda fuerza coercitiva a las normas jurídicas, convirtiendo las decisiones judiciales y la eficacia de los derechos en ellas reconocidos, en formas hueras, carentes de contenido".

"La capital importancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las sentencias obliga a los jueces y tribunales adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, lo mismo que a la autoridad condenada al cumplimiento oportuno".

2. La solución al problema que surge cuando una entidad estatal desaparece o es reemplazada o entra en liquidación y se pregunta: ¿quién asume el cumplimiento de las obligaciones labo-

---

1 Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-431 del 24 de junio de 1992.

rales?. Esta inquietud fue resuelta en la sentencia T-313/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, así:

"El art. 1° de la Ley 151 de 1959 establece:

"Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectados a la prestación de servicio público, culturales o sociales....."

El decreto 1050 de 1968 dice en su artículo 6° que las empresas industriales y comerciales del Estado tienen "capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial."

Significa lo anterior que el patrimonio de esas empresas y su justificación jurídica emanan del Estado, y, éste debe acudir solidariamente en su respaldo cuando se trate del pago de obligaciones laborales. Por esta razón es explicable que la Ley 1° de 1991 ordene atender por cuenta de la Nación los pasivos Sociales de Colpuertos.

Esta actitud no está desligada de la teoría administrativa moderna. Aunque allí se habla de responsabilidad subsidiaria y no solidaria. Miguel Marienhoff[2] al hablar de la responsabilidad de las Entidades autárquicas dice:

"Normalmente, la entidad misma hará frente a su responsabilidad, utilizando para ello los fondos o bienes de afectación de que dispone. Pero puede ocurrir que el ente autárquico no pueda hacer efectiva su responsabilidad, por insuficiencia o falta de activo. ¿Quién responde en tal supuesto?

La doctrina -cuyas conclusiones comparto- halláse conteste en que, en tales eventos, responde el "Estado" creador del ente, ello por aplicación de los principios sobre responsabilidad "indirecta", que en nuestra legislación aparece contemplada en el artículo 1113 del Código Civil, cuyo texto dice así: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia o por las cosas que se sirve, o que tiene a su cuidado". En la especie, el ente autárquico sería el "dependiente" y el Estado el "principal". Trátase de una adaptación del supuesto contemplado en el artículo 1113 del Código Civil, al caso de responsabilidad del Estado por obligaciones -cualquiera sea su origen- de una entidad autárquica, adaptación que juzgo plausible, no sólo por la similitud de situaciones, sino especialmente porque la propiedad de los bienes que la entidad autárquica tiene "afectados" para el cumplimiento de sus fines, le pertenece al Estado. De manera que, en última instancia, la responsabilidad del ente autárquico debe ser cubierta por el Estado.

---

[2] Tratado de Derecho Administrativo, T.I., pág. 440 y ss.

Si bien en derecho privado los autores consideran que el responsable indirecto es solidario con el responsable directo, y que en ese orden de ideas el principal es deudor solidario de lo que resulte adeudar su dependiente, estimo que esa solidaridad no rige ni puede aceptarse en el supuesto de responsabilidad indirecta del Estado por una obligación de un ente autárquico, pues en este caso el principio de la responsabilidad indirecta no surge expresamente de ley alguna -como ocurre, en cambio, en el derecho privado-, sino que se recurre subsidiariamente a él al solo efecto de llenar un vacío del ordenamiento jurídico-legal administrativo. En materia de patrón y dependiente la responsabilidad indirecta de aquél surge de texto "expreso"; de ahí que, como lo sugiere la doctrina, glosando los textos del derecho privado, la responsabilidad de patrón y dependiente sea solidaria. Pero eso no ocurre respecto a la responsabilidad del Estado por obligaciones de una entidad autárquica: de ahí que no pueda hablarse de responsabilidad "solidaria", y que sólo deba hablarse de responsabilidad "subsidiaria" del Estado por la obligación del ente autárquico. El Estado es responsable, pero no en forma solidaria, sino en forma subsidiaria, o sea únicamente cuando el ente autárquico efectivamente no pueda hacer frente a su responsabilidad con los fondos o bienes que le fueron afectados para el cumplimiento de sus fines. El acreedor del ente autárquico no puede, por el solo hecho de serlo, requerirle el pago directamente al Estado. La de éste es una obligación "subsidiaria", no una obligación solidaria."

Si lo anterior se predica de institutos públicos descentralizados, con mayor razón de ministerios. Si la denominación del Ministerio ha cambiado, ello no es justificación para eludir una obligación laboral, máxime cuando la demanda se dirigió contra la Nación y la parte resolutiva determina:

"Ordenar al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, representado por el Ministro Doctor Jorge Iván Bendeck Olivella o quien haga sus veces, a reintegrar al señor Ricardo García Santamaría al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a una igual o superior categoría...."

Tal cargo era: "Capataz VI en el Distrito N° 15 -Bucaramanga- Seccional Barbosa"

Este cargo hace parte de los Distritos de Obras Públicas que orgánicamente está, según el artículo 6° del Decreto 2664/93, dentro del Instituto Nacional de Vías, con la misma determinación de Distrito N° 15 (Bucaramanga) y con 12 capataces (hojas 14, 12, 52 del decreto 2664/93).

Frente a los hechos y según estas dos jurisprudencias habrá esta determinación.

C. El caso concreto

Se afirma que García no ha sido reintegrado. Su reinstalación obedece a una sentencia judicial. No puede eludirse la determinación de los jueces de las dos instancias que han creado no sólo un derecho adquirido sino que hacen viable otros derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al trabajo. Por consiguiente, la orden será la misma que dio el *a-quo*, con fundamento en las jurisprudencias que se reiteran en el presente caso.

En cuanto a la liquidación de las sumas debidas, algo diferente al reintegro, la vía adecuada es el juicio ejecutivo laboral, por consiguiente no puede ordenarse por la tutela. Es que una cosa es la obligación de hacer (reintegro) y otra la de dar sumas de dinero. Aquí se protege el núcleo esencial de la persona a una ubicación laboral concreta, señalada y adquirida por decisión jurisdiccional que surge del acceso a la justicia y por eso se ordenará que la Nación y concretamente el Instituto Nacional de Vías reintegre al trabajador según lo ordenó la jurisdicción ordinaria laboral y, el acceso a la justicia incluye el cumplimiento de lo ordenado.

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. Revócase la sentencia de segunda instancia materia de revisión y en su lugar, concédase la tutela por violación al derecho al trabajo y consecuencialmente ordénase al Instituto Nacional de Vias que en el término de 48 horas hábiles dé cumplimiento a las sentencias de la jurisdicción ordinaria laboral en cuanto se determinó el reintegro del Ricardo García Santamaría al cargo que venía desempeñando al momento del despido o uno de igual o superior categoría. No se tutela en cuanto a los otros pedimentos.

Segundo. Comuníquese al Juez de primera instancia para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2191 de 1991.

Tercero. El Juez de primera instancia vigilará el cumplimiento de este fallo.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-456
octubre 9 de 1995

TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por diferentes actores/**TUTELA INTERPUESTA POR MENOR DE EDAD**

Respetándose la autonomía de la peticionaria, se entrará a estudiar la presente tutela así hubiere un fallo anterior, pero con diferentes solicitantes. Además, por el número de la tarjeta de identidad se deduce que la joven nació en 1979, luego es una niña consciente de sus actos, sin que para hacer respetar sus derechos fundamentales deba acogerse a la patria potestad. Cualquier persona puede instaurar la tutela, sin distingo de edad.

COMPETENCIA DEL JUEZ DE TUTELA-Licencia de establecimiento

En cuanto a si por medio de la tutela se puede ordenar cancelación de la licencia de funcionamiento a establecimientos ubicados en zonas residenciales, se puede decir que es un tema propio del procedimiento policivo, pero el Juez de tutela en algunos casos puede ordenar a la autoridad policiva la cancelación de la licencia. Hay que aclarar que el juez constitucional no puede dar la orden de cancelar la licencia de funcionamiento porque los locales comerciales expendan bebidas al público, esto será dilucidado por la autoridad policiva, ni porque estén en la parte baja de un edificio que permita que haya locales comerciales, esto lo definen los copropietarios, lo que puede hacer el Juez Constitucional es examinar si se afecta o no un derecho fundamental. Y, dentro de este contexto, el juez de tutela puede dar la orden a la autoridad policiva de proceder a dicha cancelación si el ruido contaminante supera el nivel permitido para las zonas residenciales. Mediante la acción de tutela no se puede dictar órdenes generales como la pedida por la solicitante, para que la Alcaldía no dé licencias para "establecimientos públicos ruidosos", si perturban la tranquilidad de los copropietarios de un edificio de propiedad horizontal. La Alcaldía, tiene entre sus funciones la de expedir licencias de funcionamiento, sometiéndose, claro está, a las normas que regulan esta materia y su determinación, si es ilegal, es demandable. Pero, no puede, a priori, ordenarse que no cumpla tal función.

TUTELA CONTRA EL RUIDO-Límite de decibeles/**DERECHO A LA TRANQUILIDAD**-Vulneración por ruido/**DERECHO A LA SALUD**-Vulneración por ruido/**DERECHO A LA INTIMIDAD**-Vulneración por ruido

En este aspecto incide el reglamento de propiedad horizontal puesto que si la zona es comercial y residencial habrá que calificar el volumen del ruido según la caracterización

que se le dé al edificio, otra cosa muy diferente sería que el edificio estuviera destinado preferencialmente para establecimientos comerciales.

TUTELA CONTRA EL RUIDO-Prevención

Ha llegado de la Alcaldía información en el sentido de que los establecimientos ya fueron retirados del edificio. Esto implica que la orden a dar será como llamado de prevención.

Referencia: Expediente No. 71817

Procedencia: Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

Peticionario: Natalia Camacho

Temas: -El ruido como factor contaminante.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados 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 de tutela identificado con el número de radicación T-71817 adelantado por Natalia Camacho contra la Alcaldía de Villavicencio.

ANTECEDENTES

1. Solicitud.

En su primera parte la petición es general: "Que se le prohíba a la Alcaldía de Villavicencio conceder licencias para establecimientos públicos ruidosos que perturban la tranquilidad de los copropietarios en un edificio de propiedad horizontal".

En su segunda parte, ya es concreta, en cuanto pide protección para los residentes en el edificio "El Raudal" ya que allí, en el primer piso, funcionan la "Tienda guasca, música y guaro" y la "Tienda guascarrilera" que con sus ruidos afectan a los inquilinos del edificio, especialmente a la solicitante quien ve perturbado su sueño y tranquilidad, alterado su derecho a la intimidad, paz y sosiego, afectado su tiempo de preparación de tareas escolares.

Se dirige la tutela, NO contra los productores del ruido sino contra el Municipio porque éste no ha sido eficiente en el control de establecimientos y de restricción al ruido.

La tutela fue instaurada el 31 de marzo de 1995 y obran en el expediente:

-Peticiones a la alcaldía sobre el mismo tema, el 29 de septiembre de 1994, 12 de octubre de 1994, 21 de marzo de 1995, diciembre 19 de 1994, el 3 de febrero de 1995, firmadas por quien al parecer es la madre de la solicitante.

-Informes de la policía sobre reclamos de los vecinos por reiteradas faltas de los establecimientos mencionados por permanecer abiertos hasta las 4:50 de la madrugada y por alterar la tranquilidad del sector. Estos informes tienen fechas distintas y hablan de *reiteración* en las violaciones.

-La administración municipal se limitó a informar:

a- los requisitos para expedir las licencias de funcionamiento.

b- Las medidas que ha tomado para impedir la invasión de espacio público.

c- Indicaciones sobre licencias en trámite de los establecimientos relacionados en esta tutela.

d- y, RESPECTO DEL RUIDO, se dice en unas "Actas de visita" que en el momento de practicarse, era el "normal para la clase de establecimiento".

2. Fallo de 16 de mayo de 1995, Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

Concedió la tutela, ordenándosele al Alcalde que de inmediato cancelara la licencia de funcionamiento de los dos establecimientos: Tienda guasca y Tienda guascarrilera, o no concediera la licencia y, que se impida instalar otros establecimientos que no sean compatibles con el uso residencial del sector.

La orden no fue impugnada.

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Temas Jurídicos frente al caso concreto.

1. Antes que todo es preciso aclarar dos temas:

1.1. Al parecer, sobre el mismo aspecto había instaurado tutela Marisela Brochero Ospina y hubo pronunciamiento desfavorable a sus pretensiones.

La Corte, dijo, en otro caso donde se presentó esta circunstancia, lo siguiente:

"Para que exista acción temeraria a la luz de la mencionada norma, es indispensable que, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea instaurada 'por la misma persona o su representante' ante varios jueces o tribunales, lo que evidentemente no acontece cuando quienes actúan son personas naturales o jurídicas diversas, empeñadas cada una en la defensa de sus propios derechos fundamentales, así los hechos que dan origen a la acción sean los mismos y las pretensiones idénticas. En este aspecto debe atenderse al principio de la autonomía del interés para accionar en cuanto, como lo ha repetido la Corte, la acción de tutela ha sido introducida en nuestro derecho para la protección cierta de derechos fundamentales subjetivos, individuales, sin que para su procedencia se haga indispensable conformar consorcio procesal alguno entre quienes pretenden acudir a ella".[1]

Significa lo anterior que, respetándose la autonomía de la peticionaria: Natalia Carolina Camacho, se entrará a estudiar la presente tutela así hubiere un fallo anterior, pero con diferentes solicitantes. Además, por el número de la tarjeta de identidad se deduce que la joven nació en 1979, luego es una niña consciente de sus actos, sin que para hacer respetar sus derechos fundamentales deba acogerse a la patria potestad. Cualquier persona puede instaurar la tutela, sin distingo de edad.

1.2. Se trata de saber si la contaminación por ruido se considera violación a un derecho fundamental y si por medio de la tutela se puede ordenar cancelación de licencia de funcionamiento a establecimientos ubicados en zonas residenciales. En cuanto a lo primero, ello es posible si se afecta un derecho fundamental, por ejemplo el derecho a la salud. En cuanto a lo segundo, se puede decir que es un tema propio del procedimiento policivo, pero el Juez de tutela en algunos casos puede ordenar a la autoridad policiva la cancelación de la licencia.

2. Queda entonces claro que, en lo que respecta al caso que motiva esta tutela, se le puede dar a la solicitante protección ante la posible violación por el exceso en el ruido producido por los establecimientos ubicados en el edificio donde ella vive, porque hay derecho a no ser contaminado por el ruido, pero hay que aclarar que el juez constitucional no puede dar la orden de cancelar la licencia de funcionamiento porque los locales comerciales expendan bebidas al público, esto será dilucidado por la autoridad policiva, ni porque estén en la parte baja de un edificio que permita que haya locales comerciales, esto lo definen los copropietarios, lo que puede hacer el Juez Constitucional es examinar si se afecta o no un derecho fundamental.

Y, dentro de este contexto, el juez de tutela puede dar la orden a la autoridad policiva de proceder a dicha cancelación si el ruido contaminante supera el nivel permitido para las zonas residenciales.

Si la licencia ya fue cancelada, o si no fue otorgada, o si los establecimientos fueron retirados, de todas formas se hará el llamado a prevención a la autoridad correspondiente previniéndola para que en ningún caso se vuelva a repetir que el ruido supere los niveles sonoros máximos

---

[1] T- 014/94, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández .

permisibles, de lo contrario, se hará acreedora dicha autoridad a las sanciones correspondientes, de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Se recalca, mediante la acción de tutela no se puede dictar *órdenes generales* como la pedida por la solicitante, para que la Alcaldía no dé licencias para "establecimientos públicos ruidosos", si perturban la tranquilidad de los copropietarios de un edificio de propiedad horizontal.

La Alcaldía, tiene entre sus funciones la de expedir licencias de funcionamiento, sometiéndose, claro está, a las normas que regulan esta materia y su determinación, si es ilegal, es demandable. Pero, no puede, *a priori*, ordenarse que no cumpla tal función.

3. En cuanto a la molestia que algunas actividades pueden ocasionar a los asociados, esta Corte Constitucional ha dicho:

"La vida en sociedad genera para el ser humano ciertas cargas propias de la interacción social. Este es el caso del ruido. Ciertamente, la vida social supone la tolerancia de la existencia de la alteridad, es decir, del otro. Esa otra persona tiene derecho a ser y, en consecuencia, a ejecutar todas sus manifestaciones de existencia como la producción de su propio ruido, obviamente limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16 C.P.)."[2]

4. Hechas las anteriores precisiones, y continuando con la sentencia T-357/95, allí se formuló la respuesta jurídica a la perturbación por ruido excesivo:

"Ahora bien, surge una pregunta: ¿el ejercicio abusivo de la producción de ruido podría llegar a vulnerar o amenazar un derecho fundamental? La respuesta es afirmativa. Como primera medida, el ruido es reconocido como agente contaminante del medio ambiente, tanto por la legislación nacional (Decreto No. 2811 de 1974) como por la jurisprudencia de esta Corporación[3]*. Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que el medio ambiente no es derecho fundamental por naturaleza, sin embargo, cuando existe una violación de un derecho fundamental, como la salud o la vida, es posible que proceda la tutela probándose la relación causal entre la actividad que vulnera el medio ambiente y el daño al derecho fundamental respectivo. En ese orden de ideas, es posible que el ruido llegue a niveles en los cuales viole o amenace violar un derecho fundamental como el de la salud, en cuyo caso pueda ser tutelado, en tanto y en cuanto, se logre comprobar el nexo entre la conducta acusada violatoria del medio ambiente y el daño o amenaza al derecho fundamental.*

Es decir, si no se rebasa la escala sonora, no hay abuso. Dentro de los parámetros de la sentencia T-357/95 se reitera:

"El nivel de tolerancia social del ruido está condicionado, principalmente, por la situación espacial y temporal en la cual se produce. En efecto, el Ministerio de Salud Pública expidió la Resolución No. 8321 de 1983, por la que "se dictan normas sobre

---

2 T-357/95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

3 Corte Constitucional. Sentencias Nos. T-411/92, T-308/93, T-025/94 y T-226/95, entre otras.

protección y conservación de la audición de la salud y el bienestar de las personas, por causa de la producción y emisión de ruidos". En su artículo 17, la Resolución citada determina los niveles de ruido máximos permisibles según el lugar y la hora en que se produzca su emisión:

Artículo 17.- Para prevenir y controlar las molestias, las alteraciones y las pérdidas auditivas ocasionadas en la población por la emisión de ruido, se establecen los niveles sonoros máximos permisibles incluidos en la siguiente tabla:

TABLA NUMERO I

Zonas receptoras
Nivel de presión sonora de dB (A)

	Período diurno 7:01a.m.-9p.m.	*Período nocturno 9:01p.m.-7a.m.*
Zona I residencial	*65*	*45*
Zona II comercial	*70*	*60*
Zona III industrial	*75*	*75*
Zona IV de tranquilidad	*45*	*45*

Parágrafo 1° - Para efectos del presente artículo la zonificación contemplada en la Tabla número I, corresponde a aquella definida o determinada por la autoridad competente en cada localidad y para cada caso.

(...)

Así mismo, el artículo 21 del precitado acto normativo reitera, en general, la obligatoriedad del artículo 17 ibídem, al establecer lo siguiente:

Artículo 21.- Los propietarios o personas responsables de fuentes emisoras de ruido, están en la obligación de evitar la producción de ruido que pueda afectar y alterar la salud y el bienestar de las personas, lo mismo que de emplear los sistemas necesarios para su control con el fin de asegurar niveles sonoros que no contaminen las áreas aledañas habitables. Deberán proporcionar a la autoridad sanitaria correspondiente la información que se les requiera respecto a la emisión de ruidos contaminantes.

Luego, la Resolución mencionada, en su artículo 22, determina el respeto a la intimidad en su componente de tranquilidad auditiva específicamente en las relaciones entre vecinos, sin atender a la actividad que desempeñen, estableciendo que "ninguna persona permitirá u ocasionará la emisión de cualquier ruido, que al cruzar el límite de propiedad del predio originador pueda exceder los niveles establecidos en el Capítulo II de la presente resolución". Claramente, la norma prohíbe la intromisión arbitraria de un vecino al predio de otro, a través del ruido que sobrepase los niveles permitidos. En el artículo 23 ibídem, se les exige a los establecimientos, locales y áreas de trabajo el estricto cumplimiento de los niveles sonoros permisibles. En el artículo 25 ibídem, así mismo, a las actividades de diversión, como discotecas, se les prohíbe la emisión de sonidos capaces de perturbar a los habitantes de las zonas

próximas. En ese orden de ideas, se vincula al cumplimiento de una determinada contención en el sonido tanto a los comerciantes como a las personas comunes.

Así, las personas que tengan fuentes productoras de sonido que rebasen las escalas sonoras antes citadas están ejerciendo en forma abusiva su derecho a producir ruido."

5. Natalia Camacho plantea, además del exceso de ruido, una inquietud: que en las zonas residenciales no puedan funcionar establecimientos que produzcan ruido excesivo.

Ya se dijo en esta fallo que se protege la alteridad y que mediante la tutela no se pueden producir prohibiciones para todos los casos. Pero, es importante agregar otra inquietud que surge de lo planteado por Natalia Camacho: si la zona es tanto residencial como comercial[4], ¿cuál será el límite de decibeles permitido en el edificio "El Raudal"? Razonablemente tiene que ser el fijado para zona residencial porque el estatuto de propiedad horizontal de tal edificio le da a éste la categoría de edificio residencial.

En este aspecto incide el reglamento de propiedad horizontal puesto que si la zona es comercial y residencial habrá que calificar el volumen del ruido según la caracterización que se le dé al edificio, otra cosa muy diferente sería que el edificio estuviera destinado preferencialmente para establecimientos comerciales.

6. Otro aspecto a tratar es el de la efectividad de la orden que se dé en la sentencia de tutela. En principio será la Alcaldía quien le hará cumplir, pero, en un caso semejante la Sala Sexta de Revisión, fijó una medida adicional:

"Para que se cumpla con el principio de la eficacia (art. 3°, decreto 2591/91), se establecen estos efectos del fallo para el caso concreto (art. 23, ibídem):

Como es el Juez de primera instancia quien hace cumplir el fallo de tutela y quien además mantiene la competencia hasta cuando "esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza" (art. 27 ibídem), entonces, será dicho juez constitucional el competente para determinar, mediante providencia, la eliminación de la causa de la amenaza, si esta se produce con posterioridad a este fallo, ordenando al Alcalde Local que en el término de 48 horas cancele la licencia de funcionamiento. Es obvio que para tomar tal determinación, debe actuar con fundamento en las pruebas o en las informaciones pertinentes que le envíen las autoridades policivas, y, si éstas son renuentes a prestar esa obligatoria colaboración, se aplicarán las sanciones respectivas; y, también es justo que, si el mismo interesado presenta prueba que le dé al juez de tutela el ***convencimiento*** *respecto de la situación litigiosa (art. 22 decreto 2591/91) se haría también efectiva la orden de cancelarse la licencia."*[5]

---

4 En el expediente existe constancia de la Secretaría de Planeación Municipal que dice:

"De acuerdo con el Código de Urbanismo existente y con los usos del suelo actual, la zona donde se encuentra ubicado el edificio es una zona de Actividad Comercial y Residencial".....

"Para la actividad comercial son permitidos los comercios tipo 1 y 2. En el comercio tipo 2 están contemplados la venta de servicios locales, los cuales comprenden los siguientes: clubes y sedes sociales, cafés conciertos, bolos, cines, tabernas y discotecas".

5 Sentencia Nº T- /95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Pero ocurre que ha llegado de la Alcaldía de Villavicencio información en el sentido de que los establecimientos "Tienda Guasca y Tienda Guascarrilera" ya fueron retirados del edificio. Esto implica que la orden a dar será como llamado de prevención.

7. Respecto a la paz y la armonía, se reitera jurisprudencia:

"Es menester definir si se presenta violación o amenaza de un derecho fundamental por la ocurrencia de la conducta acusada. En lo que atañe a la presunta violación de los derechos a la paz y a la armonía social, "sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del que hacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados"[6]. No se trata, pues, de una violación a la paz, sino de la posible violación de la tranquilidad. Esta a su vez, se deriva del derecho a la vida digna y es un componente del derecho a la intimidad, en la medida en que éste supone un ambiente reposado, sosegado, cuya serenidad sólo puede modificar, precisamente, el propio titular del derecho. En el presente caso, no se puede hablar de violación a la paz, ni hay prueba de que se afectara la dignidad del solicitante o su intimidad."

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

RESUELVE:

Primero.- MODIFICAR la decisión del Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, proferida en la tutela de la referencia. En su lugar hacer un llamado a prevención para que en el futuro si llegaren a funcionar tales establecimientos en el edificio El Raudal, no produzcan ruido en niveles superiores a los establecidos: 65 decibeles en el período diurno y 45 en el nocturno, adoptando las medidas indicadas en la parte motiva de este fallo.

Segundo.- Comuníquese lo resuelto en esta providencia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Tercero.- Envíese copia de este fallo al Defensor del Pueblo.

Cópiese, notifíquese, 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

---

6 Corte Constitucional. Sentencia No. T-028 del 31 de enero de 1994. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

SENTENCIA No. T-457
octubre 9 de 1995

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Disgustos entre vecinos

Tratándose de particulares, la tutela sólo es admisible en los casos del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y, sólo remotamente pudiera pensarse en la circunstancia del numeral 9° de tal artículo, pero en el presente caso se trata de personas de edad, sin relación alguna de subordinación ni de indefensión entre ellos, luego no cabe la acción. Además, la petición hecha por la solicitante se orienta a lograr que las autoridades policivas ejerzan una vigilancia permanente sobre Jiménez y ocurre que la tutela no se dirigió contra dichas autoridades.

DERECHO A LA VIDA-Disgustos entre vecinos

Por el hecho de vivir en sociedad las personas deben respetar los principios de convivencia y no es una carga admisible la de soportar consuetudinariamente los insultos de un vecino. Por supuesto que las autoridades policivas deben estar pendientes de la protección a la vida de las personas y para evitar que los incidentes lleguen o vayan más allá de una contravención, es necesario reclamar de las autoridades policivas una mayor diligencia en la prevención de cualquier infracción y en la corrección de las alteraciones a la tranquilidad de los asociados.

Referencia: Expediente N°73405

Peticionario: Indira Lucía Sanjuán Padilla

Procedencia: Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla

Tema: Disgustos entre vecinos.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el No. 73405 interpuesta por Indira Lucía Sanjuán Padilla.

ANTECEDENTES

1. Solicitud.

Indira Lucía Sanjuán Padilla, mayor de edad, instauró acción de tutela contra el particular Oscar Rafael Jiménez porque:

"Desde hace aproximadamente 5 años, el señor OSCAR RAFAEL JIMENEZ NARVAEZ, ha tenido una persecución contra mi familia, que por tal motivo, nos tocó firmar fianza ante la Inspección Once de Policía Municipal de esta ciudad, en septiembre 1991.

En vista que el señor OSCAR RAFAEL JIMENEZ NARVAEZ cada vez que llega embriagado, éste señor, es decir cuando llega borracho por la casa, enseguida comienza su ataque contra mi familia, a mi mamá la trata de coya, puta, cachona, etc, a mi papá lo trata de "marica, sádico, enfermo" y a la suscrita me trata de "cachona, que no la he comido o mamado porque no he querido" igualmente me trata de puta, hija de puta, también nos tiene amenazados de muerte a todos en la casa. También lanza los envases de licor contra la terraza de la casa, poniendo en peligro nuestras vidas.

Para el mes de enero de este año, también comenzó su ataque contra nosotros, con los mismos términos y amenaza de muerte, hasta el punto de tener nosotros de mantenernos encerrados en la casa, cada vez que este señor llega borracho, nuevamente tuvimos que recurrir ante la Inspección Once de Policía Distrital, para que ellos tomaran la decisión de controlar a este señor RAFAEL JIMENEZ NARVAEZ.

Hoy en día mi familia vive en una situación de nerviosismo, de inseguridad, ya que tememos que en cualquier momento este señor nos ataque, y sabemos también que nuestra vida corre peligro con este señor OSCAR RAFAEL JIMENEZ NARVAEZ, ya ni siquiera podemos salir a la puerta de la casa, porque tememos por nuestras vidas, por eso ruego a la justicia tomar una decisión sabia en esta situación, que si no se decide algo favorable es probable que más tarde no existamos alguno de mi familia."

Solicita que se le ordene a las autoridades de policía vigilancia permanente sobre Jiménez.

2. Elementos de juicio.

Se trata de un disgusto entre vecinos. De las diferentes versiones se puede hacer este relato: se comenta que el padre de la solicitante, señor William Sanjuán, en alguna o algunas oportunida-

des observó subrepticiamente a la esposa de Oscar Jiménez cuando ella, en el patio de la casa, estaba desvestida. Por tal razón Jiménez le formó problema, lo calificó de mórbido, luego le agregó el calificativo de homosexual.

Es particularmente escandalosa la conducta de Oscar Jiménez cuando se embriaga y esto es de público conocimiento y significa alteración a la armonía que debe existir entre vecinos.

Con el paso del tiempo los insultos ya no fueron solo contra William sino contra su esposa e hija. Es esta última quien precisamente instaura la tutela. Las pruebas indican que evidentemente hay permanentes disgustos entre Jiménez y Sanjuán y desde septiembre de 1991 están caucionados por la Inspección 11 de Policía Municipal.

3. Decisión del Juzgado.

El 5 de junio de 1995, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla denegó la tutela, porque no hay peligro para la vida de la solicitante y dice que se debe acudir ante la justicia ordinaria por los insultos que entrañan señalamientos deshonrosos.

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Caso concreto.

Según se desprende de los elementos de juicio relacionados, el consuetudinario estado de hostilidad desplegado por Oscar Jiménez contra la familia Sanjuán significa una alteración a la forma de vivir de la solicitante. No es prudente que esto continúe ocurriendo, el juez de primera instancia insinúa una querella por calumnia e injuria, en el expediente aparece copia de una diligencia de caución que aún está vigente, la pregunta será si la definición de este conflicto puede darse mediante sentencia de tutela.

Tratándose de particulares, la tutela sólo es admisible en los casos del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y, sólo remotamente pudiera pensarse en la circunstancia del numeral 9° de tal artículo, pero en el presente caso se trata de personas de edad, sin relación alguna de subordinación ni de indefensión entre ellos, luego no cabe la acción. Además, la petición hecha por la solicitante se orienta a lograr que las autoridades policivas ejerzan una vigilancia permanente sobre Jiménez y ocurre que la tutela no se dirigió contra dichas autoridades y además que la solicitante no ha hecho gestión alguna para que la caución contra Jiménez sea efectiva.

No obstante lo anterior, la Corte observa que por el hecho de vivir en sociedad las personas deben respetar los principios de convivencia y no es una carga admisible la de soportar consuetudinariamente los insultos de un vecino.

Por supuesto que las autoridades policivas deben estar pendientes de la protección a la vida de las personas y para evitar que los incidentes lleguen o vayan más allá de una contravención, es necesario reclamar de las autoridades policivas una mayor diligencia en la prevención de cualquier infracción y en la corrección de las alteraciones a la tranquilidad de los asociados y por eso se considera conveniente remitir copia del presente fallo al Inspector Once de Policía de Barranquilla para que se informe de lo que está ocurriendo en el asunto que él conoció y por el cual caucionó.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandamiento de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, en la tutela de referencia, el 5 de junio de 1995, por las razones expuestas en este fallo.

Segundo.- La autoridad de policía de la localidad, Inspección Once de Barranquilla, será informada, mediante remisión de la copia de este fallo, para que tome las medidas pertinentes.

Tercero.- Comisionar al Juez de primera instancia para que notifique la sentencia a las partes y adopte las decisiones necesarias señaladas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-458
octubre 9 de 1995

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Padre alcohólico/**INDEFENSION**-Padre alcohólico

Para los hijos la indefensión se presume y para la esposa se deduce del consuetudinario estado de embriaguez en que vive el demandado, lo cual ha significado una alteración en la forma de vivir de la solicitante y sus hijos, hay disfuncionalidad del hogar y hasta el mismo hecho de que la demandante y sus hijos vivan donde la familia del cónyuge y esta familia no se aguante la conducta de su hijo, es indicativo de que es muy tensa la situación.

DERECHO A LA VIDA-Padre alcohólico/**DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL**-Padre alcohólico

Es particularmente amenazante la conducta del demandado cuando constata que su esposa no se encuentra en la casa de sus familiares, de lo cual deduce el cónyuge que ella se encuentra con otros hombres. No puede esta presunta conducta de la esposa justificar una actitud violenta de quien por su embriaguez habitual convirtió su hogar en algo que no funciona. Por eso se estima prudente ordenarle al demandado, que no continúe en su estado de irresponsabilidad ni que formule amenaza alguna contra su cónyuge, ni menos agredirla. Las autoridades policivas deben estar pendientes de la protección a la vida de las personas, pero, también el Juez de tutela, ante la situación de indefensión, debe pronunciarse y la acción cabe en el presente caso puesto que la causa de la intranquilidad perjudica a seres humanos situados en condiciones de indefensión frente a quien se instauró el amparo y, por tanto, deben darse las órdenes que impidan la repetición de actos que atentan contra derechos fundamentales.

Referencia: Expediente No. 73929

Peticionario: Lucelys Ballesteros González

Procedencia: Tribunal Superior de Cartagena, Sala de Familia.

Tema: Padre alcohólico.

Magistrado Ponente:Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá , D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el N° 73929, interpuesta por Lucelys Ballesteros González y otros con número de radicación 73929.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud.

La señora Lucelys Ballesteros González en nombre propio y en el de sus hijos menores Alexander, David, Richard y Cristian instauró acción de tutela contra su cónyuge Amaury Vega Ruiz. Dice ella:

"por medio del presente escrito me permito presentar ante su despacho Acción de Tutela de los derecho fundamentales a la vida, integridad, al cuidado, al amor, consagrados en el Artículo 44 de la Constitución Nacional, los cuales están siendo gravemente violados por su padre alcohólico, señor AMAURY VEGA RUIZ, debido a sus acciones totalmente agresivas, vulgares e irresponsables, ya que éste me agrede delante de ellos, al niño mayor le dice que yo estoy preñada de varios hombres porque me la paso C————o; también le dice a sus padres y hermanos que son unos alcahuetas porque me tienen recogida en su casa con mis hijos, le tira piedras a la casa y parte objetos dentro de ella. Todos estos escándalos son delante de la colectividad y menores de edad.

He asistido al ICBF, allí nos hicieron terapia a los dos pero él asistió una sola vez, fuimos a Alcohólicos Anónimos, asistimos a varias reuniones y después me dijo que él no seguiría asistiendo a ninguna Mo—a.

También asistí a la Inspección de Policía de Tacarigua, comuna 20 para que lo citaran a firmar una fianza de paz y en ningún momento ha querido asistir.

Deseo que mis hijos y yo tengamos paz y tranquilidad, que cesen las amenazas y vulgaridades del padre de ellos y se les brinde total e inmediatamente protección al igual que a su familia, ya que al menos mis dos hijos mayores están presentando fuertes traumas, pues el mayor se la pasa llorando en el colegio y el segundo de escasos 9 años me dice que yo hable con la Policía para que lo maten y de esta forma poder descansar de él.

El señor AMAURY VEGA RUIZ, vive en el barrio Los Calamares, 5° Etapa, quiosco de Cocacola.

Sus padres DONEMIL VEGA y CONCEPCION RUIZ; su hermano DIXON VEGA RUIZ, la esposa de éste PRISCILIANA VARGAS sus hijas MARIA CONCEPCION, SUSANA, DELCY, el otro hermano de AMAURY, JOSE GREGORIO RUIZ, vivimos en el barrio Los Calamares, 5° Etapa, M-90, Lote 11 de Cartagena".

El Juez de tutela fue particularmente acucioso en la recolección de la prueba y es bastante preciso el resumen que hace de ella:

"III. Diligencias y pruebas ordenadas en este estrado:

1. *Declaración de* ***Concepción Ruiz de Vega****, fol. 14, quien dice que Amaury Vega cuando está bueno y sano es buena persona, cariñoso, llama a sus hijos y quiere estar con ellos pero cuando toma, cuando está borracho, es distinto, va a la casa a decir groserías y vulgaridades a LUCELYS y a ella, a la declarante la trata de alcahueta, cuando sus hermanos van a reclamarle sale corriendo; cuando toma también le dice groserías a sus hijos.*

Lucelys lo ha acompañado a Alcohólicos Anónimos y ha asistido con él a la religión evangélica, a Bienestar Familiar, pero él no sigue el tratamiento, hoy Amaury no vive en su casa porque lo echaron sus hermanos; que promete enmendarse pero a los dos días lo olvida y vuelve a insultarla; fol. 14 y 15. Concepción es la madre de Amaury, vive con Lucelys, los menores hijos y con los hermanos de Amaury y; que Amaury cada vez que consigue plata se la lleva a Lucellys para el sostenimiento de ella y de sus hijos.

2. Amaury Vega, bajo juramento, fol. 26 y 29 afirma, haber hecho hasta tercero de bachillerato, vive en un kiosco de la Cocacola que queda como a seis casas de distancia de donde vive Lucelys con sus hijos, que a sus hijos los cuida su mamá Concepción porque Lucelys la mayoría de las veces está en la calle, tanto de día como de noche que él sostiene a sus hijos, cuando no trabaja Lucelys presta plata que él paga posteriormente, durante varios días han estado comiendo de lo que gana David, el segundo de sus hijos que trabaja como esparring en una buseta. No vive con Lucelys porque le dió a guardar una plata y ella se la prestó a Prisciliana, la esposa de su hermano y cuando le cobró lo golpearon y lo echaron de la casa. No trabaja desde el 5 de mayo, cuando quiere hablar con sus hijos los manda a buscar, esto sucede todos los días, mantiene con ellos un trato normal, toma cada 8 días, cuando tiene plata. Con Lucelys se "comporta cruel, porque la mayoría de las veces que yo llego con tragos la encuentro en la calle y eso me da rabia", el mas allegado de sus hijos es Alexander que vive con él en el kiosco. Todos los niños ven cuando trata de manera cruel a Lucelys, y el resto de la familia también se da cuenta pero no le dicen nada a Lucelys porque se la pasa en la calle. No trata mal a sus hijos, pues cuando está borracho ellos le quitan más plata. Confirma haber estado en Bienestar Familiar donde le dieron el lado a Lucelys, a quien trata mal porque vive en la calle, en el turno de los buses y a ningún hombre le gusta "que a su mujer le estén cruzando el brazo otros machos y sobándola por el cuello, por eso es que yo soy cruel con ella, a veces yo llego a la casa y no me había hecho la comida por estar en la calle".

3. ***Priscila Vargas****, fue citada a declarar fols. 8 y 12, apareciendo constancia de su no comparecencia al fol. 20.*

4. El señor Inspector de Policía de la Comuna #20 envía la boleta de citación que le fue dirigida a Amaury Vega para la firma de una fianza de paz con Lucelys, sin que comparecieran ambos, fol. 22 a 24.

5. La Coordinadora del Centro Zonal Sociolegal 1050 nos remitió el estudio socio-familiar efectuando en el hogar de los menores Vega Ballesteros, para verificar la situación en que se encuentran los menores, así:

La pareja se encuentra separada a consecuencia de la enfermedad que padece Amaury Vega, como adicto al Alcohol, quedando los menores al cuidado de la madre quien vive con sus menores hijos en la casa de propiedad de un tío paterno, con un total de 6 personas adultas más, y 7 niños; que la separación se produce a consecuencia del alcoholismo, pues en ese estado Vega adopta comportamiento violento. Afectando a los niños. La conclusión es la de que se carece de unidad familiar para afrontar el problema de alcoholismo y darle apoyo a Lucelys con sus cuatro hijos".

Se adjuntaron al expediente los registros civiles de los hijos, ellos son menores, nacieron: Alexander el 27 de octubre de 1983, David el 27 de marzo de 1986, Richard el 17 de marzo de 1988 y Cristian el 3 de junio de 1990.

2. Decisión del Tribunal.

El 9 de junio de 1995, el Tribunal Superior, Sala de Familia de Cartagena denegó la tutela, porque:

"no obstante que los hechos acusados a su autor, el destinatario de la acción, sean ciertos y a que el trámite de la acción sea viable, porque aún tratándose de tutela contra particular, así lo permita el art. 42-9 del Decreto 2591 de 1991, la Sala examinará, la aplicabilidad de lo descrito en el inciso 3 de la norma constitucional sobredicha.

Y en ese orden, se tiene que bajo los auspicios del Código del Menor, los hijos de Amaury y Lucelys, padecen una situación irregular, pues no se ejerce sobre ellos una verdadera potestad parental, (patria potestad), custodia y cuidado por quienes biológicamente asumen la condición de padres, al no darse por ellos el verdadero cumplimiento de los deberes de padres, esto es, afecto de orden personal y patrimonial, una verdadera educación, cuidado, orientación dentro de un ambiente de ética y de respetabilidad para lograr su establecimiento en la comunidad.

Los menores padecen una de las situaciones especificadas en el numeral 1° del Art. 30 del C. del Menor al reflejar una situación de peligro moral, en que se encuentran aquellos menores que conviviendo con sus progenitores y hallándose bajo su cuidado están en grave peligro moral o físico porque ellos no sólo, no cumplan las obligaciones respectivas de crianza, educación y cuidado, sino porque sus comportamientos constituyan un mal ejemplo. La misma compilación señalada contempla esas condiciones en que se desarrollan los menores, en el art. 31 como una típica situación de abandono en su numeral 2°, estando atribuida al I.C.B.F., por sus Defensores de Familia, la competencia y procedimiento para que tomen las medidas inmediatas nece-

sarias para su protección, ya que la versión creíble de Amaury señala además, que "...duramos varios días comiendo de David Vega Ballesteros el segundo de mis hijos que se desempeñaba como esparring en una buseta", fol. 27, numeral 8 del artículo 3, este menor tiene hoy 9 años de edad, fol. 3°.

Eso hace que la acción principal que hay que agotar primeramente la tengan por mandato del art. 32 los Defensores de Familia del lugar mas cercano y en su defecto la autoridad de policía. Y ratifica esta necesidad de protección a los menores la falta de unidad familiar a que alude el informe social.

En cuanto a la situación de Amaury y Lucelys, por la conducta del primero, es la autoridad policiva la que tiene la manera de controlar el exceso conocido por las reclamaciones extremadas del primero, o la Comisaría de Familia a la que pertenece el sitio de residencia de ellos.

En esas condiciones habrá de negarse la tutela enviando copia de la sentencia como de la actuación al ICBF para los efectos que señala la norma del art. 32 del C. del Menor."

II. FUNDAMENTOS 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 2° y 241 numeral 9° 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.

B. Caso Concreto.

Según se desprende de los elementos de juicio relacionados en este fallo, la solicitante y sus hijos se encuentran en estado de indefensión respecto a Amaury Vega cónyuge de Lucelys Ballesteros y padre de: Alexander, David, Richard y Cristian Vega Ballesteros.

Para los hijos la indefensión se presume y para la esposa se deduce del consuetudinario estado de embriaguez en que vive Vega, lo cual ha significado una alteración en la forma de vivir de la solicitante y sus hijos, hay disfuncionalidad del hogar y hasta el mismo hecho de que Lucelys y sus hijos vivan donde la familia de Vega y esta familia no se aguante la conducta de Amaury Vega, es indicativo de que es muy tensa la situación.

Si bien es cierto no habitan en la misma casa, sin haber separación legal entre los cónyuges, la verdad es que ni la madre ni los familiares del mismo Amaury Vega se expresan bien de éste por sus momentos de alcoholismo no superado. Y Vega, se ha instalado en un quiosco, donde duerme, a pocos metros de la casa de los familiares. Es particularmente amenazante la conducta de Amaury Vega cuando constata que su esposa no se encuentra en la casa de sus familiares, de lo cual deduce el cónyuge que ella se encuentra con otros hombres. No puede esta presunta

conducta de la esposa justificar una actitud violenta de quien por su embriaguez habitual convirtió su hogar en algo que no funciona. Por eso se estima prudente ordenarle a Amaury Vega, que no continúe en su estado de irresponsabilidad ni que formule amenaza alguna contra su cónyuge, ni menos agredirla.

El derecho a tener un hogar es algo natural, está protegido constitucionalmente, luego Amaury Vega debe hacer esfuerzos para que sus pequeños hijos no se conviertan simplemente, como ocurre en el presente caso, en quienes con su trabajo en buses le dan a veces de comer al padre. En este sentido le asiste razón al Tribunal cuando solicita la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pero esta Institución será particularmente cuidadosa porque no es patente que los menores estén en grave abandono, hay prueba de que la abuela, la madre, los tíos velan por ellos obviamente dentro de la pobreza en que viven.

Por supuesto que las autoridades policivas deben estar pendientes de la protección a la vida de las personas, pero, también el Juez de tutela, ante la situación de indefensión, debe pronunciarse y la acción cabe en el presente caso puesto que la causa de la intranquilidad perjudica a seres humanos situados en condiciones de indefensión frente a quien se instauró el amparo y, por tanto, deben darse las órdenes que impidan la repetición de actos que atentan contra derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandamiento de la Constitución.

RESUELVE:

Primero: REVOCASE el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por la Sala de Familia del Tribunal de Cartagena el 9 de junio de 1995 y en su lugar se tutela el derecho a la integridad personal de la solicitante y sus hijos y el derecho al amor que tienen derecho los menores Alexander, David, Richard y Cristian Vega Ballesteros y se le ordena a Amaury Vega que en lo sucesivo se abstenga de realizar todo acto que ponga en peligro la integridad física y la tranquilidad de la accionante y de sus hijos. Las autoridades de policía de la localidad ejercerán especial vigilancia sobre la conducta de Amaury Vega en relación con el presente asunto.

Segundo: Se confirma el numeral 2°, remisión de copia de este fallo al ICBF, con la advertencia hecha en la parte motiva.

Tercero: Comisionar al Juez de primera instancia para que notifique la sentencia a las partes y adopte las decisiones necesarias señaladas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-462
octubre 12 de 1995

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Suplantación de persona/**PARTIDA DE BAUTISMO**-Suplantación de persona

Como el peticionario de la tutela no se encuentra conforme con el pronunciamiento de la Fiscalía sobre el particular, le asiste el derecho de solicitar la revocación de la resolución inhibitoria, y obtener que se produzca resolución acusatoria y que se tramite el juicio penal correspondiente, que conduzca no solamente a establecer la responsabilidad de los que resulten culpables del ilícito, sino a lograr, consecuentemente, la cancelación de la inscripción en su partida de bautismo. Es de competencia de la justicia penal ordinaria de manera autónoma e independiente y no de la jurisdicción eclesiástica, definir si hechos como los narrados, relativos a la utilización fraudulenta de una partida de bautismo y a la suplantación de una persona en el acto de celebración de un matrimonio, son o no constitutivos de delito, y en caso de que lo sean, declarar la correspondiente responsabilidad y el restablecimiento del derecho. El peticionario tiene como medio alternativo de defensa judicial, el de acudir ante la autoridad eclesiástica para que previo el trámite del correspondiente proceso se declare la nulidad del referido matrimonio y se cancele la inscripción de la nota marginal que afecta su partida de bautismo.

NULIDAD DEL MATRIMONIO-Procedimiento

No es admisible que se utilice la acción de tutela como instrumento para actuar una pretensión del actor relativa a la declaratoria de nulidad de un matrimonio y a la cancelación de su inscripción en los registros de las autoridades eclesiásticas, cuando la Constitución, el Concordato y la ley, han instituido tanto la acción como los trámites apropiados para alcanzar dicho propósito. Además, si ello fuera posible, se propiciaría la invasión por el juez de tutela de la competencia asignada a las autoridades de otras jurisdicciones.

Referencia: Expediente T-65568.

Peticionario: Jorge Villada Betancur.

Procedencia: Tribunal Superior Distrito Judicial de Manizales- Sala Civil.

Tema: Improcedencia de la tutela para cancelar la nota marginal referente a un matrimonio en la partida de bautismo.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobada en Santafé de Bogotá D.C. a los doce (12) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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 presentada por el señor JORGE VILLADA BETANCUR contra el Presbítero Jorge Henao Gómez, Delegado Arzobispal de las Causas de Partidas de la Arquidiócesis de Manizales, con arreglo a la competencia asignada por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33, 34 y 35 del Decreto-Ley 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Los hechos.

Manifiesta el accionante, que nació en el corregimiento de San Bartolomé del municipio de Pácora (Caldas), en cuya parroquia fue bautizado el día 10 de diciembre de 1950, según consta en el libro 6 de bautismos, folio 177, número 416.

En los últimos 22 años ha vivido en el municipio de Zarzal (Valle) y desde hace 20 se encuentra vinculado laboralmente con el ingenio Riopaila.

Anota que en el año de 1991 decidió casarse por el rito católico con la señora Esperanza Borrero Copete, lo cual fue imposible, debido a que un tercero utilizó su partida de bautismo y contrajo matrimonio el 24 de diciembre de 1978, en la parroquia del Carmen de la ciudad de Armenia, con la señora Marleny Villalobos.

Por la circunstancia descrita, inició las diligencias pertinentes ante el Presbítero Augusto Ramírez, Vicario Judicial de la Diócesis de Armenia, con el fin de que se dejara sin efecto la aludida inscripción.

El señor obispo de Armenia, Monseñor Roberto López Londoño, a través de la comunicación de marzo 20 de 1992, dirigida al Presbítero Jorge Henao Gómez, Delegado Arzobispal de las Causas de Partidas de la Arquidiócesis de Manizales, se pronunció sobre dicha situación en los siguientes términos:

"Concluidos así los pasos que se pudieron dar y lograr, en nuestro deseo de servir al interesado, es por lo que acudo a sus buenos oficios, para si lo considera pertinente, obrar en concordancia, ya que es un asunto relacionado con la Nota Marginal de su partida de bautismo y no es de nuestra competencia definir".

Por su parte, el citado Delegado en comunicación de abril 7 de 1992, expresa al señor Obispo, en lo pertinente:

"No puede esta Delegación disponer la anulación de una anota matrimonial, ya que ella procede como consecuencia de un matrimonio celebrado y reportado conforme a derecho. O sea,

en sana lógica, la nota matrimonial es accesoria frente a la partida de matrimonio; por ende, para que desaparezca lo accesorio debe desaparecer primero lo principal, pues corren la misma suerte. Para el caso que contemplamos, en la documentación que me envía su Excelencia, no aparece prueba de que la partida de matrimonio haya sufrido alguna modificación, que afecte la nota marginal del documento del señor Villada; en consecuencia no puede pronunciarse esta Delegación en favor de la solicitud pues carece de soporte jurídico para dictar un decreto anulativo".

Ante la imposibilidad de obtener solución a su problema a través de las autoridades eclesiásticas, el peticionario formuló denuncio penal ante la Fiscalía General de la Nación, Seccional Armenia, por el presunto delito de falsedad en documento. La investigación correspondiente fue adelantada por la Fiscalía Tercera Unidad Previa y Permanente de Armenia.

Dicha Fiscalía, con fecha 17 de junio de 1992, profirió resolución inhibitoria, por considerar que la conducta era atípica. Sin embargo, ordenó a las autoridades eclesiásticas y concretamente al Pbro. Jorge Henao Gómez, Delegado Arzobispal para las Causas de Partidas, cancelar o declarar nula la nota marginal que sobre el referido matrimonio aparece en el registro eclesiástico bautismal del señor Jorge Villada Betancur.

Finalmente, aduce el peticionario que el Delegado Arzobispal para las Causas de Partidas de Manizales no cumplió lo ordenado por la Fiscalía, porque consideró que sólo mediante la declaración de la nulidad del matrimonio podía hacerse efectiva la cancelación de la inscripción. Sin embargo, no entiende la razón por la cual debe promover la nulidad de un matrimonio que no ha contraído.

2. Pretensión.

Pretende el actor la tutela de sus derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 15 y 29 de la Constitución y, en tal virtud, que se ordene al Presbítero Jorge Henao Gómez, Delegado Arzobispal de las Causas de Partidas de la Arquidiócesis de Manizales cancelar la inscripción del matrimonio que aparece en su partida de bautismo.

3. Los fallos que se revisan.

3.1. Primera instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, mediante providencia de febrero 9 de 1995, negó la tutela impetrada.

Como fundamento de su decisión, alude el juzgado al régimen jurídico relativo al registro civil de las personas con anterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938 y con posterioridad a dicha ley, y a la competencia de las autoridades eclesiásticas para decidir autónomamente sobre la cancelación de la inscripción del matrimonio en la partida de bautismo del demandante.

En efecto dijo el juzgado:

"Para los nacidos antes de 1938 los documentos eclesiásticos constituyen plena prueba de su estado civil, así por ejemplo, para probar el nacimiento bastará la partida eclesiástica, pero los

nacidos con posterioridad a esa fecha lo acreditarán mediante la intervención del funcionario del Registro civil (Notario) para levantar el acta".

"Aquí radica la diferencia, hay actos de la autoridad eclesiástica que producen efectos civiles por sí solos y otros actos que no los generan. En el primer caso serán actos eclesiásticos con efectos administrativos objeto de garantías procesales, en el segundo serán canónicos sometidos a las regulaciones internas de la Iglesia Católica".

"...la partida eclesiástica de bautismo del peticionario, con nota marginal de matrimonio para que surta efectos civiles requiere su inscripción ante el funcionario competente, por sí sola no prueba el vínculo, constituyendo tal anotación un acto canónico no susceptible de ser modificado por el Juez de tutela".

"La Iglesia Católica es autónoma e independiente de la potestad civil, tal condición le fue reconocida por la Ley 20 de 1974 aprobatoria del Concordato entre la república de Colombia y la Santa Sede".

"Resulta improcedente que en asuntos que son de su exclusiva competencia un funcionario ajeno a esa autoridad eclesiástica como el juez de tutela, invada esa esfera haciendo ordenamientos que sólo a ella competen".

2.2. Segunda instancia.

El Tribunal Superior Distrito Judicial de Manizales - Sala Civil, mediante fallo calendado el día 24 de febrero de 1995, dispuso confirmar el proveído de primera instancia, entre otros argumentos, con los siguientes:

"Si bien es cierto, el accionante dice encontrarse en estado de subordinación o indefensión ante la autoridad eclesiástica (Arquidiócesis de Manizales), ello lo es o en esa condición está, exclusivamente por razón de su credo religioso, ámbito en el que no pueden incursionar para nada la autoridad jurisdiccional. En efecto, la anotación marginal obra en la partida o Acta Bautismal del peticionario, documento que en nada incide para que pueda darle vida jurídica a un matrimonio válido ante las leyes del Estado Colombiano. El impedimento se le presenta para celebrar ese acto en el marco del culto eclesial, es decir, dentro de las normas de su fe en las cuales se matriculó por razón del enunciado Sacramento".

"Pues bien, el Estado a través de su régimen legal gobernará aquéllos actos que tengan incidencia en el Estado Civil de las Personas, más no los que conciernan al aspecto espiritual o de credo religioso. Así por ejemplo, las partidas eclesiásticas relativas a actos o hechos sucedidos con anterioridad a la Ley 92 de 1938 sirven para demostrar la condición civil de los habitantes del Estado Colombiano; entonces para aquéllos casos si impera la Ley Nacional y deben estar sujetos a los formalismos y condicionamientos en ella prescritos. Mas no ocurre lo mismo con los acaecidos con posterioridad, pues ellos tienen una validez netamente espiritual, propia para los católicos, sin ningún efecto ante la Ley Civil. Pues bien, en cuanto a la forma y en cuanto a las modificaciones de estos últimos no puede el Estado a través de su poder jurisdiccional intervenir en manera alguna".

"En el *sub-judice* se trata precisamente de una partida eclesiástica correspondiente a un nacimiento sucedido el día 4 de diciembre del año de 1950, registrado en la Parroquia Católica de San Bartolomé en el municipio de Pácora. Es entonces un documento desprovisto de efectos civiles, con trascendencia exclusiva en el campo religioso, y que por tanto no puede ser tocado por los jueces civiles. Esa situación de la nota marginal, su corrección o supresión es del resorte exclusivo de las autoridades eclesiásticas; se repite aquí, que cuando la autoridad eclesiástica inscribió ese nacimiento no actúo con delegación de la potestad civil ni en cumplimiento de una función pública como sí ocurría para los actos anteriores al año de 1938".

"Al actor Jorge Villada Betancur no le queda más remedio que insistir ante los funcionarios eclesiásticos para que se subsane la irregularidad que advierte, si es que desea contraer matrimonio católico, pues para celebrarlo por los ritos civiles no tiene impedimento alguno según lo deja entrever en el escrito de petición propuesto".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Hechos acreditados durante el proceso.

Dentro del proceso aparecen acreditados claramente los siguientes hechos:

a) El peticionario de la tutela es persona diferente de aquélla que contrajo matrimonio, utilizando su partida de nacimiento.

b) Según la Fiscalía, no existe suplantación de personas ni falsedad documental, porque la persona que puso la nota marginal en el registro eclesiástico de nacimiento del actor lo hizo de buena fe, pues no pudo percatarse de la homonimia.

Es evidente, dice la Fiscalía, que no se presenta falsedad documental, por cuanto en la Registraduría Nacional del Estado Civil de Bogotá reposan las cartillas biográficas y decadactilares correspondientes a las dos cédulas expedidas por ésta y que corresponden a las siguientes personas:

JORGE VILLADA BETANCOURT.
Casado.
C.C. No. 8.316.025 de Medellín.
Fecha nacimiento: 4 de diciembre de 1950.
Lugar de nacimiento: San Bartolomé- Pácora (Caldas).
Padre: Marco Fidel Villada.
Madre Ana María Betancourt.
Profesión: Vendedor ambulante.

JORGE VILLADA BETANCUR.
Soltero.
C.C. No. 2.461.816 Andalucía -Valle.
Fecha nacimiento: 4 de diciembre de 1950.
Lugar de nacimiento: Pácora (Caldas).
Padre: Marco Fidel Villada.
Madre: Rosa María Betancur.
Profesión: Mecánico Automotriz.

Anota, además, la Fiscalía, las siguientes observaciones: las huellas dactilares, las fotografías, los números de las cédulas y las firmas de cada una de los citados son diferentes, pero uno tiene bigote y el otro no.

c) El peticionario, pese a que realmente no se encuentra casado, sufre las consecuencias de la inscripción irregular, en su partida de bautismo, del matrimonio de Jorge Villada Betancourt.

d) La persona que corresponde al nombre de Jorge Villada Betancourt aparece casado con la señora María Marleny Villalobos Arango. En efecto, ésta al rendir declaración ante la Fiscalía y exhibírsele las fotografías que obran en el expediente de la investigación previa adelantada por ésta, a folios 45, 46 y 47, manifestó que su esposo no es el peticionario sino Jorge Villada Betancourt.

2. Existencia de otros medios alternativos de defensa judicial.

Como puede observarse, en el caso sometido a la consideración de la Sala, se utilizó la misma partida bautismal -no se ha demostrado que existan dos partidas diferentes- para la tramitación de los documentos de identidad Nos. 2.461.816, expedida en Andalucía -Valle y 8.316.025 expedida en Medellín Antioquia. Igualmente, dicha partida sirvió como documento eclesiástico para la celebración del matrimonio del portador de éste último documento, es decir, Jorge Villada Betancourt.

La Sala deduce de lo anterior, que en la celebración del aludido matrimonio se suplantó a la persona del peticionario. No obstante, la Fiscalía ya se pronunció al respecto, considerando que la conducta en el caso que se analiza resulta atípica, por las razones ya expuestas.

Como el peticionario de la tutela no se encuentra conforme con el pronunciamiento de la Fiscalía sobre el particular, le asiste el derecho de solicitar la revocación de la resolución inhibitoria, conforme lo prescribe el artículo 328 del C.P.P., y obtener que se produzca resolución acusatoria y que se tramite el juicio penal correspondiente, que conduzca no solamente a establecer la responsabilidad de los que resulten culpables del ilícito, sino a lograr, consecuentemente, la cancelación de la inscripción en su partida de bautismo, con fundamento en lo previsto en el artículo 14 del C.P.P. que dice:

"Restablecimiento del derecho. Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan a su estado anterior de modo que se restablezcan los derechos quebrantados".

Considera la Sala, que en el presente caso, la vía del proceso penal constituye, en principio, un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz.

Es de competencia de la justicia penal ordinaria de manera autónoma e independiente y no de la jurisdicción eclesiástica, definir si hechos como los narrados, relativos a la utilización fraudulenta de una partida de bautismo y a la suplantación de una persona en el acto de celebración de un matrimonio, son o no constitutivos de delito, y en caso de que lo sean, declarar la correspondiente responsabilidad y el restablecimiento del derecho.

Lo anterior, no implica que la Sala avale el proceder de la Fiscalía cuando de una parte dicta resolución inhibitoria por atipicidad de la conducta, y por otra, incurriendo en una evidente vía de hecho, resuelve ordenar al Delegado Arzobispal para las Causas de Partidas la cancelación de la nota marginal puesta en la partida de bautismo del actor, alusiva a dicho matrimonio, pues para que la decisión de cancelar la inscripción sea válida y obligue a la autoridad eclesiástica se requiere que ella sea adoptada en la sentencia que ponga fin al proceso penal, con fundamento en la norma antes transcrita.

Por lo demás, el peticionario tiene como medio alternativo de defensa judicial, el de acudir ante la autoridad eclesiástica para que previo el trámite del correspondiente proceso se declare la nulidad del referido matrimonio y se cancele la inscripción de la nota marginal que afecta su partida de bautismo. En efecto:

El artículo 42 de la Constitución , en lo pertinente, señala:

"También tendrán efectos jurídicos las sentencias de nulidad de los matrimonios relegiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley".

Igualmente el inciso primero del artículo VII de la ley 20 de 1974, dispone:

"Las causas relativas a la nulidad de los matrimonios canónicos, son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la Sede Apostólica".[1]

Dentro de la misma dirección, el artículo 3o. de la ley 25 de 1992, establece:

"El Estado reconoce la competencia propia de las autoridades religiosas para decidir mediante sentencia u otra providencia, de acuerdo con sus cánones y reglas, las controversias relativas a la nulidad de los matrimonios celebrados por la respectiva religión".

Si como se ha expresado antes, es viable que el actor haga uso de la acción de nulidad del matrimonio en referencia ante los tribunales eclesiásticos, no resulta procedente la acción de tutela presentada.

La afirmación de la competencia de las autoridades eclesiásticas para pronunciarse sobre el asunto relativo a la nulidad de dicho matrimonio, responde a la independencia y autonomía que se les reconoce, según el artículo II de la ley 20 de 1974, aprobatoria del Concordato celebrado entre República de Colombia y la Santa Sede, en el cual se dispone:

"La Iglesia Católica conservará su plena libertad e independencia de la potestad civil y por consiguiente podrá ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes".

---

[1] En sentencia C-027/93 M.P. Simón Rodriguez, se declaró exequible el artículo VIII del articulo 1o. de la ey 20 de 1974, salvo en el aparte de su inciso 1° que dice *"...o la disolución del vinculo.. incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio roto y no consumado"* y además el aparte del inciso 2° que dice *"...al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente"*. Lo anterior precisando que la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico por divorcio, en los términos del articulo 42 de la Constitución, no rompe el vínculo matrimonial eclesiástico.

La referida disposición se complementa con lo dispuesto en el artículo VII de dicha obra, que dice:

"El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el registro civil".

No es admisible que se utilice la acción de tutela como instrumento para actuar una pretensión del actor relativa a la declaratoria de nulidad de un matrimonio y a la cancelación de su inscripción en los registros de las autoridades eclesiásticas, cuando la Constitución, el Concordato y la ley, han instituido tanto la acción como los trámites apropiados para alcanzar dicho propósito. Además, si ello fuera posible, se propiciaría la invasión por el juez de tutela de la competencia asignada a las autoridades de otras jurisdicciones.

Tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque a juicio de la Sala éste no se configura en el caso en estudio, atendiendo a los criterios definidos por la jurisprudencia de esta Corporación.

Las consideraciones precedentes llevan a la Sala a confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Manizales -Sala Civil, con fecha 24 de febrero de 1995, el cual, a su vez, confirmó el proveído de primera instancia.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR el fallo de fecha 24 de febrero de 1995, proferido por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Manizales -Sala Civil, mediante el cual se confirmó la sentencia de primera instancia.

Segundo. COMUNICAR, el contenido de dicho fallo al Juzgado Civil del Circuito de Manizales para que proceda a hacer las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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-463
octubre 17 de 1995

PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS-Norma aplicable

De conformidad con la ley, a partir de 1992 los excongresistas pensionados y los que accedan a dichos derechos o los sustituyan, devengarán una mesada que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal; pero además, también es claro que el reajuste de la mesada de los pensionados no puede resultar inferior para cada año, al mismo 75% y que su liquidación debe hacerse teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete el reajuste.

PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS-Efectos/**DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA**-No reajuste pensional/**DERECHO A LA IGUALDAD**-No reajuste pensional

La ley elevó a partir de su vigencia el monto de las pensiones de los excongresistas, y cualquier acto administrativo o reglamentario que pretenda darle efectos diferidos o aplazar su vigencia, o reducir su extención y monto, resulta abiertamente contrario a la Constitución; por lo mismo, ha de entenderse, en consecuencia que los efectos fiscales de las disposiciones administrativas que regulan el reajuste y que disponen que se aplican a partir de 1994, se refieren exclusivamente a la oportunidad de la apropiación presupuestal y de su pago, pero en ningún caso pueden diferir los efectos prestacionales y pensionales de la ley ni reducir su monto. De otra parte, el régimen de pensiones y sustituciones, creado por la ley 4a. de 1992 se viene aplicando a partir de su vigencia para los nuevos pensionados, mientras que para los ya pensionados sólo se aplica desde 1994 en abierta contradicción de la Constitución Política; así, resulta evidente que no existe justificación alguna para que el Fondo omita la aplicación de la misma para los Congresistas ya pensionados, mucho menos cuando media solicitud expresa en sentido contrario por el interesado; en este sentido, la omisión flagrante en que viene incurriendo el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, vulnera el derecho a la igualdad y a la dignidad humana, consagrados como derechos fundamentales en la Carta Política.

TUTELA TRANSITORIA-No reajuste pensional

Frente a las disposiciones que hacen referencia a los reajustes pensionales, principalmente del "reajuste especial", que debiera permitir a quienes no se les aplican directamente

los beneficios del nuevo régimen pensional, la Corte encuentra que se produce una evidente violación a la garantía del derecho a la igualdad lo cual, en el estado de avanzada edad del pensionado, se constituye en una modalidad de perjuicio irremediable, que debe ser tutelado como mecanismo transitorio en el caso concreto, mientras se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción judicial que corresponda.

INDEXACION-Competencia

El actor adicionó su solicitud en cuanto al amparo de su derecho en el sentido de que se tuviera en cuenta el aspecto de la indexación de la pensión que le corresponda; empero la Sala se abstiene de pronunciarse sobre esta materia, pues considera que ella pertenece al ámbito de competencia de los jueces de instancia, según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte y es ante aquéllos donde se debe formular la demanda pertinente.

Referencia: Expediente No. T-73418

Actor: Oscar Vélez Marulanda

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala de Revisión en asuntos de tutela integrada por los Honorables Magistrados, Dr. FABIO MORON DIAZ, Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA y Dr. GASPAR CABALLERO como Conjuez, en reemplazo del Magistrado Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, quien se declaró impedido para actuar en este asunto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la decisión judicial relacionada con la acción de la referencia, proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el día ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

A. La Petición

El 24 de mayo de 1995, el señor Oscar Vélez Marulanda presentó un escrito de demanda, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante el cual ejerce acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Nacional, dirigida a obtener el amparo directo, autónomo y específico de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 53 y 58 de la Carta Política, para que mediante la correspondiente orden judicial que se debe dirigir contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, se reconozca y disponga el pago de lo que corresponde y falta por pagar para los años 1992 y 1993 del reajuste pensional del 75 % del ingreso que por todo concepto reciba un congresista, al que, en su opinión, tiene derecho en su condición de pensionado en aquella entidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 y parágrafo de la ley 4a. de 1992.

Considera el peticionario que aquella decisión es la que corresponde proferir en virtud de la naturaleza de la acción de tutela y en atención a su petición de amparo y protección de sus

derechos constitucionales fundamentales; además, el actor hace expresa manifestación de que ejerce la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en atención a su edad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la sentencia No. T-456 del 21 de octubre de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero.)[1]

Los fundamentos de hecho y de derecho que señala el peticionario como causa de la acción que dice ejercer se resumen como sigue:

- En primer término el demandante advierte que al efecto de mejorar las condiciones de los congresistas pensionados como tales con anterioridad a su vigencia, y de regular el monto de las pensiones de los nuevos pensionados en dicha condición, la ley 4a. de 1992 estableció el nuevo régimen pensional para aquellos servidores públicos, fijó el nuevo monto de la pensión, y, especialmente, definió el régimen de reajustes y pensiones para aquellos que tuvieran reconocida su pensión, y pudieran acudir al reajuste, o a las demás personas que conforme a la ley tuvieran derecho a las sustituciones.

En este sentido, y como fundamento jurídico de su acción, el actor resalta lo dispuesto por el artículo 17 y parágrafo de la mencionada ley y advierte que a partir de la vigencia de ésta, las pensiones y las sustituciones de las mismas para los representantes y senadores no podrán ser inferiores al 75% del ingreso promedio que durante el último año y por todo concepto perciba el congresista, y se aumentará en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal; además, señala que, sin duda alguna, el parágrafo del mismo artículo dispone que la liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva, lo cual ha sido desconocido de modo arbitrario por el Fondo en violación de los derechos constitucionales que menciona.

En este sentido, manifiesta que en su favor se halla consagrado el derecho constitucional a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, según los términos del artículo 53 de la Constitución Política, lo cual le hace rechazar la liquidación arbitraria del Fondo por la que se le desconoce una parte del monto de su pensión, que es un derecho mínimo irrenunciable.

Destaca que con la misma conducta de la entidad contra la que dirige su acción, se desconoce el derecho constitucional fundamental al respeto de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes civiles, los cuales ni siquiera pueden ser desconocidos por leyes posteriores; en efecto, indica que en su condición de congresista adquirió su derecho a la pensión de jubilación, la que con arreglo a la ley fue definida en el 75% del promedio de lo que reciba por todo concepto un congresista en funciones, como último ingreso mensual en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva, y no se le ha reconocido de esta manera por puro capricho y abuso del Fondo, que alega razones administrativas y reglamentarias, desde luego violatorias de sus derechos constitucionales fundamentales.

---

[1] Expediente T-38844, José Rafael Escandón Buchell contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

- Considera el peticionario que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, no puede vulnerar garantía constitucional alguna al aplicar la ley 4 de 1992 y el decreto 1359 de 1993, pues si en su función pública aplicó las normas en un sentido determinado para ciertas personas, pero en otro opuesto a otras, que guardaban la misma condición fáctica, se genera una situación discriminatoria que rompe la garantía prevista en el artículo 13 de la Carta Política.

Además, indica que el Decreto 1359 de 1993 que desarrolló lo dispuesto por el mencionado artículo 17 y Parágrafo de la Ley 4a. de 1992, estableció un "reajuste especial" a las pensiones de senadores y representantes pensionados con anterioridad a la ley 4 de 1992, que como correspondía a los efectos de una ley que define el monto de un derecho de carácter prestacional, se reconoció a varios congresistas pensionados, a partir del 1 de enero de 1992, dentro de las condiciones señaladas por la misma Ley 4 de 1992, mientras que en su calidad de pensionado del Congreso de la República, contraviniendo lo dispuesto por la Constitución, le fue reconocido el reajuste pensional, sólo a partir de 1994, a pesar de encontrarse en las mismas condiciones de quienes disfrutaron por reconocimiento legal el reajuste y las pensiones o las sustituciones pensionales, a partir de 1992.

En este sentido el actor considera que, en su caso, se ha desconocido el derecho constitucional fundamental a la igualdad en los términos previstos en el artículo 13 de la Constitución Política, que declara que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; en su opinión esta actuación del Congreso establece una particular modalidad de desconocimiento de aquel derecho, que debe remediarse en su caso ordenando que el reajuste sea completo y efectivo desde la creación del nuevo monto de la prestación y no a partir de su pago; por ello, no encuentra razón distinta de la arbitrariedad para diferir administrativamente el reconocimiento del nuevo monto de la prestación y hacerlo efectivo desde una fecha no fijada en la ley desconociendo los derechos de los pensionados. En su escrito, el demandante presenta una, lista de congresistas que en su concepto fueron beneficiarios del nuevo régimen pensional, a quienes se les reconoció el reajuste desde el momento en el que se les fijo un nuevo monto de la pensión, lo cual le sirve para ilustrar la desigualdad que se crea con la discriminación decretada en su caso por el fondo.

- Advierte que a pesar de existir otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, considera que, apreciadas en concreto las condiciones del caso "ésta no es eficaz, teniendo en cuenta que un proceso de esta naturaleza duraría mínimo 7 u 8 años", lo que le causaría un perjuicio irremediable atendiendo a su avanzada edad y su delicado estado de salud; al respecto acompaña copia de su certificado de nacimiento en la que aparece que tiene más de setenta años de edad y advierte que, por su condición general de salud, no podrá disfrutar del derecho que le confiere la ley a que al momento del reajuste se decrete reconociendo lo que le corresponde por los años que transcurren desde la definición del nuevo monto pensional hasta su pago.

B. La Decisión de Instancia

El Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), resolvió: "Negar la acción de tutela instaurada por el doctor Oscar Vélez Marulanda", con base en las siguientes consideraciones:

- Señala el juzgador que la pretensión del actor va dirigida a obtener el reconocimiento del reajuste prestacional creado por la Ley 4a. de 1992, en la misma forma en que se reconoció a otros excongresistas, es decir, a partir de 1992.

- Advierte que el peticionario cuenta con otros medios de defensa judicial para hacer valer su derecho prestacional creado con la Ley 4a. de 1992, por vía administrativa, y a través de revocatoria directa de la resolución por medio de la cual le fue reconocido su reajuste tan sólo en un 50% y sólo para el año de 1994.

- En relación con el perjuicio irremediable, señala el juzgador que éste no se configura, y en consecuencia no procede acción de tutela como mecanismo transitorio, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 306 de 1992, artículo 1.

- Advierte de otra parte, que el peticionario no ha ejercido la acción administrativa pertinente para la defensa de sus derechos; por el contrario por vía de acción de tutela quiere evitar hacer uso de ella, dada su avanzada edad y la mora que en dicha jurisdicción se presenta, por tanto la prosperidad de la acción no tendría respaldo, pues sería indefinida, y no como lo exige la ley, en forma transitoria, y hasta tanto la jurisdicción competente resuelva.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la referencia en atención a lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral 9o. de la Constitución Política en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, este examen se hace en virtud de la selección que de dicho acto practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de la Corporación.

B. La materia del asunto que se resuelve

La Corte Constitucional se ocupa en esta oportunidad de definir si de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, y dentro del marco de las regulaciones legales correspondientes, procede o no la tutela específica, autónoma y directa de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y a la dignidad, y a los derechos adquiridos de carácter laboral y prestacional-pensional en el caso de la indebida liquidación del reajuste de una pensión de jubilación reconocida por la ley, respecto de una persona de la tercera edad que alega deficientes condiciones de salud física.

Al respecto, la Sala encuentra que asiste razón al demandante en su reclamo de tutela, básicamente si se atiende, como corresponde a su estado de pensionado y de persona de la tercera edad, a quien se le han desconocido sus derechos pensionales en el acto de liquidación del reajuste de su mesada pensional. Para arribar a esta solución la Sala tiene en cuenta la sentencia de la Corte que advierte lo siguiente:

"De otra parte, conviene afirmar que el Juez de tutela no puede ser indiferente ante la situación de los pensionados y no puede dejar de considerar las condiciones específi-

cas de debilidad en las que se encuentran las personas de la tercera edad y la protección especial que la Constitución y los convenios internacionales les conceden en el artículo 46. Así, se busca que el Estado promueva y garantice en la medida de sus posibilidades, las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (CP. artículo 13), y nada más apropiado para ello que se proteja efectivamente a los ciudadanos de la tercera edad, quienes por sus condiciones constituyen un sector de la población que merece y requiere una especial protección por parte del Estado -como obligación constitucional- y de la sociedad, dentro del principio de la solidaridad social en que éste se cimienta (CP. artículo 48).

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

"En efecto, el simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable en aras de darle eficacia material, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho. Obligación que debe hacerse efectiva dentro de los términos legales previstos para ello, en aras a no afectar ni desmejorar los derechos ni la calidad de vida de los pensionados." (Sentencia T-181 de mayo 7 de 1993. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

De otra parte, en el presente asunto también se examina la relación que puede existir entre la mencionada situación de desconocimiento del alcance y del monto de una prestación social de carácter pensional, definidos en una ley de la República, y la actitud omisiva de la administración en admitir y acatar los efectos jurídicos y económicos de la ley que reconoce prestaciones laborales de carácter pensional, en el caso de una persona que reclama, de manera directa y explícita, su reconocimiento; sobre este tema esta Corporación también definió su jurisprudencia en relación con el punto de la procedencia de la acción de tutela, especialmente en estos casos, en las sentencias T-243 y T-364 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, en las cuales se ordenó el reajuste y el reconocimiento de las diferencias sobre el monto de la mesada pensional entre quienes gozan del mismo derecho, en atención al status jurídico, ante la misma prestación y bajo el mismo régimen jurídico.

Cabe destacar, además, que el peticionario se refiere a la conducta abiertamente arbitraria de la entidad administradora de los recursos prestacionales, que desconoce la vigencia de la ley que dispuso elevar el monto de la pensión no sólo para los excongresistas que adquirieran su derecho prestacional después de la vigencia de la misma, sino para quienes bajo los mismos supuestos normativos y, dentro del marco constitucional del derecho a la igualdad, ya habían accedido al derecho.

Como se vió en la parte de antecedentes en el presente asunto, resulta que el señor Oscar Vélez Marulanda en su condición de pensionado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, manifiesta que ha sido objeto de discriminación por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, al no reconocérsele el reajuste pensional a que considera tener derecho, por los años 1992 y 1993, en los términos del artículo 17 de la Ley 4a. de 1992, dado que aquel fondo, alegando la vigencia de una disposición reglamentaria, sólo lo reconoció con dicho monto a partir de 1994, mientras que a otros ex-congresistas, les fue reconocida la prestación pensional por aquel monto desde 1992 y a partir de la vigencia de la mencionada ley.

Resulta que el mencionado fondo dice actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto reglamentario No. 1359 de 1993, modificado por el artículo 7o. del Decreto 1293 de 1994, en los que se dispone que el reajuste especial surte efectos fiscales a partir del 1o. de enero de 1994, y en el que se decreta, de otra parte, para los años 1992 y 1993, un reajuste especial cuyo monto sólo alcanza al 50% del mismo tipo de ingreso previsto en la Ley 4a. de 1992, como base para la liquidación de la pensión.

Cabe observar que el peticionario, Oscar Vélez Marulanda, obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a través de la resolución No. 0130 de Febrero 26 de 1992, veintidós días antes de la entrada en vigencia de la ley que aumentó el monto global de la mesada pensional fijándolo en el 75 % de lo que reciba un congresista como promedio mensual de sus ingresos por todo concepto, y que el reajuste ordenado en su favor, para dar cumplimiento a lo dispuesto por la mencionada ley 4a. de 1992 fue decretado por resolución No. 1530 del 29 de diciembre de 1994, con efectos fiscales a partir del primero de enero de ese año, bajo el entendido de acatar lo dispuesto por los decretos reglamentarios 1359 de 1993 y 1293 de 1994; lo cual produce la violación advertida en contra de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trato digno y a los derechos adquiridos de carácter prestacional y pensional.

En esta última decisión, no obstante existir definición judicial de la interpretación constitucional del artículo 17 parágrafo de la ley 4a. de 1992 proferida expresamente por esta Corporación, en otro caso similar[2] , como efectivamente lo reconoce la entidad contra la que se dirige la acción de tutela, y a pesar de haber sido invocada dicha interpretación por el pensionado dentro de la solicitud de la liquidación del reajuste ordenado presentada el 17 de noviembre de 1994, se decretó el reajuste de la mesada pensional por un porcentaje equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que devengaba un congresista, pero únicamente a partir del 1o. de enero de ese año y no como corresponde, según la ley, es decir a partir de la vigencia de la ley 4a. de 1992, o lo que es igual desde 1992 inclusive, año a partir del cual ni la pensión ni la sustitución de la misma puede ser inferior al ingreso mensual promedio que por todo concepto recibió el Congresista en el último año.

Esta ley, en su artículo 17, señaló en relación con los miembros del Congreso lo siguiente:

*"**Artículo 17.** El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquellas y éstas no*

---

2 Cfr. Sentencia T-456 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente 38844, Actores José Rafael Escandón Buchelli y otros contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje, en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARAGRAFO. *La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."*

Para esta Sala no asiste duda de la interpretación constitucional que debe aplicarse en este caso, que es la misma que se pronunció en el caso de sentencia T-456 de 1994, varias veces citada en esta decisión y que consiste en que, de conformidad con la ley, a partir de 1992 los excongresistas pensionados y los que accedan a dichos derechos o los sustituyan, devengarán una mesada que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal; pero además, también es claro que el reajuste de la mesada de los pensionados no puede resultar inferior para cada año, al mismo 75% y que su liquidación debe hacerse teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete el reajuste.

En efecto, esta sala en ningún momento puede admitir semejante violación que crea la Resolución 1530 de 1994 y que se basa en la aplicación de una disposición reglamentaria, que parece desconoce los lineamientos generales fijados por la ley 4a. de 1992, que es la ley marco del régimen prestacional de los miembros del Congreso de la República, mucho menos cuando el inciso final del artículo 48 de la Carta Política, dispone que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante y cuando el artículo 53, inciso tercero, dispone a su vez que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Gobierno Nacional en desarrollo del marco de la Ley 4a. de 1992, en especial de su artículo 17, expidió el decreto 1359 de julio 12 de 1993, estableciendo el régimen de reajuste pensional en franca contradicción:

*"**Artículo 17.** Reajuste Especial. Los Senadores y Representantes que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la ley 4 de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez, de tal manera que su pensión alcance un valor equivalente al 50 % del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales Congresistas."*

Desde luego, el reajuste especial que debía decretar el Gobierno sobre la pensión de los miembros del Congreso en desarrollo de la ley marco, no podía en ningún caso ser inferior al monto de la misma prestación que se ha previsto para aquellos funcionarios; en este sentido es abiertamente ilegal e inconstitucional y no halla razón de ser el haber fijado aquel monto del 50% que se pretende aplicar para los ya pensionados, y aplicar el monto del 75% para los que se pensionen a partir de la vigencia de la ley.

En decisión de 21 de octubre de 1994, sentencia T-456 de 1994, esta Corporación se pronunció en relación con el régimen de reajuste creado por la ley 4 de 1992 y el decreto 1359 de 1993, y en ella advirtió lo siguiente:

*" 2- **Reajuste Especial:***

Con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, la ley 4 de 1992 diferenció entre los dos reajustes: por un lado el automático, oficioso y anual y por otro lado, un REAJUSTE ESPECIAL para actualizar las pensiones DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO. Es más, el artículo 17 de la ley califica como REAJUSTE al especial, exige para éste el que se decrete (parte final de parágrafo), mientras que al oficioso y anual lo denomina como AUMENTO (parte final del primer inciso).

El reajuste especial se reconoce en 1992, pero ya no es para todos los jubilados en entidades de derecho público, sino exclusivamente para los Representantes y Senadores, fijándose el parámetro de que no podría ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los congresistas en la fecha en que se decrete el reajuste. Se concatena este trato preferencial a los congresistas con la determinación tomada en el artículo 8 de la misma ley 4 según la cual el ejecutivo fijará "la asignación mensual de los miembros del Congreso Nacional, a partir de la cual se aplicará el artículo 187 de la Constitución Política.

Tan es cierto que se trata de un REAJUSTE ESPECIAL, que así lo califica el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, artículo que insiste en que este reajuste se hará "POR UNA SOLA VEZ", luego, los ex -Congresistas que gozaban de la pensión de jubilación el 18 de mayo de 1992 (fecha en la cual se publicó y empezó a regir la ley 4 de tal año) ADQUIRIERON EL DERECHO al reajuste especial y, posteriormente, para los años siguientes operará el aumento, ordinario y anual, equivalente al reajuste del salario mínimo legal, así como para el sueldo de los Congresistas inicialmente lo fijó el Gobierno por una sola vez y de ahí en adelante será como lo señala el artículo 187 de la Carta.

*3-) **El reajuste especial en el decreto 1359 de 1993.***

El decreto 1359 de 1993 en su capítulo primero contiene unas normas generales. El Capítulo Segundo, el Tercero y el Cuarto se refieren específicamente a las pensiones de jubilación, invalidez y sustitución. El quinto incluye los dos reajustes enunciados así:

a- El aumento anual, inmediato, directamente en la nómina, equivalente al aumento en el salario mínimo legal mensual (artículo 16 del decreto).

b- El reajuste especial anunciado en la ley 4 de 1992 (de lo contrario el decreto no podía establecerlo) y que necesariamente debe acondicionarse a los objetivos y criterios de la Ley.

....

De la lectura del artículo 17 de Decreto surge:

*a- Dice el Decreto que el **reajuste especial** es para los pensionados con anterioridad a la vigencia de la ley 4 de 1992.*

b- Dice el decreto que no puede haber PENSIONES inferiores al 50% de las pensiones de los actuales Congresistas.

*Estas dos determinaciones deberían ser irrelevantes porque la pensión se le reajusta a quien ya la adquirió y porque en verdad no hay contradicción entre el reajuste del 75% y pensiones **no** inferiores al 50% de la de los actuales congresistas.*

El problema radica en que para el caso de las tutelas que motivan esta sentencia el Fondo ha hecho esta distinción que ni la ley ni el Decreto establecen: que a quienes se les liquide la pensión con posterioridad al 18 de mayo de 1992 se les aplicará el 75% y que los pensionados antes de tal fecha tendrán un reajuste del 50%. Este tratamiento no solamente contradice al artículo 17 de la ley 4 de 1992 (que puso en igualdad de condiciones la liquidación de la pensión y el reajuste), sino que también es abiertamente contrario al artículo 6 del mismo decreto 1359 de 1993 que perentoriamente indica que el REAJUSTE ESPECIAL, "en ningún caso podrá ser inferior al 75%"

...el promedio para la pensión de jubilación será el 75% del ingreso mensual de Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación. Y este mismo parámetro se refiere al reajuste especial. Quedando prohibido, so pena de carecer de todo efecto, alterar este régimen prestacional.

*Tratándose del **reajuste especial** la ley 4 de 1992 también acudió al 75% como porcentaje y es el sueldo y no la pensión de otros la referencia para la liquidación; y estos criterios tienen su respaldo en la Constitución, la cual orienta la lectura de las normas."*

La decisión transcrita permitió establecer con claridad los términos que la ley señaló para el reconocimiento de los reajustes pensionales que se aplicaran a Senadores y Representantes a la Cámara, entre ellos el reajuste especial dirigido a quienes fueron pensionados con anterioridad a la ley 4 de 1992; por ello el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, sin atender el sentido de la decisión de la Corte Constitucional, a que se hizo referencia, pese a estar reunidos los requisitos de ley, sólo reconoció al peticionario el reajuste especial de su pensión de jubilación, consagrado en el artículo 17 del decreto 1359 de 1993, mediante resolución número 1530 de diciembre 29 de 1994, lo cual genera en contra del peticionario un grave perjuicio, que dadas las condiciones especiales del caso resultaría irremediable si no se concede la tutela reclamada.

En este sentido, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto así:

"Ha señalado en reiteradas oportunidades esta Corporación, que para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, es indispensable que exista con certeza la posibilidad de que se produzca el perjuicio, para lo cual el fallo de tutela se presenta en este caso, como el medio idóneo de protección inmediata y transitoria de los derechos fundamentales del afectado, mientras el juez competente se pronuncia de manera definitiva"[3]

Pero además sobre este punto cabe advertir que la Corte ha señalado que en determinados casos, es preciso examinar las condiciones concretas del asunto para hacer que la protección de los derechos fundamentales sea efectiva y real, así:

---

[3] Sentencia T- 52/94, Ponente doctor HERNANDO HERRERA T-16617.

"...será necesario evaluar si los hechos que se ponen en conocimiento de la autoridad judicial son inminentes y graves, frente a lo cual resultaría necesario adoptar una solución en forma urgente e impostergable. Debe en este punto establecer esta Sala de Revisión, que no todo perjuicio que de por sí acarrea un menoscabo físico, psíquico o patrimonial puede calificarse como irremediable. Diariamente los asociados se enfrentan a situaciones que pueden resultar perturbadoras, inquietantes, e incluso alarmantes, pero que no ameritan, a través de la acción de tutela, todo el dezplazamiento inmediato del aparato judicial para remediar el problema; es decir, se trata de circunstancias que no reúnen los elementos del "perjuicio irremediable" definidos anteriormente, y, que, por tanto, pueden ser solucionadas mediante el uso de las acciones ordinarias ante las jurisdicciones competentes".[4]

Además, la decisión de la Corte, que se ha venido citando, señaló adicionalmente en relación con el reajuste especial, que "El objetivo de este reajuste, fue el de equilibrar la cuantía de las mesadas pensionales con el sueldo de los congresistas. En realidad, debido al aumento de sueldos que el mismo parlamento permitía para Congresistas, se aumentaba la desproporción entre el sueldo y la pensión. Esta en el caso de los ex-congresistas sufrió comparativamente una marcada devaluación, lo cual explica en parte la necesidad del reajuste especial"

Si con el reajuste especial creado en desarrollo de la ley 4a. de 1992, por virtud de lo dispuesto en los mencionados decretos reglamentarios, se busca solucionar en cierta medida la desproporcionalidad que se presenta con el monto de las pensiones, entre quienes fueron pensionados con un régimen anterior, y los ingresos de los congresistas en ejercicio y el monto de las pensiones de los nuevos pensionados a partir de la vigencia de aquélla, no resulta conforme a la Constitución que dicho reajuste se aplique sólo a partir de la vigencia, ni que con aquel se reduzca retroactivamente el monto de la pensión como lo hacen los mencionados decretos y el acto de liquidación contra el que se dirige el accionante, en abierta contradicción con las garantías constitucionales al poder adquisitivo de aquella prestación; es más, la ley misma advierte que en ningún caso las pensiones pueden ser inferiores al 75% de los mencionados ingresos de los congresistas, lo cual presupone que en ningún caso el reajuste a decretar por el Gobierno en ejercicio de sus competencias reglamentarias sea inferior a dicho porcentaje.

Para esta Sala de la Corte Constitucional, la ley elevó a partir de su vigencia el monto de las pensiones de los excongresistas, y cualquier acto administrativo o reglamentario que pretenda darle efectos diferidos o aplazar su vigencia, o reducir su extención y monto, resulta abiertamente contrario a la Constitución; por lo mismo, ha de entenderse, en consecuencia que los efectos fiscales de las disposiciones administrativas que regulan el reajuste y que disponen que se aplican a partir de 1994, se refieren exclusivamente a la oportunidad de la apropiación presupuestal y de su pago, pero en ningún caso pueden diferir los efectos prestacionales y pensionales de la ley ni reducir su monto.

De otra parte, el régimen de pensiones y sustituciones, creado por la ley 4a. de 1992 se viene aplicando a partir de su vigencia para los nuevos pensionados, mientras que para los ya pensiona-

---

[4] Sentencia T-253/94. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

dos sólo se aplica desde 1994 en abierta contradicción de la Constitución Política; así, resulta evidente que no existe justificación alguna para que el Fondo omita la aplicación de la misma para los Congresistas ya pensionados, mucho menos cuando media solicitud expresa en sentido contrario por el interesado; en este sentido, la omisión flagrante en que viene incurriendo el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, vulnera el derecho a la igualdad y a la dignidad humana, consagrados como derechos fundamentales en la Carta Política.

Como se advirtió, la ley 4a. de 1992 reconoce el nuevo monto de la pensión y el derecho a un reajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la misma; sin embargo, éste sólo se hace efectivo por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a partir de 1994 para los pensionados con anterioridad a la ley, como es el caso del señor Oscar Vélez Marulanda.

Ahora bien, frente a las disposiciones que hacen referencia a los reajustes pensionales, principalmente del "reajuste especial", que debiera permitir a quienes no se les aplican directamente los beneficios del nuevo régimen pensional, la Corte encuentra que se produce una evidente violación a la garantía del derecho a la igualdad lo cual, en el estado de avanzada edad del pensionado Vélez Marulanda, se constituye en una modalidad de perjuicio irremediable, que debe ser tutelado como mecanismo transitorio en el caso concreto, mientras se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción judicial que corresponda.

Ahora bien, no hay lugar en el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad a un debate probatorio detallado sobre las actuales condiciones económicas del peticionario, porque, para los efectos de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y al trato digno relacionados con el pago de una prestación social de naturaleza pensional, ni la Constitución ni la ley que regulan la acción prevista en el artículo 86 de la Carta, lo exigen, mucho menos teniendo en cuenta su carácter preferente y sumario. Lo cierto es que en el expediente y en el proceso que se surtió con ocasión de la petición de la referencia no se han cuestionado dichas condiciones y, por el contrario, aparece completamente acreditado el estado de avanzada edad de quien reclama una justa y legal liquidación de los reajustes pensionales que le corresponden; lo que no existe en el proceso no existe para el juez y en este caso lo único probado como realidad concreta es la mencionada edad del peticionario y el hecho evidente de que con él se ha cometido un acto flagrante de discriminación y ofensa a sus derechos constitucionales.

La apreciación de las circunstancias del caso a que se refiere el numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, debe hacerse objetivamente y de acuerdo con la realidad que se demuestre y aparezca plenamente probada en la actuación procedimental de la tutela; por ello, y de acuerdo con la realidad que aparece en el expediente que se examina, en esta oportunidad, está plenamente acreditada la edad avanzada del peticionario y el desconocimiento del derecho a disfrutar en integridad su pensión de jubilación.

Por último, cabe advertir que el actor adicionó su solicitud en cuanto al amparo de su derecho en el sentido de que se tuviera en cuenta el aspecto de la indexación de la pensión que le corresponda; empero la Sala se abstiene de pronunciarse sobre esta materia, pues considera que ella pertenece al ámbito de competencia de los jueces de instancia, según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte y es ante aquéllos donde se debe formular la demanda pertinente.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el 8 de junio de 1995 en el proceso de la referencia.

Segundo. CONCEDER como mecanismo transitorio, la tutela reclamada por el señor Oscar Vélez Marulanda, en favor de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trato digno y al goce de sus derechos pensionales. En consecuencia ordena al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que reajuste la liquidación hecha y pague efectivamente los derechos pensionales que le corresponden al peticionario por los años 1992 y 1993, de conformidad con la Ley 4a. de 1992, hasta completar el 75% del promedio de lo que por todo concepto percibieron los Representantes y Senadores de la República como ingreso mensual en el año de la liquidación correspondiente.

Tercero. Comunicar la presente decisión en los términos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado
-Con salvamento de voto-

GASPAR CABALLERO SIERRA, Conjuez

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. T-463
octubre 17 de 1995

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia (Salvamento de voto)

Es evidente en la acción de tutela de la referencia, que el actor no está en situación urgente de ser socorrido ante la inminencia de un mal irreparable y grave, que pueda ser considerado como perjuicio irremediable, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación. Por el contrario, se deduce que es una persona que no se encuentre en estado de extrema necesidad, razón por la cual no hay mérito para invocar la tutela como mecanismo transitorio. De admitir que el actor, con el monto por él devengado, está en extrema necesidad, se deduciría que casi todos los colombianos estarían en dicho estado, toda vez que la cifra recibida por un ex congresista corresponde a una de las más elevadas dentro de los pensionados de la Nación.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-No reajuste pensional (Salvamento de voto)

El actor no se encuentra desprovisto de defensa, pues sus pretensiones puede hacerlas valer por medio de la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando la revocatoria de la resolución que le reconoce sólo un 50% y por el año de 1994.

DERECHO FUNDAMENTAL-Núcleo esencial (Salvamento de voto)

No todo lo que toca indirectamente y por derivación un derecho fundamental, es susceptible de la acción de tutela, porque en ese orden de ideas, todas las contravenciones al régimen legal serían aptas para ser ventiladas, no por la jurisdicción ordinaria, sino por la vía de la tutela, de suerte que el mecanismo especial pasaría a ser general, lo cual sería un contrasentido y un desorden.

Referencia: Expediente No. T-73418

El suscrito magistrado, VLADIMIRO NARANJO MESA, comedidamente salva su voto en el proceso de la referencia, por no compartir la decisión de la Sala Séptima de Revisión por las siguientes razones:

Encuentra el suscrito magistrado que en el caso específico, no hay motivo para conceder la tutela como mecanismo transitorio, por cuanto no se configura en este caso la situación de perjui-

cio irremediable. Cabe señalar que no cualquier perjuicio reviste la forma de irremediable, ya que para ello deben concurrir varios requisitos, tales como la gravedad, la inminencia, la vigencia, la irreversibilidad y la necesidad de una compensación equitativa, como única manera de retribución ante la imposibilidad de una estricta reparación en justicia.

Así, para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta, la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como son la *inminencia*, que exige medidas inmediatas, la *urgencia* que tiene el sujeto de derecho por superar la situación de perjuicio inminente, y la *gravedad* de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionen o que se encuentren amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que, como la Corte lo ha establecido, no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada; la amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral[1] .

Ahora bien, es evidente en la acción de tutela de la referencia, que el actor no está en situación urgente de ser socorrido ante la inminencia de un mal irreparable y grave, que pueda ser considerado como perjuicio irremediable, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación. Por el contrario, se deduce que es una persona que no se encuentre en estado de extrema necesidad, razón por la cual no hay mérito para invocar la tutela como mecanismo transitorio. De admitir que el actor, con el monto por él devengado, está en extrema necesidad, se deduciría que casi todos los colombianos estarían en dicho estado, toda vez que la cifra recibida por un ex congresista corresponde a una de las más elevadas dentro de los pensionados de la Nación.

En segundo lugar, el actor no se encuentra desprovisto de defensa, pues sus pretensiones puede hacerlas valer por medio de la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando la revocatoria de la resolución que le reconoce sólo un 50% y por el año de 1994. Siendo ello así, no hay razonamiento válido para no acudir a la jurisdicción apropiada para el caso específico, sobre todo cuando no se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, según se explicó. Esta Corporación ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que la acción de tutela no es un mecanismo paralelo a la jurisdicción ordinaria, ni una alternativa a elegir por el actor. No. Se trata de una vía residual y subsidiaria, que opera ante la vulneración del núcleo esencial de un derecho fundamental, siempre y cuando no existan otros medios de defensa judicial, de suerte que de no tutelarse el derecho fundamental, el lesionado quede en evidente estado de indefensión.

Finalmente, se advierte que en el asunto *sub examine* no se está violando el núcleo esencial de un derecho fundamental. Como lo ha sostenido la Corte en varias oportunidades, no todo lo que toca indirectamente y por derivación un derecho fundamental, es susceptible de la acción de tutela, porque en ese orden de ideas, todas las contravenciones al régimen legal serían aptas para

---

1 Cfr. T-225/93. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

ser ventiladas, no por la jurisdicción ordinaria, sino por la vía de la tutela, de suerte que el *mecanismo especial* pasaría a ser *general*, lo cual sería un contrasentido y un desorden.

Por las anteriores consideraciones, el suscrito magistrado salva su voto en la Sentencia de la referencia.

Santafé de Bogotá, D.C., 23 de octubre de 1995.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

SENTENCIA No. T-464
octubre 17 de 1995

DERECHO DE PETICION-Notaría/**TUTELA CONTRA NOTARIO**-Deber de responder

Si se considera que los notarios son autoridades, es clara la obligación de responder, pues es el primer evento que contempla el artículo 23 de la Constitución. Si se los considera como simples particulares que prestan un servicio publico, también están en la obligación de resolver las peticiones, pues encajan en la situación prevista en el inciso final del artículo 86 de la C.P., sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares encargados de un servicio público. La reclamación de índole laboral de que ellos tratan, la Corte comparte en su integridad lo expresado por los jueces de instancia, cuando señalaron que es un asunto que debe ser resuelto por la justicia ordinaria; que sobre tal tema no puede decidir el juez de tutela; y, que, para su protección, existen otros medios de defensa judicial.

Referencia: Expediente No. T-74754

Demandante: Nadin Ospina Morales.

Demandada: Beatriz Sanín de Wills.

Procedencia: Consejo de Estado.

Magistrado ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Aprobada en sesión de la Sala Primera de Revisión, celebrada en la ciudad de Santafé de Bogotá, a los diez y siete (17) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la providencia proferida por el Consejo de Estado, en el proceso promovido por NADIN OSPINA MORALES contra BEATRIZ SANIN DE WILLS, quien, actualmente, es Notaria 35 del Circulo de Santafé de Bogotá.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

I.- ANTECEDENTES

El actor presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acción de tutela, el 9 de mayo de 1995, por las siguientes razones:

a) Hechos.

El actor dirigió a la demandada dos memoriales, uno, el 31 de marzo y el otro, el 19 de abril de 1995. Sin embargo, la Notaria no ha dado respuesta a sus escritos.

En sus peticiones, el actor solicita a la hoy Notaria 35, a nombre de los correspondientes beneficiarios, el seguro al que, en su concepto, tienen derecho los herederos del señor Wilmar Vicente Parra Vargas, quien falleciera cuando era empleado de la Notaría 47 y la demandada titular de tal despacho.

b) Derecho fundamental vulnerado.

El actor considera que la demandada ha vulnerado su derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

c) Pretensiones.

Se le ordene a la demandada dar respuesta a los citados memoriales.

d) Sentencia de primera instancia.

Una vez avocado el conocimiento, el Tribunal ordenó a la demandada que en el término de dos días informara sobre el trámite y la respuesta que le ha dado a las peticiones del actor.

En sentencia de 19 de mayo de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca **concedió** la tutela solicitada y ordenó a la Notaria 35 dar respuesta concreta y precisa a la petición de reconocimiento y pago del seguro por muerte de los beneficiarios del empleado fallecido. Para su cumplimiento, fijó el término de 48 horas, contado a partir de la notificación personal de la sentencia.

En sus consideraciones, el Tribunal distinguió dos aspectos:

a) Por una parte, el derecho reclamado por el demandante en sus comunicaciones, derecho al seguro por muerte del empleado fallecido a favor de sus beneficiarios, que es un derecho de rango legal, no constitucional, y, por consiguiente, no es objeto de acción de tutela. Además, se deriva del derecho al trabajo y a la seguridad social, artículos 25, 46, 48 y 53 de la C.P., los cuales no son de aplicación inmediata, al tenor del artículo 85 de la Constitución, pues requieren de ley que los desarrolle. Y, para su protección, existen otros medios de defensa judicial.

b) Pero, en cuanto a la falta de respuesta a los memoriales del actor, el Tribunal estimó que el derecho de petición sí fue vulnerado por la demandada al no suministrar respuesta, y por este aspecto, concedió la tutela.

e) Impugnación.

Con el escrito de impugnación, la demandada presentó un memorial independiente, dirigido al Tribunal, en el que responde en forma negativa la solicitud de pago del seguro por muerte, aduciendo que no existe ninguna clase de obligación por su parte de cancelar suma superior a los $20'000.000,oo que se le entregó a la esposa del empleado fallecido, con ocasión del accidente en el que él murió. Advierte la demandada que el accidente "no ocurrió en día ni hora laboral, más aún, el occiso SUSTRAJO mi automóvil ese domingo 17 de octubre de 1993, contrariando expresamente la orden de inmovilizar el vehículo que, desde el mes de septiembre, cuando yo viajé al exterior, le había dado a la Doctora Liliana Sanín, Notaria 47 encargada, precisamente porque el señor PARRA VARGAS no había querido terminar de hacerse sus exámenes médicos. Además, como si fuera poco, ese trágico domingo se dedicó en forma irresponsable a ingerir alcohol, tal como quedó plenamente establecido en la diligencia de necropsia. "..." La señora AIDEE PARRA HERNANDEZ recibió en audiencia judicial de conciliación el valor total de la indemnización correspondiente, razón por la cual mal puede pretender recibir un nuevo pago." (Las mayúsculas corresponden al texto original)

La demandada, a través de apoderado, impugnó la sentencia del Tribunal. Señaló que su representada no fue notificada de la iniciación de esta tutela; en el expediente aparece sólo copia de un telegrama de fecha 10 de mayo de 1995, que fue recibido el 19 de mayo, y que en dicha fecha ella procedió a contestar. Pero, el mismo 19 de mayo se profirió la sentencia de tutela, sin que la demandada hubiera sido "oída y vencida en juicio".

También controvierte la interpretación del Tribunal de considerar a los notarios como "autoridad", interpretación, en su concepto errada, y que fue la base para conceder la tutela.

Al respecto, el impugnante dice que el notario no es una autoridad ni una organización privada, es una persona natural. No tiene la calidad de servidor público. Es un profesional del derecho que presta el servicio de dar fe pública. Las notarías no son personas jurídicas, y para todos los efectos civiles, penales, disciplinarios, tributarios, es siempre el notario el que responde. Señala que en este sentido ha habido pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, no procede el derecho de petición ante una persona natural, pues no existe fundamento constitucional para hacerlo. Las cartas enviadas por el demandante son cartas de un particular a otro particular.

f) Sentencia de segunda instancia.

En fallo de 16 de junio de 1995, el Consejo de Estado *confirmó* la sentencia del Tribunal.

El Consejo compartió la decisión del *a quo* sobre la procedencia de esta tutela por la vulneración del artículo 23 de la Constitución. En relación con lo afirmado por el impugnante sobre si los notarios son autoridad o no, señaló:

"Llama la atención de la sala, la afirmación del apoderado de la parte demandada en el sentido de establecer que los notarios no constituyen autoridad, pues a juicio de

esta corporación cuando el artículo 2o. del decreto 960 de 1970 se refiere a que la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, se entiende que está haciendo alusión al ejercicio coetáneo de otro tipo de autoridad y no a la que él mismo ejerce como funcionario público. En consecuencia es erróneo suponer que las solicitudes que eleven los empleados de las notarías no justifican el ejercicio del derecho de petición en consideración a su régimen laboral, ya que el ejercicio se fundamenta en la función pública que indiscutiblemente presta el notario."

Por otra parte, el Consejo señaló que la demanda de tutela sí fue notificada en la forma prevista en el artículo 16 del decreto 2591 de 1991.

Advirtió, finalmente, que la respuesta enviada al Tribunal por la demandada no cumple el cometido de la sentencia, pues ella debe ser dirigida al demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución.

Segunda.- Breve justificación de esta sentencia

El artículo 35 del decreto 2591 de 1991, establece que "Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. **Las demás podrán ser brevemente justificadas.**" (Se resalta). Por consiguiente, se procederá a hacer sólo una breve referencia a algunos aspectos de este expediente, pues esta sentencia no va a modificar o revocar el fallo del Consejo de Estado, ni unificará jurisprudencia constitucional, ni el expediente bajo examen permite aclarar normas constitucionales.

El impugnante controvierte la decisión del Tribunal que concedió la tutela por vulneración del derecho de petición, pues, en su opinión, la demandada no se encuentra en ninguna de las dos posibilidades que establece el artículo 23 de la Constitución, no es autoridad ni es una organización privada, y, por consiguiente, las cartas enviadas por el demandante son cartas de un particular a otro particular, y su respuesta no es objeto de protección a través de la acción de tutela.

Sobre este asunto, en primer lugar, veamos qué dice el artículo 23 de la C.P.:

"Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

Para efectos de esta sentencia de tutela, no es necesario determinar si el notario es autoridad, si es un particular encargado de funciones públicas, si es un funcionario público o no, etc., aunque resulta a todas luces importante la interpretación que del artículo 2o. del decreto 960 de

1970 hace el Consejo de Estado en este proceso, interpretación transcrita en los antecedentes, y en la que concluye que cuando la norma dice que la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, es porque se está ejerciendo otro tipo de autoridad. Basta, pues, ubicar el presente asunto en el **servicio público** que prestan los notarios. Carácter que tiene rango constitucional. Dice el artículo 131 de la Carta:

> ***"Artículo 131.*** *Compete a la ley la reglamentación del* ***servicio público que prestan los notarios*** *y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. (se resalta)*
>
> "..."

La ley, sobre el servicio público que prestan los notarios, dice:

> *"Art. 1o. El Notariado es un* ***servicio público*** *que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial." (Ley 29 de 1973, artículo 1o.)*

Y el decreto 2148 de 1983:

> *"Art. 1o. El Notariado es un* ***servicio público*** *e implica el ejercicio de la fe notarial."*

Para la protección de los derechos fundamentales, según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser dirigida contra la acción u omisión de cualquier **autoridad pública**, o contra **particulares**. En este último evento, cuando se presentan una o algunas de las siguientes situaciones: que el particular esté encargado de **un servicio público**; o cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De esta manera, si se considera que los notarios son autoridades, es clara la obligación de responder, pues es el primer evento que contempla el artículo 23 de la Constitución. Si se los considera como simples particulares que prestan un servicio publico, también están en la obligación de resolver las peticiones, pues encajan en la situación prevista en el inciso final del artículo 86 de la C.P., sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares encargados de un servicio público.

En relación con el presente asunto, es preciso hacer la siguiente distinción: es claro que el objeto de esta tutela no hace referencia a asuntos propios de la fe pública que prestan los notarios. El asunto corresponde a una solicitud de respuesta a una reclamación laboral, que, para la fecha de interponer la tutela, no había sido suministrada. Y que en razón de las razones expresadas, también debe ser resuelta.

En cuanto al objeto de los memoriales del demandante, es decir, la reclamación de índole laboral de que ellos tratan, la Corte comparte en su integridad lo expresado por los jueces de instancia, cuando señalaron que es un asunto que debe ser resuelto por la justicia ordinaria; que sobre tal tema no puede decidir el juez de tutela; y, que, para su protección, existen otros medios de defensa judicial.

III.- DECISION.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia del Consejo de Estado, del 16 de junio de 1995. En consecuencia, se concede la tutela demandada por el señor NADIN OSPINA MORALES, en cuanto hace relación al derecho de petición.

Segundo.- COMUNIQUESE la presente decisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese 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 No. T-465
octubre 17 de 1995

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA

La acción de tutela no se estableció para desconocer las decisiones válidamente adoptadas por los jueces dentro de los procesos que conducen en ejercicio de sus competencias. Y, por lo mismo, no puede pretenderse que ella sea otra instancia para conseguir lo que no se logró en el trámite normal de un debido proceso. Sostener lo contrario implicaría atentar contra la seguridad jurídica, una de las finalidades del derecho.

DEBIDO PROCESO-No uso del recurso/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**-No uso del recurso/**RECURSO DE APELACION**-Desierto por no pago de copias

Si se analiza la demanda de tutela, se advierte que los argumentos en que ella se funda son los mismos que debieron esgrimirse al intentar el recurso de queja, para conseguir que el superior concediera el de apelación que el inferior había declarado desierto. El no haber intentado ejercer el recurso de queja, no puede remediarse ahora por la vía de la tutela, como si el juez hubiera quebrantado el debido proceso, cuando se limitó a aplicar el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil, que ordena declarar desierto el recurso de apelación si no se suministra oportunamente el valor de las copias.

ABOGADO-Deberes

Es deber del abogado, entre otros, "atender con celosa diligencia sus encargos profesionales". Esa "celosa diligencia" es la que se echa de menos en el trámite del frustrado recurso de apelación contra la providencia que decidió el incidente de liquidación de perjuicios, lo mismo que en el trámite de todo el proceso. Más aún, tratándose de un negocio de tan elevada cuantía: pues si todos los encargos profesionales debe atenderlos el abogado "con celosa diligencia", es claro que ella debe extremarse cuando están en juego grandes sumas de dinero, como aquí acontecía. Además, en el proceso está demostrado que el actor en esta demanda de tutela tuvo conocimiento oportuno de los hechos que condujeron a que se declarara desierto el recurso de apelación.

Referencia: Expediente No. T-79.183

Demanda de tutela instaurada por el Banco Comercial Antioqueño S.A. contra el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

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

Magistrado Ponente: DR. JORGE ARANGO MEJIA.

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo de fecha 18 de agosto de 1995, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que confirmó parcialmente la sentencia del 11 de julio del mismo año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil de Decisión, que denegó la demanda de tutela.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos.

El doctor Gabriel R. Diago García, como apoderado del Banco Comercial Antioqueño de la ciudad de Barranquilla, presentó demanda de tutela contra el Juez Segundo Civil del Circuito de dicha ciudad, por lo siguiente:

En mayo de 1982, el Banco Comercial Antioqueño S.A. inició proceso ejecutivo contra el señor Julio Calderón de Sola, proceso cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

Al desatarse la segunda instancia dentro del proceso ejecutivo, la Sala Civil del Tribunal Superior, confirmó la decisión que había declarado probada la excepción de prescripción y condenado en perjuicios a la entidad bancaria.

Tramitado incidente de liquidación de perjuicios, éste se resolvió en providencia de 27 de febrero de 1995, revocada parcialmente por auto de 6 de abril, que incrementó el monto del perjuicio en contra de Bancoquia, a la suma total de 1.689.200.298,64. Además, este auto dispuso conceder la apelación propuesta por las partes, en el efecto diferido, para lo cual, debían aportar las expensas necesarias para compulsar las copias requeridas, so pena de declararse desierto.

Junto con un escrito, el apoderado del Banco, parte demandante en esta tutela, suministró la suma de $55.000.oo, para las copias, señalando que si esa cantidad resultaba insuficiente, ello se le hiciera saber.

En el informe rendido por la secretaria al juzgado, se señaló que la suma aportada por Bancoquia resultó insuficiente, por cuanto el valor de cada fotocopia es de $50.oo. Lo anterior, llevó a que en providencia de 28 de abril de 1995, se declarara desierto el recurso de apelación interpuesto por las partes.

Contra esta providencia, se interpuso por la entidad bancaria, reposición y, en subsidio, apelación; sin embargo, el juzgado mantuvo su decisión, negando los dos recursos, por auto del 2 de junio.

Considera la parte demandante en esta tutela, Bancoquia S.A., que la suma de $55.000.oo aportada, excedía los valores fijados para las copias requeridas en auto de 27 de febrero de 1995,

por cuanto la ley establece la suma de $5.oo por copia y en la calle no cuesta más de $35.oo. En consecuencia, la suma de $50.oo, señalada por la secretaria del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, es arbitraria. Igualmente, considera el apoderado del Banco, que ha debido informársele sobre la insuficiencia del dinero y, tener en cuenta, además, que el pago de los gastos es a prorrata.

Por lo anterior, Bancoquia considera vulnerado su derecho fundamental del debido proceso, específicamente, el de defensa.

Respecto del recurso de queja que pudo haber interpuesto el Banco, para el actor resulta ineficaz comparado con la acción de tutela.

Por último, solicitó el demandante, como medida cautelar dentro de la tutela, la suspensión de la aplicación de la providencia de fecha 27 de febrero de 1995, que condenó en perjuicios a la entidad bancaria, porque de cumplirse la misma, resultaría inocuo el fallo que habría de pronunciar el juez de tutela, al tiempo que se le causarían mayores perjuicios.

Acompañó con la demanda el poder para actuar; copias de las decisiones judiciales mencionadas en estos hechos y copias de algunos escritos.

B. Juez de primera instancia.

La Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al asumir el conocimiento de la demanda de tutela, resolvió denegar la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Notificado en legal forma el juez demandado en tutela, se practicó inspección judicial sobre el proceso ejecutivo y se escuchó en declaración a la secretaria y al oficial mayor de dicho despacho.

La inspección judicial verificó el trámite procesal adelantado por el juzgado demandado y las declaraciones aportaron nuevos hechos, tales como los múltiples requerimientos realizados por el juzgado de Barranquilla al apoderado de Bancoquia, a través de su auxiliar, para que suministrara la suma faltante. Además, en tres lugares del mismo edificio donde está ubicado el juzgado, el valor de cada fotocopia es de $50.oo.

Con base en estas pruebas, el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil, profirió sentencia de fecha 11 de junio del presente año, denegando la presente demanda de tutela, por considerar que en atención a la autonomía funcional, el juez interpreta y decide las diferencias que ocurran en el proceso, teniendo en cuenta la falta de normas que regulen el valor de las fotocopias. Sin embargo, ordenó en el numeral segundo de su fallo, no expedir copias autenticadas de la decisión objeto de estudio, por estar sujeto el fallo a impugnación y eventual revisión, pudiendo ser modificado.

La parte demandante, Bancoquia, impugnó.

C. Juez de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 18 de agosto del año en curso, confirmó la decisión que denegó la demanda de tutela y revocó su segundo numeral al no encontrar justificación legal para mantener la medida provisional, ya que no se presenta violación de derechos.

No encontró la Corte, vía de hecho alguna que lesione el derecho fundamental al debido proceso, como quiera que si no se sufragaron oportunamente y en su integridad, las expensas necesarias para la expedición de las copias, se impone la declaración de deserción. Agrega que el apoderado del Banco tuvo conocimiento oportuno de la insuficiencia del dinero, por conducto de su auxiliar. Y, tampoco, encontró, norma procesal que disponga el pago de las expensas a prorrata de los apelantes.

Considera que el trámite dado al incidente está dentro de los parámetros establecidos en la legislación procesal civil, no existiendo vulneración de derecho fundamental alguno.

Recibido el presente asunto en esta Corporación, la Sala de Selección de Tutela número nueve, en providencia del 13 de septiembre del presente año, decidió escoger el presente asunto y repartirlo a este despacho.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Corte Constitucional 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, de conformidad con lo establecido por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución.

Segunda.- Lo que se debate.

Pretende el actor que se declare sin valor el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra el que puso fin al incidente de liquidación de los perjuicios causados por la tramitación de un proceso ejecutivo. Tal recurso de apelación se declaró desierto de conformidad con el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil.

Habrá, en consecuencia, que examinar la procedencia de la acción de tutela en relación con las providencias dictadas en otros procesos judiciales.

Tercera.- La acción de tutela contra "las sentencias y las demás providencias que pongan término a un proceso".

Cuando la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 40 del decreto 2591 de 1991, que permitía el ejercicio de la acción de tutela contra las sentencias y las demás providencias que pusieran término a un proceso, sostuvo que, excepcionalmente, tal acción podría intentarse cuando la actuación del juez violara un derecho constitucional fundamental, y la violación fuera de tal gravedad que convirtiera esa actuación en una verdadera vía de hecho. En síntesis, que el trámite judicial, bajo la apariencia del debido proceso, encubriera una manifiesta violación de un derecho fundamental.

De otra parte, es evidente que la procedencia de la acción de tutela exige que dentro del mismo proceso no existan recursos, por no estar consagrados en la ley procesal o por haberse ejercido sin remediar la vulneración del derecho fundamental.

La acción de tutela no se estableció para desconocer las decisiones válidamente adoptadas por los jueces dentro de los procesos que conducen en ejercicio de sus competencias. Y, por lo mismo, no puede pretenderse que ella sea otra instancia para conseguir lo que no se logró en el trámite normal de un debido proceso.

Sostener lo contrario implicaría atentar contra la seguridad jurídica, una de las finalidades del derecho.

Cuarta.- ¿En el presente caso se desconoció el debido proceso?

En el presente caso, sostiene el demandante que al declararse desierto el recurso de apelación, se vulneró el debido proceso, en perjuicio de la parte que representaba en el proceso ejecutivo. ¿Existió esa vulneración? A juicio de la Corte Constitucional, no, por las siguientes razones.

Si se analiza la demanda de tutela, lo mismo que otros escritos que el mismo actor ha presentado en el curso de este proceso, se advierte que los argumentos en que ella se funda son los mismos que debieron esgrimirse al intentar el recurso de queja, para conseguir que el superior concediera el de apelación que el inferior había declarado desierto. El no haber intentado ejercer el recurso de queja, siguiendo el trámite previsto por los artículos 377 y 378, no puede remediarse ahora por la vía de la tutela, como si el juez hubiera quebrantado el debido proceso, cuando se limitó a aplicar el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil, que ordena declarar desierto el recurso de apelación si no se suministra oportunamente el valor de las copias.

Esa negligencia, evidente al no interponer el recurso de queja, se suma a la que se observa en la omisión que condujo a que el recurso de apelación se declarara desierto. Para no hablar de la que existió en la falta de notificación del mandamiento de pago, que originó la declaración de prescripción en el proceso ejecutivo.

De conformidad con el artículo 47 del decreto 196 de 1971, estatuto del ejercicio de la abogacía, es deber del abogado, entre otros, "atender con celosa diligencia sus encargos profesionales". Esa "celosa diligencia" es la que se echa de menos en el trámite del frustrado recurso de apelación contra la providencia que decidió el incidente de liquidación de perjuicios, lo mismo que en el trámite de todo el proceso. Más aún, tratándose de un negocio de tan elevada cuantía: pues si todos los encargos profesionales debe atenderlos el abogado "con celosa diligencia", es claro que ella debe extremarse cuando están en juego grandes sumas de dinero, como aquí acontecía.

Además, en el proceso está demostrado que el actor en esta demanda de tutela tuvo conocimiento oportuno de los hechos que condujeron a que se declarara desierto el recurso de apelación. Así se manifesta en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

"...lo cierto es que ninguna línea de su extenso escrito pone de manifiesto que ignorase que la suma suministrada por él para la expedición de las copias no cubría la totalidad de las que debían expedirse para que se surtiera el recurso de apelación, independiente de la inactividad que desplegara la incidentante en el trámite de la liquidación de perjuicios, para que sufragara las suyas, pues ninguna norma procesal dispone que en casos de apelaciones concedidas a las partes, en el efecto devolutivo o diferido, pueda sufragarse a prorrata de los apelantes, como se deduce de los preceptos que regulan el trámite de dicho recurso ordinario.

Así las cosas, es decir, acreditado el hecho de que el actor de esta tutela tuvo conocimiento oportuno de la insuficiencia del dinero suministrado para la expedición de las aludidas copias, y que en lugar de completarlo, recurrió a otra clase de argumentos, como los aquí expuestos, emerge una razón adicional suficiente y bastante, para establecer la improcedencia de esta acción...".

En síntesis: como se dijo en los fallos de primera y segunda instancia que ahora se revisan, en la actuación que originó la acción de tutela no se quebrantó el debido proceso. Y acertó, además, la Corte Suprema de Justicia al revocar la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla en relación con la prohibición de expedir copias "de la providencia que condenó en perjuicios".

En el momento de dictar la sentencia de primera instancia ya no era procedente dar aplicación al artículo 7o. del decreto 2591. ¿Por qué? Porque, en unas circunstancias diferentes, al admitir la demanda de tutela podría haberse justificado suspender los efectos del auto que declaró desierto el recurso. Pero, tramitado el proceso, y habiendo llegado el Tribunal a la conclusión de negar la tutela demandada, era ilógico negarla y, en la práctica, concederla al mismo tiempo.

Quinta.- Conclusión.

Por lo expuesto, se **confirmará** la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha agosto 18 de 1995, que a su vez había confirmado la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que denegó la acción de tutela interpuesta por el Banco Comercial Antioqueño S. A. -Bancoquia-, contra el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

IV. DECISION

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMASE la sentencia de fecha 18 de agosto de 1995, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la demanda de tutela presentada por el Banco Comercial Antioqueño S. A. contra el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla.

Segundo: COMUNICAR este fallo a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-467
octubre 18 de 1995

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Campo de aplicación

En lo que se refiere a las actuaciones administrativas, éstas deben ser el resultado de un proceso donde quien haga parte del mismo, tenga oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y etapas procesales descritas. El debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos. Se entiende que esta obligación no sólo cobija a las autoridades públicas sino también a los particulares, en forma tal que estos últimos también quedan obligados por las reglas o reglamentos que regulan el juicio o la actuación, sin que puedan, de conformidad con su propio criterio, acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los beneficien, y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables.

PRESUNCION DE INOCENCIA-Trámite administrativo

El debido proceso reposa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual necesariamente debe ser desvirtuada por las autoridades para que produzca efectos el señalamiento del procesado como infractor y se haga acreedor a las sanciones previstas en las normas. Ello implica necesariamente que se permita, por parte de quienes intervienen en las actuaciones, el normal desarrollo de las mismas, de manera que se respeten sus etapas y pueda llegar a su fin con la respectiva decisión de fondo, susceptible ésta de los recursos consignados en la ley.

D.I.A.N.-Internación de vehículo

El hecho de que la tarjeta de internación presentada por el actor ante las autoridades de policía no corresponda al vehículo de su propiedad, y por tanto se presuma su falsedad, faculta a la DIAN seccional Arauca, en cumplimiento de las normas, a retener el automotor, iniciar la correspondiente actuación administrativa y a interponer la correspondiente denuncia penal, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Permanencia de vehículo

Los actos adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se ajustan plenamente a las disposiciones constitucionales y legales que regulan la permanencia ilegal

en el país de vehículos de matrícula extranjera -introducción y circulación de mercancía extranjera en territorio colombiano-. Por tanto, no puede afirmarse que la actitud asumida por la administración obedezca a un comportamiento arbitrario o contrario a derecho. El documento de aprehensión le daba oportunidad al actor para que, dentro del término estipulado en la ley, demostrara la legalidad de la introducción y circulación del vehículo al país; hecho éste que de haberse probado, habría traído como consecuencia la entrega de la mercancía. Sin embargo, el demandante en una actitud negligente y despreocupada, hizo caso omiso de dicho término y no presentó respuesta alguna ni manifestó su intención de hacerlo.

ACTUACION ADMINISTRATIVA-Sin apoderado

En cuanto a la afirmación hecha por el actor y avalada por el a-quo, sobre la posible vulneración de su derecho al debido proceso, y consecuentemente el derecho a la defensa, al no haberle nombrado la DIAN defensor de oficio, o en su defecto curador ad-litem, se permite la Sala aclarar que las actuaciones adelantadas ante las autoridades administrativas de oficio o a petición de parte, no requieren de abogado inscrito, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo diga.

DERECHO DE PETICION-Proceso administrativo

Cuando el objeto de la solicitud hace parte determinante de un procedimiento especial, previamente regulado en la ley y sujeto a ciertos trámites, requisitos y términos específicos, el peticionario está en la obligación de someterse a dicho trámite, sin que la administración se vea obligada a resolver el asunto de fondo a través de la petición requerida. La Administración no está obligada a contestar y, por el contrario, debe el actor someterse al procedimiento establecido en la ley, sin que ello signifique que la existencia de disposiciones procesales aplicables al caso concreto, dejen sin efecto el derecho de petición ejercido por el actor, ya que simplemente se trata de que su ejercicio debe someterse a unas reglas que distan de las ordinarias. El derecho de petición puede ejercerse aun existiendo los procedimientos especiales, en aquellos eventos en que la administración se encuentre en mora de resolver dentro de los términos señalados o simplemente cuando se trate de asuntos que no pretendan definir el fondo del asunto -cuestiones accesorias-, situación que no es la que se presenta en este caso.

Referencia: Expediente No. T - 72394

Peticionario: Jaime Bayona Benítez.

Procedencia: Juzgado Laboral del Circuito de Arauca.

Tema: Debido proceso administrativo.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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-72.394 adelantado por Jaime Bayona Benítez contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), seccional Arauca.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efecto de su revisión, 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 entra a dictar sentencia de revisión.

1. Solicitud

El doctor Omar Córdoba Sabogal, actuando como apoderado del señor Jaime Bayona Benítez, interpuso ante el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, acción de tutela, con el fin de amparar los derechos fundamentales de petición, debido proceso y trabajo de su representado, consagrados en los artículos 23, 25 y 29 de la Constitución Política.

2. Hechos

Afirma el actor que en el mes de febrero de 1993 compró a la señora Rosalba Vega Murillo, el vehículo Toyota Land Cruiser, de placas venezolanas LBH 247, modelo 1985, color gris oscuro. Sostiene, que la vendedora a su vez lo había adquirido en el año de 1987 por venta que le hizo la señora Ana Isabel Martínez de Rojas, hermana del señor José Angel Martínez González: Este último, figuraba en la tarjeta de propiedad del automotor al momento en que el mismo fue comprado por el actor, y por tanto fue quien, frente a las autoridades venezolanas, transfirió el dominio del mismo.

Igualmente sostiene el demandante, que cuando la señora Vega Murillo adquirió el automotor éste tenía tarjeta de internación temporal expedida el 11 de febrero de 1986 y con vencimiento en agosto de 1990. Así, una vez caducado el documento, dicha señora tramitó una nueva tarjeta, de manera que cuando el demandante adquirió el vehículo en el año de 1993, éste se le entregó con la nueva tarjeta de internación temporal que vencía en el año de 1994.

Una vez caducó la segunda tarjeta de internación, el actor, atendiendo los llamados de la DIAN, seccional Arauca, para que se actualizaran las tarjetas vencidas, acudió a sus oficinas con el propósito de obtener el nuevo documento, para lo cual se le exigió, entre otros requisitos, que el vehículo fuera revisado por la unidad de automotores de la SIJIN del Departamento de Policía Arauca.

Realizada la revisión, asegura el actor que al carro no se le encontró problema alguno; sin embargo, se observó que la segunda tarjeta de internación había sido adulterada, razón por la cual, la autoridad de policía retuvo el automotor y lo puso a disposición de la DIAN seccional Arauca, la cual de inmediato formalizó la aprehensión del vehículo y procedió a tramitar la

correspondiente investigación aduanera, a través del expediente No. DA9595001. A su vez la directora de la DIAN en Arauca, presentó ante la Fiscalía seccional denuncia penal por falsedad en averiguación de responsables.

Como consecuencia de la retención del vehículo, el actor se dirigió a la directora de la DIAN solicitándole su devolución, y además la verificación de autenticidad de las dos tarjetas de internación temporal, frente a lo cual afirma no haber obtenido respuesta alguna. Sin embargo, las decisiones que fueron tomadas con motivo de la correspondiente investigación administrativa, de acuerdo con los documentos aportados al proceso, le fueron notificadas legalmente al actor.

3. Pretensiones

Solicita el apoderado del actor que, como consecuencia del amparo de los derecho conculcados, se ordene a la directora de la DIAN, seccional Arauca, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se le haga entrega del vehículo aprehendido a su representado.

II. ACTUACION PROCESAL

1. Primera instancia

Mediante auto de fecha 22 de mayo de 1995, el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, resolvió tutelar los derechos fundamentales de petición, trabajo y debido proceso del actor, y ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, seccional Arauca, la entrega del vehículo en el término de cuarenta y ocho (48) horas, concediéndole al accionante, un plazo amplio y suficiente para que tenga la oportunidad de presentar los documentos y cumplir los requisitos, de acuerdo con las normas de internación.

Sostuvo el despacho que frente a la presunta adulteración o falsedad de la tarjeta de internación No. 4183, extendida a nombre de José Angel Martínez González, el actor es un auténtico poseedor de buena fe, el cual convencido de la presunta autenticidad y legalidad de la tarjeta que portaba, no dudó en ningún momento, atendiendo los llamados de la DIAN, acudir a la correspondiente renovación de la tarjeta del carro que pasó a ser de su propiedad.

Asimismo, continúa el *ad quem,* en el presente caso no se ha discutido jamás la procedencia y propiedad del vehículo, de lo cual se deduce que éste no ha sido mal habido, y en consecuencia debe obrar en favor del accionante el principio de la presunción de inocencia, pues debe hacerse claridad en el sentido de que lo que se discute es la permanencia irregular del vehículo con base en una tarjeta de internación tildada de falsa cuya responsabilidad recae, en primer lugar, en la propia entidad para formular la denuncia penal y luego en la Fiscalía General, entidad encargada de investigar los delitos; en cuanto al actor se refiere, la denuncia no se ha dirigido en su contra.

También señaló el Juzgado, que el vehículo Toyota venezolano no se introdujo al país como mercancía extranjera sin el lleno de los requisitos, tal como se aduce en el pliego de cargos, ya que la expedición de la tarjeta de internación No. 00001915 de fecha febrero 11 de 1986, sobre cuya legalidad y legitimidad no existe duda, demuestra que el señor José Angel Martínez, quien figuraba como propietario, cumplió con todos los requisitos legales de internación.

Finalmente indicó el despacho, que una cosa es la internación, otra la importación y otra la permanencia irregular de mercancía extranjera por vencimiento de la tarjeta de internación, siendo este último el caso específico que se presenta.

2. Impugnación

Mediante memorial presentado el día treinta (30) de mayo de 1995, la directora de la DIAN, seccional Arauca, impugnó el fallo proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca. Sin embargo, el mismo no fue considerado por haberse presentado fuera de término.

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. El debido proceso administrativo

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente "para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas".

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación:

"Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.

"La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales." (Sentencia No. T-521 de 1992. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

En lo que se refiere a las actuaciones administrativas, éstas deben ser el resultado de un proceso donde quien haga parte del mismo, tenga oportunidad de expresar sus opiniones e igualmente de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y etapas procesales descritas.

Sobre el particular, el artículo 35 del C.C.A. señala lo siguiente:

***"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones**, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares." (...)*

Así, el debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos. Se entiende que esta obligación no sólo cobija a las autoridades públicas sino también a los particulares, en forma tal que estos últimos también quedan obligados por las reglas o reglamentos que regulan el juicio o la actuación, sin que puedan, de conformidad con su propio criterio, acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los beneficien, y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables.

Igualmente, el debido proceso reposa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual necesariamente debe ser desvirtuada por las autoridades para que produzca efectos el señalamiento del procesado como infractor y se haga acreedor a las sanciones previstas en las normas. Ello implica necesariamente que se permita, por parte de quienes intervienen en las actuaciones, el normal desarrollo de las mismas, de manera que se respeten sus etapas y pueda llegar a su fin con la respectiva decisión de fondo, susceptible ésta de los recursos consignados en la ley.

3. El caso concreto

Resulta claro que lo que se ha pretendido a través de la presente acción de tutela, es la restitución del vehículo Toyota Land Cruiser, con placas venezolanas No. LBH 247, de propiedad del actor, retenido por la SIJIN, seccional Arauca y puesto a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- de la misma seccional.

De esta situación el actor deduce la violación de sus derechos de petición, debido proceso y trabajo, toda vez que, según él, la autoridad administrativa desconoció los términos de la investigación y los procedimientos, como también hizo caso omiso a las solicitudes de devolución del vehículo, el cual es utilizado por él como medio de trabajo.

Sobre el particular es importante anotar que el Decreto 1944 de 1984 acomodó a las regulaciones aduaneras una costumbre que se venía presentando de tiempo atrás con los vehículos automotores y motocicletas de matrícula extranjera, los cuales circulaban libremente y sin restricciones en algunos municipios y regiones fronterizas de Colombia. El citado Decreto, exigió a los propietarios nacionales o extranjeros residentes en la zona, presentar sus vehículos con matrícula extranjera ante la Administración de Aduanas de la jurisdicción (hoy DIAN) y solicitar, previo cumplimiento de ciertos requisitos, el permiso de internación temporal del automotor (tarjeta de internación) que tiene una vigencia de cinco (5) años prorrogables, legalizando en esta forma la internación o introducción de automotores y su circulación dentro del territorio nacional.

Igualmente, el Decreto 2351 de 1989, en concordancia con del Decreto 1909 de 1992, delegó en la Dirección de Aduanas Nacionales hoy Dirección de Impuestos y Aduanas, la competencia para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios con el fin de asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras. Al respecto, el inciso final del artículo 61 del

Decreto 1909 dispone que "la única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio nacional, será la Dirección de Aduanas Nacionales."

Así, frente al caso bajo examen, el hecho de que la tarjeta de internación presentada por el actor ante las autoridades de policía no corresponda al vehículo de su propiedad, y por tanto se presuma su falsedad, faculta a la DIAN seccional Arauca, en cumplimiento de las normas citadas y de lo estipulado en los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 2352 y 1o, 2o del Decreto 1800 de 1994, a retener el automotor, iniciar la correspondiente actuación administrativa y a interponer la correspondiente denuncia penal, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

En lo que se refiere al desarrollo del proceso administrativo identificado con el No. DA-9595000 (cuya copia hace parte del expediente de tutela), encuentra la Sala que los actos adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, seccional Arauca, se ajustan plenamente a las disposiciones constitucionales y legales que regulan la permanencia ilegal en el país de vehículos de matrícula extranjera -introducción y circulación de mercancía extranjera en territorio colombiano-. Por tanto, no puede afirmarse que la actitud asumida por la administración obedezca a un comportamiento arbitrario o contrario a derecho.

Así, de acuerdo con el oficio "No. 159 SIJIN GRAUT DEARA C/997", se observa que el vehículo fue inmovilizado por la SIJIN el 28 de diciembre y puesto a disposición de la DIAN Arauca el 29 de diciembre del año inmediatamente anterior. Posteriormente, en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2352 de 1989, se dictó el auto de apertura de la investigación, se ordenó la práctica del avalúo físico de la mercancía y se elaboró el documento de aprehensión, notificado el 26 de enero de 1995 mediante correo certificado, planilla de correo No.014.

Dicho documento fuera de legalizar la aprehensión, le indicaba al actor lo siguiente:

"El interesado podrá demostrar la legalidad de la introducción de los bienes al País, en el término de diez (10) días ARTICULO 10o. DEL DECRETO 2352 DE OCTUBRE 17 DE 1989." *(negrillas fuera de texto)*

Se observa, que el documento de aprehensión le daba oportunidad al actor para que, dentro del término estipulado en la ley, demostrara la legalidad de la introducción y circulación del vehículo al país; hecho éste que de haberse probado, habría traído como consecuencia la entrega de la mercancía. Sin embargo, el demandante en una actitud negligente y despreocupada, hizo caso omiso de dicho término y no presentó respuesta alguna ni manifestó su intención de hacerlo.

Al respecto, el artículo 12 del Decreto 2351 de 1989 dispone:

"En el momento en que se demuestre la legal importación, ***el administrador de la aduana, ordenará mediante providencia motivada la entrega de la mercancía."*** *(...) (negrillas fuera de texto).*

Así entonces, no habiendo demostrado el actor la legalidad de la mercancía, la autoridad administrativa expidió el respectivo pliego de cargos de conformidad con lo estipulado en el artículo 1o., inciso 2o., del Decreto 1800 de 1994. Presentados los descargos dentro del mes

siguiente a la notificación del pliego (notificado el día 17 de febrero de 1995), la administración de acuerdo con lo estipulado en el inciso 3o., del artículo 1o. del Decreto 1800, tenía tres meses para resolver de fondo el asunto; sin embargo el actor no esperó a que se venciera dicho término y procedió a interponer la presente acción de tutela, quedando por definir la situación administrativa en relación con el vehículo, objeto de dicha actuación.

En cuanto a la afirmación hecha por el actor y avalada por el *a-quo,* sobre la posible vulneración de su derecho al debido proceso, y consecuentemente el derecho a la defensa, al no haberle nombrado la DIAN seccional Arauca defensor de oficio, o en su defecto curador ad-litem, se permite la Sala aclarar que las actuaciones adelantadas ante las autoridades administrativas de oficio o a petición de parte, no requieren de abogado inscrito, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo diga. Así lo señala expresamente el artículo 35 del Decreto 196 de 1971, e igualmente se deduce de las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo, que desarrollan el procedimiento administrativo.

Sobre el tema, el artículo 35 del Decreto 196 de 1971 dispone:

Artículo 35.- *Salvo los casos expresamente determinados en la ley,* ***no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas;*** *pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito." (negrillas fuera de texto).*

Igualmente, el artículo 52 del C.C.A., refiriéndose a quienes están legitimados para interponer los recursos en la vía gubernativa y en que oportunidad, señala lo siguiente:

Art. 52.- *Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:*

1. *Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito* ***por el interesado*** *o su representante o apoderado debidamente constituido; (...) (negrillas fuera de texto).*

Frente al caso que se debate, no se observa que las disposiciones que regulan la introducción y circulación de mercancías extranjeras dentro del territorio colombiano, exijan respecto de las personas que puedan verse involucradas en dichas actuaciones, que éstas deban estar representadas por apoderado judicial, de manera que carece de fundamento la afirmación del actor a este respecto.

En lo que tiene que ver con la violación del derecho de petición, se hace necesario aclarar que efectivamente el artículo 23 de la Constitución Política, faculta a las personas para presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Sin embargo, cuando el objeto de la solicitud hace parte determinante de un procedimiento especial, previamente regulado en la ley y sujeto a ciertos trámites, requisitos y términos específicos, el peticionario está en la obligación de someterse a dicho trámite, sin que la administración se vea obligada a resolver el asunto de fondo a través de la petición requerida.

Sobre el tema la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

"El derecho de petición tiene por finalidad hacer posible el acceso de las personas a la autoridad pública para que ésta, obligada como está por el artículo 23 de la Constitución, se vea precisada no solamente a tramitar sino a responder de manera opor-

tuna las solicitudes elevadas por aquéllas en interés general o particular, pero no tiene sentido cuando la administración ha asumido de oficio una actuación que adelanta ciñéndose a los términos y requerimientos legales. En tales eventos las reglas aplicables para que se llegue a decidir sobre el fondo de lo solicitado son las que la ley ha establecido para el respectivo procedimiento, que obligan a los particulares involucrados tanto como a las dependencias oficiales correspondientes, de modo tal que -en materia propia de la decisión final- no tiene lugar la interposición de peticiones encaminadas a que el punto objeto de la actuación administrativa se resuelva anticipadamente y por fuera del trámite normal." (Sentencia No. T-414 de 1995, Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Así entonces, frente al caso concreto, si las peticiones del demandante se dirigían a la recuperación del vehículo y a solicitar pruebas que reconocieran el debido ejercicio de sus derechos, es obvio que las mismas pretendían definir el fondo de la actuación iniciada por la administración, cual es establecer la legalidad o ilegalidad en la introducción y circulación del vehículo dentro del territorio colombiano. De manera que en este caso, la Administración no está obligada a contestar y, por el contrario, debe el actor someterse al procedimiento establecido en la ley, sin que ello signifique que la existencia de disposiciones procesales aplicables al caso concreto, dejen sin efecto el derecho de petición ejercido por el actor, ya que simplemente se trata de que su ejercicio debe someterse a unas reglas que distan de las ordinarias.

Ciertamente, el derecho de petición puede ejercerse aun existiendo los procedimientos especiales, en aquellos eventos en que la administración se encuentre en mora de resolver dentro de los términos señalados o simplemente cuando se trate de asuntos que no pretendan definir el fondo del asunto -cuestiones accesorias-, situación que no es la que se presenta en este caso.

Así entonces, habiendo quedado plenamente establecido que la actuación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, seccional Arauca se ajustó a los procedimientos señalados en la ley, no puede afirmarse que de alguna de las medidas adoptadas por ella como la retención del vehículo, se derive vulneración de derecho fundamental alguno incluyendo el derecho al trabajo.

Cuando las autoridades públicas, en ejercicio de sus funciones, vinculan a las personas o algunos de sus bienes en una actuación judicial o administrativa iniciada en forma legal, quienes se vean afectados, carecen de autoridad para argumentar la violación de los derechos, cuyo ejercicio resulte legítimamente limitado por la naturaleza misma del proceso. La razón, es que las entidades del Estado están legitimadas para adelantar los procesos y establecer responsabilidades, respetando los trámites señalados en las normas, sin que la invocación de los derechos fundamentales hecha por los afectados, implique la posibilidad de evadir los procesos y actuaciones que de acuerdo con la Constitución y ley deben adelantar las autoridades.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que los derechos alegados no han sido vulnerados, razón por la cual se habrá de revocar el fallo de fecha 22 de mayo de 1995, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca.

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,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el fallo de fecha 22 de mayo de 1995, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca y en su lugar NEGAR la acción de tutela interpuesta por el señor Jaime Bayona Benítez.

Segundo: ORDENAR a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, seccional Arauca, continuar con el proceso administrativo No. DA95950001, iniciado el 6 de enero de 1995, suspendido por la decisión del Juez de primera y única instancia.

Tercero: ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique esta providencia al Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-473
octubre 19 de 1995

DERECHO DE LOS INTERNOS A LA SALUD/DIGNIDAD HUMANA DE LOS INTERNOS

No resulta conforme con las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, el tratamiento dado al interno, quien como persona humana goza de una serie de derechos reconocidos directamente por la Carta Política, como el derecho a la salud, el derecho a la dignidad humana e incluso el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; es claro, pues, que la pena impuesta a determinada persona por su accionar delictivo tiene unas funciones entre otras de resocialización y rehabilitación; y que si el interno desea, por ejemplo aprender un oficio y trabajar, y así rehabilitarse, mal podría hacerlo sufriendo la enfermedad mencionada. Por ello se revocará la sentencia de primera instancia, al encontrar injustificada la dilación en la atención médica debida al interno, atribuible únicamente a los diferentes trámites administrativos, y al hecho de la privación de libertad del demandante, quien por tal razón, obviamente no puede dedicarse a la realización de las diligencias tendientes a lograr la atención médica. Ya lo ha expresado la Corte Constitucional, que el hecho de la privación de libertad no implica de manera alguna la privación del derecho a la salud. Esta Sala revocará el fallo revisado y ordenará a la Cárcel del Distrito Judicial, la prestación adecuada y oportuna de los servicios médicos que el interno pueda requerir, en el sentido de que le sea practicada la ecografía ocular que determine el diagnóstico de la pertinencia de la intervención quirúrgica.

NOTA DE RELATORIA: En similar sentido se puede consultar la sentencia T-522/92, publicada en la Gaceta de la Corte Constitucional, tomo 5 de 1992, página 258.

Ref.: Expediente T-74104

Peticionario: Alcides de Jesús Bedoya Escobar.

Procedencia: Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

1. INFORMACION PRELIMINAR

Procede la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados **FABIO MORON DIAZ, VLADIMIRO NARANJO MESA Y JORGE ARANGO MEJIA** a revisar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, el día ocho (8) de junio de 1995, en el proceso de la referencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional asumió el conocimiento de la mencionada decisión por la vía de la remisión que hizo el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, por virtud de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, permitieron a la Sala Séptima de Selección de la Corte, escogerla para efectos de su revisión.

2. LOS HECHOS

Los hechos que motivaron la formulación de la acción correspondiente, se sintetizan a continuación.

El peticionario ALCIDES DE JESUS BEDOYA ESCOBAR se encuentra privado de la libertad en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín. En 1989 sufrió una lesión en uno de sus ojos, motivo por el cual está perdiendo la vista.

Considera el peticionario vulnerado su derecho a la salud toda vez que el servicio médico de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín se ha limitado a recetarle unas medicinas, pero no ha dispuesto intervenirlo quirúrgicamente, no obstante existir un dictamen médico que así lo aconseja.

Acudió entonces a la acción de tutela en procura de la protección constitucional de su derecho a la salud.

3. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA

Correspondió conocer de la acción a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, despacho que, luego de agotar los trámites legales resolvió rechazar la tutela incoada contra el médico al servicio del establecimiento carcelario "Bellavista", con base en la existencia de otros medios de defensa judiciales y además, atendiendo al criterio según el cual, como la ley no ha señalado los términos en los cuales la atención básica de la salud sea gratuita y obligatoria para todos los habitantes del país, no existe derecho qué reclamar por esta vía.

Al respecto, observó el fallador de instancia:

"...

"Si ciertamente el relativo a la salud ha sido considerado como un derecho fundamental por la H. Corte Constitucional, ello ha sido cuando bajo el entendimiento de su conexidad con el primordial derecho fundamental, cual es la vida. En consecuencia, cuando el trastorno de salud obedece a un tráuma (sic) que en forma alguna pone

en peligro la vida, no puede ubicarse la salud -salvo en los niños- como derecho fundamental. Menos en casos en que no puede derivarse un peligro de contagio ni consecuencias graves en otros campos.

"No es que se quiera decir que por no ser la salud en este caso un derecho fundamental, como un derecho social se tenga que quedar sin aplicación. Lo que pasa es que su ejercicio y aplicación no debe buscarse mediante el 'procedimiento preferente y sumario' que consagra el art. 86 de la Constitución, ya que, de otra parte obviamente se dispone de diversos medios para aquél que tenga cabal cumplimiento".

..."

En la parte motiva de la providencia, el fallador puntualiza al peticionario, que haciendo uso del artículo 23 de la Carta, puede solicitar al Estado por medio de los respectivos órganos, que se le conceda la atención necesaria.

4. REMISION DEL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION

No habiendo sido impugnada la anterior decisión, el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, para que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente, procediera a decidir acerca de su eventual revisión, lo cual se ordenó por la Sala Séptima de Selección, la que, por medio de auto de fecha 19 de julio del año en curso, repartió el negocio al Magistrado Ponente y surtidos los trámites legales procede la Corte, previo el estudio de la Sala Octava de Revisión, a revisar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia en relación con el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El derecho a la salud

El derecho a la salud, es uno de los derechos fundamentales de los que mayor importancia reviste, toda vez que con él, se relacionan otros derechos constitucionales fundamentales, como el derecho a la vida, a la dignidad humana, y a la integridad física, entre otros.

Como lo ha sostenido esta Corporación,

"El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del

*derecho a la vida- está el **derecho a la salud**, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud".* (Sentencia T-494 de 1993, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

En efecto, recientemente en cuanto a los derechos de los internos a la salud y a la dignidad humana, esta Corporación puntualizó:

"Tal persona a pesar de tener suspendido su derecho a la libertad física, aún es titular y ejerce sus otros derechos fundamentales, los cuales sólo pueden ser restringidos en menor o mayor magnitud debido a su nexo con la reclusión, pero permanecen intactos en su núcleo esencial. En efecto, el ser humano recluido en un panóptico tiene solamente en suspenso el derecho fundamental de la libertad física y, como consecuencia de ésto, se presentan ciertas limitaciones en el ejercicio de otros derechos fundamentales, las cuales obedecen a las circunstancias especiales de seguridad que se deben mantener en una cárcel. Es así como se presentan restricciones como en las visitas íntimas, en la posesión y circulación de material pornográfico, en las comunicaciones, en la posesión de dinero en efectivo, etc (artículo 112 del Código Penitenciario y Carcelario); tales restricciones afectan la esfera de la igualdad, del libre desarrollo de la personalidad, de la intimidad.". (Sentencia T-065 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

Tercera. El caso concreto.

Las consideraciones expuestas sirven de base para analizar el caso que ocupa la atención de la Sala. En el presente caso BEDOYA ESCOBAR acudió a la acción de tutela para que por medio de la intervención del aparato judicial fuera atendido quirúrgicamente, como consta en un dictamen médico visible a folio 30 del expediente de tutela, cuya fecha es de 31 de mayo del año en curso, esto es, 1995.

Sin embargo, observa la Sala que a folio 32 del expediente, se encuentra la autorización del señor Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, para que se efectúe el traslado del recluso BEDOYA ESCOBAR al Hospital "Marco Fidel Suárez" de Bello, bajo estrictas medidas de seguridad, documento que está fechado mayo 31 del año pasado, es decir, 1994.

Debe señalar la Sala que no se encontró en el expediente evidencia ninguna de la que pudiese colegir que el señor BEDOYA ESCOBAR haya sido intervenido quirúrgicamente o que no lo haya sido, por ello, fue necesario oficiar al Centro Penitenciario, para que certificara la situación de la salud visual actual del demandante.

En respuesta al requerimiento de la Sala, el Director de la Cárcel y el médico interno del Centro Penitenciario expresaron que al interno BEDOYA ESCOBAR no le ha sido practicada

ninguna cirugía ocular y justifican tal situación en el hecho de que sólo es posible determinar la viabilidad de la intervención, mediante la práctica de una ecografía ocular, la que tampoco se ha verificado.

En cuanto a la cirugía ocular, manifiestan tales sujetos que han acudido al Hospital "San Vicente de Paúl" de la ciudad de Medellín, el cual ha informado que hasta tanto no sea cancelado el valor de la totalidad de los gastos, ella no puede realizarse. Sostienen también que acudieron al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC en procura de los fondos correspondientes, y tal entidad no ha respondido sus requerimientos.

Para la Sala, no resulta conforme con las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, el tratamiento dado al señor BEDOYA ESCOBAR, quien como persona humana goza de una serie de derechos reconocidos directamente por la Carta Política, como el derecho a la salud, el derecho a la dignidad humana e incluso el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; es claro, pues, que la pena impuesta a determinada persona por su accionar delictivo tiene unas funciones entre otras de resocialización y rehabilitación; y que si BEDOYA ESCOBAR desea, por ejemplo aprender un oficio y trabajar, y así rehabilitarse, mal podría hacerlo sufriendo la enfermedad mencionada. Por ello se revocará la sentencia de primera instancia, al encontrar injustificada la dilación en la atención médica debida al interno, atribuible únicamente a los diferentes trámites administrativos, y al hecho de la privación de libertad del demandante, quien por tal razón, obviamente no puede dedicarse a la realización de las diligencias tendientes a lograr la atención médica. Ya lo ha expresado la Corte Constitucional, que el hecho de la privación de libertad no implica de manera alguna la privación del derecho a la salud, así:

> *"...el régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos en ocasiones, resulta incompatible con ciertos derechos, aun fundamentales, cuyo ejercicio, en consecuencia, se suspende para tornar a él luego de que haya expirado el término de la pena, o según las condiciones fijadas en la Ley o en la Sentencia. Esto sucede, en primer lugar, con la libertad y además con derechos tales como los políticos, el de reunión, locomoción etc., en tanto que otros derechos no se ven especialmente afectados y se conservan en su plenitud; piénsese por ejemplo en el derecho a la vida y a la integridad, en la libertad de conciencia y de cultos; un tercer grupo de derechos está integrado por aquellos que deben soportar limitaciones, las más de las veces previstas en la Constitución o en la Ley, tal como acontece con la conmoción oral, escrita o telefónica que, previos los requisitos del caso resulta restringida. Además,* ***de la específica condición de recluso surgen ciertos derechos, contenidos especialmente en la ley penitenciaria y que tienen que ver con la alimentación, la salud, la seguridad social, etc., y que, como contrapartida constituyen deberes a cargo del Estado****". (Sentencia No. T-424 de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) Negrillas fuera del texto.*

De conformidad con las consideraciones hechas, esta Sala revocará el fallo revisado y ordenará a la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, la prestación adecuada y oportuna de los servicios médicos que el interno ALCIDES DE JESUS BEDOYA ESCOBAR, pueda requerir, en el sentido de que le sea practicada la ecografía ocular que determine el diagnóstico de la pertinencia de la intervención quirúrgica, de todo lo cual se informará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a fin de que tome las medidas conducentes al cumplimiento de este fallo; además, resulta pertinente comisionar al despacho que profirió la sentencia revisada para que

realice el seguimiento de dicho cumplimiento y verifique el resultado del mismo. Por último, para la Sala es importante que la Defensoría del Pueblo, conozca el presente asunto, ya que por mandato constitucional le corresponde velar por la guarda, promoción y el ejercicio de los derechos humanos (artículo 282 C.P), para lo cual deberá enviársele copia de este proveído, a la dependencia de la regional de Antioquia.

En virtud a lo anterior, habrá de revocarse el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, como así se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia.

Cuarta. Decisión

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por las razones expuestas en el presente fallo.

Segundo. CONCEDER la tutela incoada por el señor ALCIDES DE JESUS BEDOYA ESCOBAR.

Tercero. En consecuencia, ORDENAR al Médico Interno de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín la prestación adecuada y oportuna de los servicios médicos que el interno ALCIDES DE JESUS BEDOYA ESCOBAR pueda requerir, y además que le sea practicada la ecografía ocular a costa de los servicios médicos de la Cárcel, para diagnosticar la pertinencia de la intervención quirúrgica, de todo lo cual informará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a fin de que tome las medidas conducentes al cumplimiento de este fallo.

Cuarto. COMISIONAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para que realice el seguimiento del cumplimiento de este fallo e informe a esta Corporación el resultado del mismo o su desacato.

Quinto. ENVIAR copia de esta sentencia a la Regional de Antioquia de la Defensoría del Pueblo para lo de su competencia.

Sexto: Por la Secretaría, líbrense las comunicaciones 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.

FABIO MORON DIAZ, Magistrado Ponente

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-474
octubre 19 de 1995

PERSONA JURIDICA-Titularidad

Queda establecida la legitimación de las personas jurídicas para acudir al mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y, tal como aparece en los antecedentes de esta providencia, las sociedades actoras persiguen evitar que se realicen asambleas generales de copropietarios que no sean convocadas por el administrador o por la junta administradora legalmente inscrita ante la alcaldía.

CENTRO COMERCIAL GALERIAS-Copropietarios/**ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS**-Convocatoria irregular/**DERECHO DE ASOCIACION DE COPROPIETARIOS/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ**-Copropietarios/ **TUTELA CONTRA PARTICULARES**-Copropietarios

Es claro que a las sociedades actoras y al coadyuvante les asiste la posibilidad de procurar que, por un medio expedito como la acción de tutela, procedente frente a violaciones o amenazas de vulneración de los derechos fundamentales, se impida la realización de una asamblea convocada por quienes carecen de título jurídico para hacerlo. Una interpretación diversa dejaría a los peticionarios enfrentados a dos alternativas, ambas conculcadoras del derecho de asociación: concurrir, en contra de sus convicciones, a una asamblea que consideran reñida con el ordenamiento jurídico o dejar de hacerlo, sometiéndose, mientras tanto, a las decisiones tomadas sin la participación que legítimamente les corresponde, ya que, se repite, los medios judiciales ordinarios operan con posterioridad. Obró bien el Tribunal Superior al prohibir cualquier asamblea convocada por personas distintas a las inscritas; tal decisión lejos de atentar contra el derecho de asociación le otorga vigencia, porque evita la usurpación de funciones jurídicamente atribuidas a quienes cumplen los requisitos previstos por el ordenamiento.

Referencia: Expediente No. T-75.118

Actor: Gonzalo Córdoba Gómez en representación de Acreedores Uno S.A. y Acreedores Dos S.A.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Honorables Magistrados VLADIMIRO NARANJO MESA, JORGE ARANGO MEJIA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede a revisar las sentencias relacionadas con la acción de tutela de la referencia, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Laboral- el treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995), en primera instancia, y por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral-, el veintiocho (28) de junio del mismo año, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

A. La solicitud

El ciudadano GONZALO CORDOBA GOMEZ, obrando en nombre de "las personas jurídicas de derecho privado denominadas ACREEDORES UNO S.A. y ACREEDORES DOS S.A.", de las cuales dice ser representante legal, ejerció la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política, dirigida a obtener "que se profiera sentencia impidiendo que la persona jurídica denominada GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL (...) realice por las vías de hecho la ASAMBLEA GENERAL DE COPROPIETARIOS que aparece convocada para mayo 23 de 1995 o junio 13 de 1995 por los señores HERIBERTO HERNANDEZ QUINTERO, quien se atribuye la calidad de 'Administrador General' que jurídicamente no tiene y por MANUEL OSPINA CRUZ, quien se atribuye la calidad de 'Presidente Junta Administradora' que tampoco tiene jurídicamente, a fin de tutelar, respecto a ACREEDORES UNO S.A. y ACREEDORES DOS S.A., y respecto a las demás personas que coadyuven esta acción de tutela, el derecho constitucional fundamental de libertad de asociación y de participación, derechos cuya violación es inminente de no concederse la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o como acción plena".

Los hechos que sirven de fundamento al amparo reclamado, los expone el peticionario CORDOBA GOMEZ de la siguiente manera:

1. GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL es una persona jurídica de derecho privado, domiciliada en Santafé de Bogotá, y "su existencia, actividades, organización, miembros que la integran, derechos y deberes, funciones de la asamblea general, funciones de la junta directiva, formas de convocatoria a las reuniones ordinarias de la asamblea general y demás estipulaciones reguladoras de su existencia y actividades están consignadas en el REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL elevado a escritura pública...".

2. "Conforme al artículo SEXAGESIMO del reglamento mencionado las Asambleas Generales deben ser convocadas por 'el Administrador' o 'en su defecto por la junta administradora'".

3. "HERIBERTO HERNANDEZ QUINTERO y MANUEL OSPINA CRUZ no tienen las calidades de 'administrador' y de 'presidente de la Junta administradora' que se atribuyen en el documento citatorio (...). De consiguiente, obran por las VIAS DE HECHO".

4. "La verdadera JUNTA ADMINISTRADORA, integrada por las personas que se relacionan en la certificación expedida por la Alcaldía de Teusaquillo que se acompaña, NO HAN CONVOCADO A REUNION ALGUNA de la asamblea general".

5. "La verdadera JUNTA ADMINISTRADORA me designó 'administrador' pero como mi nombramiento debe ser inscrito en la Alcaldía Local de Teusaquillo y tal inscripción se encuentra en trámite, NO HE PROCEDIDO A REALIZAR CONVOCATORIA ALGUNA".

6. "Mi antecesora, señora MARIA ESPERANZA DIAZ HERNANDEZ, quien figura aún inscrita como 'administradora', tampoco ha convocado reunión alguna de la asamblea general".

7. "Resulta evidente entonces, que los sujetos HERIBERTO HERNANDEZ QUINTERO y MANUEL OSPINA CRUZ, por las 'vías de hecho' se atribuyen calidades que no tienen y también por las 'vías de hecho' están convocando a la Asamblea General de Copropietarios".

8. "Frente a tales vías de hecho, como no podemos acudir a vías de hecho para impedir lo que ellos están haciendo, no existe ningún otro mecanismo judicial o administrativo que pudiéramos ejercitar para impedir la reunión de que se trata" y debido a ello existe una "verdadera situación de indefensión".

9. Finalmente, apunta el señor CORDOBA GOMEZ que, en caso de efectuarse la reunión de la asamblea general, las personas a quienes jurídicamente corresponde la verdadera representación de GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL serían suplantadas, impidiéndoseles de ese modo "ejercer el derecho a convocatoria y presidir la reunión, y a la vez, a los integrantes de la Asamblea General, dentro de los cuales se encuentran ACREEDORES UNO S.A. y ACREEDORES DOS S.A. se les vulneraría el derecho a participar, elegir y ser elegidos", argumento que "es válido respecto a los demás miembros de GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL representados en la junta directiva legalmente inscrita en la Alcaldía Local de Teusaquillo".

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el señor FABIO GUTIERREZ VARGAS, en su calidad de "copropietario de GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL y también como presidente de la junta directiva de esa entidad", coadyuvó la tutela presentada y manifestó, para tal efecto, que "Los señores HERIBERTO HERNANDEZ QUINTERO, quien se atribuye el carácter de administrador general, sin serlo, y el señor MANUEL OSPINA CRUZ, quien se atribuye el carácter de presidente de la junta administradora, sin serlo, no están habilitados para convocar a ninguna reunión ordinaria ni extraordinaria de copropietarios de GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL", pese a lo cual lo están haciendo "y no disponemos de ningún mecanismo legal que nos permita impedir que los suplantadores convoquen y realicen tal asamblea".

B. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Laboral-, mediante sentencia de mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995) resolvió "CONCEDER LA TUTELA solicitada y en consecuencia PROHIBIR cualquier asamblea de copropietarios de la persona jurídica GALERIAS CIUDADELA COMERCIAL que sea convocada por una Junta Directiva, un administrador o un Revisor Fiscal distinto a los inscritos".

Estimó el Tribunal, con fundamento en la doctrina fijada por la Corte Constitucional en sentencia No. T-03 de 1994, que los interesados en impedir la realización de la asamblea de copropietarios no disponían de un mecanismo jurídico que los facultase para impedir por la fuerza la reunión y que, por otra parte, la legislación procesal civil no establece un mecanismo idóneo, rápido y efectivo para suspender el encuentro, toda vez que el procedimiento ordinario para impugnar actos de asambleas opera *ex post facto*. Así las cosas, para el a-quo es clara la indefensión de los peticionarios y procede a conceder la acción de tutela reclamada.

Señaló el Tribunal que el actor demostró que las personas en contra de quienes dirige la acción, "alegando la calidad de administrador general y presidente de la junta administradora, convocaron a una asamblea general ordinaria de copropietarios de la sociedad Galerías Ciudadela Comercial", hecho que no niegan los demandados, como tampoco niegan que "la alcaldía local de Teusaquillo inadmitió la solicitud de registro y certificación sobre la administración y representación legal solicitada por el señor Heriberto Hernández Quintero por incumplimiento de algunos artículos del reglamento de propiedad horizontal en la elección de los miembros de la Junta Directiva realizada en la asamblea general extraordinaria del 23 de septiembre de 1994".

Según el Tribunal, lo anterior indica que "la convocatoria realizada lo fue en forma contraria a las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, es decir, ilegalmente, ya que ni la junta directiva ni el administrador cumplen con los requisitos del reglamento ni fueron inscritos" y cuando se presenta una situación de esta índole "se amenaza el derecho de asociación", amenaza que en este caso "resulta más evidente ante la pretensión de quienes realizan la convocatoria de elegir directivas sin tener en cuenta el coeficiente de propiedad expresamente establecido en el reglamento".

C. La impugnación

El señor Heriberto Hernández Quintero impugnó el fallo de primera instancia que, en su criterio, protegió un derecho inexistente porque a la asamblea general "pueden asistir todos los propietarios", de manera que no se impide la presencia del peticionario y pese a que "sus mandantes están en mora desde hace ocho años, se les permite ingresar a la asamblea con voz pero sin voto y esto se aplica a su representante".

Adujo el impugnante que existen mecanismos para evitar que se lleven a cabo asambleas "o una vez realizadas los copropietarios pueden impedir para que estas no cumplan con su cometido". Señaló que existe una clara extralimitación de funciones por parte de los magistrados ya que el fallo implica la violación del reglamento de propiedad horizontal que impone una reunión anual de la asamblea, además, al impedir la convocatoria se coarta la libertad de asociación "de los 388 copropietarios restantes".

Manifestó el impugnante que el fallo "atenta contra la buena fe de los copropietarios que eligieron a la junta administradora actual", la cual no necesita ser inscrita por no contemplarlo así ni el reglamento de propiedad horizontal ni la ley; además, en su opinión, la tutela no opera en contra de particulares, por no encontrarse dentro de los casos especialmente previstos.

D. La sentencia de segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, por sentencia de veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), resolvió "Revocar el numeral primero de la sentencia im-

pugnada en cuanto concedió la tutela solicitada por las empresas Acreedores Uno S. A. y Acreedores Dos S.A., representadas legalmente por Gonzalo Córdoba Gómez, en su lugar, negarla por improcedente".

Consideró la Corte Suprema de Justicia, en primer término, que las personas jurídicas no están legitimadas para ejercitar la acción de tutela y que el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona, dispuesto por el artículo 5o. superior, debe entenderse limitado a los seres humanos; éstos no cobijan a los entes creados por el hombre para su uso y provecho, pues la Constitución sólo ampara por vía de la acción de tutela prevista en el artículo 86, los derechos inherentes a la persona humana, según se desprende además, del artículo 94 de la Carta.

Para dicha Corporación, el Constituyente tuvo el propósito de "acomodar nuestra Carta Política a los tratados internacionales que han venido regulando la protección de los derechos humanos". Así pues, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se ocupó de otorgar garantías a las personas jurídicas; "en términos aún más precisos" la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre identifica varios derechos como "inherentes a los seres humanos" y lo propio ocurre con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que, en su artículo primero, define a la persona como "todo ser humano".

De una parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera que carece de lógica y fundamento constitucional afirmar que las personas jurídicas tienen derecho a la personalidad jurídica y, de otra, estima que tampoco es posible sostener que "tengan el derecho fundamental a la vida del cual, estrictamente, dependen todos los demás". El derecho a la igualdad, por ejemplo, "sólo puede predicarse de los seres humanos. Equiparar los hombres a las cosas que ellos crean, para efecto de reconocerles los mismos derechos fundamentales, constituye una afrenta a la condición y a los más altos valores de la especie humana y una degradación del nivel que el Derecho Internacional le ha reconocido por medio de los principios y normas que, en buena parte, vinieron a ser acogidos por la Constitución Colombiana de 1991".

Además, la Corte Suprema de Justicia indica que "la circunstancia de que el artículo 92 constitucional hubiera facultado a las personas jurídicas para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias derivadas del incumplimiento de los deberes propios de las autoridades públicas no significa que esas personas morales sean titulares de los derechos fundamentales que la Carta y los Tratados Internacionales reconocen a los seres humanos. Bien al contrario, una adecuada hermenéutica de la disposición permite concluir que el Constituyente otorgó esa facultad -que desde luego no es por sí misma un derecho fundamental- por igual a los seres humanos y a las personas jurídicas mediante una extensión específica que no admite otras ampliaciones o analogías".

En lo referente al debido proceso estimó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral que "por no ser un fin en sí mismo, el dicho debido proceso sólo podrá considerarse como garantía fundamental en la medida que constituya el medio idóneo de protección de los derechos inherentes a la persona humana".

En relación con este aspecto, finalmente, puntualizó la Corte que "las personas jurídicas en general, y de manera específica los sindicatos de trabajadores, pueden valerse de la acción de

tutela, no con el propósito de defender sus propios intereses patrimoniales, sino con la finalidad de amparar los derechos fundamentales de los seres humanos, individualmente considerados, que integran dichas entidades o que estén representados por ellas".

Pese a lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el asunto debatido, en lo atinente a la posible vulneración de los derechos fundamentales del coadyuvante. Sobre el particular, consideró que "de la confrontación de las pruebas reseñadas se establece que existen dos Juntas Administradoras y dos Administradores Generales, situación que no es viable resolver por vía de tutela y menos decidir cuál de las juntas o cuál de los administradores tiene el derecho a convocar la Asamblea General de Copropietarios, porque esa función está atribuída, en primer término, a un tribunal de arbitramento, (cláusula quincuagésima séptima del reglamento de propiedad horizontal) según lo preceptuado por los estatutos de Galerías" y, en segundo, a la justicia ordinaria de conformidad con el artículo 8o. de la ley 16 de 1985 que prevé el trámite de un proceso verbal para ventilar controversias de esta índole.

En criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral "de los hechos narrados no se deriva ningún perjuicio irremediable" y la acción intentada también está llamada a fracasar porque se dirige contra un particular que no se encuentra en ninguna de las eventualidades consagradas por el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer la revisión de la referencia, en atención a lo dispuesto por los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral noveno, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del decreto 2591 de 1991; además, este examen se hace por virtud de la selección que de dicho acto practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada en el reglamento de esta Corporación.

B. La materia

Esta misma Sala de Revisión de la Corte Constitucional, tuvo oportunidad de referirse a la posición manifestada por la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en relación con la titularidad de los derechos constitucionales fundamentales y la legitimación de las personas jurídicas para ejercer la acción de tutela, en los términos que ahora se reiteran:

"1o. La Corte Constitucional, en varias de sus decisiones suficientemente conocidas y difundidas, ha venido insistiendo con absoluta claridad, nitidez y precisión en que el artículo 86 de la Constitución Política, legitima a todas las personas, incluyendo, desde luego, a las jurídicas y aun, pero con bastantes y suficientes restricciones a las de derecho público, para el ejercicio de acción de tutela, en los casos de amenaza o vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales, o en los casos de violación o de amenaza de violación de los mismos derechos de otras personas, inclusive de los miembros, socios o asociados de las mismas, en atención a que aquellas también son titulares de derechos constitucionales fundamentales, según su propia naturaleza social y según el derecho de que se trate.

Esto se ha sostenido, no sólo porque la Carta Política de 1991 no distingue el ámbito subjetivo de los titulares de la mencionada acción, de directo origen y de inicial regulación constitucional, sino porque, sin esfuerzo de erudición alguno, y sin romper con las disposiciones constitucionales vigentes, la noción contemporánea de los derechos constitucionales fundamentales, admite que ellos, según su contenido, la materia de que se ocupen y los ámbitos subjetivos precisos a los que se refieran, de conformidad con la naturaleza de unos y de otras, y salvo restricción normativa expresa o delimitación específica en casos determinados, también son predicables de las personas jurídicas y de grupos de personas reconocidas por el ordenamiento jurídico, sean gremiales, con ánimo de lucro, o con fines sociales y altruistas.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado, con suficiente extensión, que los mencionados derechos no sólo son predicables en modo exclusivo de la persona humana, y que no pueden examinarse como si fuesen únicamente derechos humanos.

En efecto, la Corte ha sostenido que pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que le correspondan según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de que se trate, como se verá enseguida, y que, además, algunos de los derechos constitucionales fundamentales sólo son predicables de ciertas personas naturales, como es el caso de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, el de la no extradición de nacionales y el de los derechos políticos entre otros; inclusive, en este mismo sentido, y bajo las reservas doctrinarias y dogmáticas respectivas, se ha concluído que algunos derechos constitucionales fundamentales no son predicables de todos los individuos en general, como el caso de los derechos políticos que, en principio, sólo corresponden a los ciudadanos y el de asociación sindical que es sólo predicable de trabajadores y empleadores, y se proscribe para los miembros de la fuerza pública, entre otros.

Pero además, la complejidad terminológica de estos asuntos impone aceptar que algunos derechos constitucionales fundamentales, como es el caso de los derechos políticos, sólo son predicables de los ciudadanos y no de todos seres humanos, y que otros también se reconocen en su proyección colectiva, como en el caso de la libertad de cultos y de profesión religiosa, que se regulan de conformidad con el artículo 19 de la Carta, no sólo como un asunto de la persona humana, sino de grupos o de colectividades, que, inclusive, en algunas de sus manifestaciones, no ostentan personería jurídica alguna.

2o. En la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, que al ser reiterada de modo unánime alcanza la condición de doctrina constitucional vigente, se advierte que en muchos casos se hace necesario definir, con la correspondiente ponderación y con el respectivo análisis, los verdaderos alcances y el contenido de las disposiciones constitucionales que se ocupan de aquellas materias, para no incurrir en equivocaciones de fondo como suele ocurrir en estos casos a la hora de poner en marcha una nueva normatividad constitucional de profundas repercusiones en la vida del derecho y la cultura en una sociedad.

En verdad, esta Corte ha reconocido que buena parte de los derechos constitucionales fundamentales, por su propia naturaleza y definición, se atribuyen al individuo, y

sugieren una titularidad individual predicable de la persona humana, no porque la Constitución establezca un elemento indisponible y rígido de exclusión en sus definiciones, sino porque así puede resultar de la naturaleza de las cosas, y del origen histórico de la noción o de la definición concreta de cada derecho, como bien se advierte en algunos pasajes de la providencia que se examina, sin que esto signifique una rotunda exclusión de las eventuales hipótesis de su extensión legislativa y jurisprudencial, por vía de la asimilación conceptual de sus elementos.

En principio, es cierto que buena parte de aquellos derechos tienen su origen en esa categoría histórica y filosófica del derecho y en especial del derecho natural en sus diversas corrientes, y en su evolución moderna y contemporánea, pero también es cierto que el derecho constitucional ha desarrollado un concepto más amplio y complejo de derechos constitucionales que los de libertades públicas, derechos civiles o derechos públicos subjetivos; además, ha reconocido otros nuevos que sólo se desarrollan en las últimas décadas, y ha incorporado a esta categoría varios tipos de relaciones entre las personas, que no quedan comprendidos por aquellas clasificaciones históricas.

Naturalmente, en tan decantada y repetida jurisprudencia, que ahora se desconoce por la honorable Corporación de la jurisdicción ordinaria cuya sentencia relacionada con la acción de tutela se revisa en este estrado de jurisdicción constitucional, esta Corporación no ignora que el tema de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelto con carácter general y absoluto, ni con aproximaciones mecánicas, ni siquiera con reflexiones globales y definitivas, pero tampoco se acepta que por el mérito histórico de la disciplina de los derechos humanos, por su importancia para la evolución contemporánea del derecho público, la noción de derechos constitucionales fundamentales quede reducida a la anterior clasificación.

3o. Desde este punto de vista no resulta conforme con la Constitución de 1991, la respetable reflexión que ilustra a la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia según la cual, lo positivo de los derechos humanos contrarresta lo positivo de la nueva categoría de los derechos constitucionales fundamentales, y alcanza a reducirlas a una sola noción; se trata de una interpretación que resta valor, fuerza y vigor jurídico a una nueva y más generosa categoría de derechos constitucionales por el mérito de otras anteriores, cuya vigencia también encuentra un nuevo y preciso ámbito de relaciones especiales, reforzado con la existencia de declaraciones internacionales vertidas en instrumentos jurídicos de pleno vigor ecuménico, con la creación de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y con el reconocimiento de instrumentos procesales de acceso a la justicia internacional de los derechos humanos.

4o. Así las cosas, la Corte Constitucional ha entendido que, con la incorporación de esta nueva noción en el derecho constitucional colombiano, se trata del reconocimiento de una nueva categoría de relaciones de la sociedad, cuyo contenido debe ser regulado constitucionalmente para asegurar la vigencia del orden social y democrático de derecho y del Estado mismo, y que estas relaciones no sólo vinculan a los poderes públicos y principalmente al legislador, sino a los particulares en sus relaciones dentro de todo el tráfico jurídico.

Estas consideraciones propias del Estado Social de Derecho contemporáneo, se erigen para garantizar la consecución del orden jurídico pluralista y democrático y de las bases mínimas para la convivencia social y, en todo caso, presuponen la conservación de un orden coactivo basado en el respeto de la libertad y del derecho.

Este nuevo ámbito de relaciones fundamentales para la sociedad no corresponde sólo a las necesarias garantías y límites para asegurar la integridad física, económica y espiritual del ser humano, ni para garantizar su supervivencia física; comprende, además elementos relacionados con derechos políticos, procesales, religiosos y educativos, considerados como sustanciales e indispensables para la sociedad, con un núcleo esencial que no puede ser objeto de supresión ni de limitaciones.

Las definiciones constitucionales y la jurisprudencia constitucional, permiten su delimitación conceptual, su ponderación y el encuentro o la definición armónica con otros derechos, y, en todo caso, la naturaleza sustancial y el carácter indisponible de estos derechos, permite entender con suficiente claridad esta noción.

Se concluye entonces que el precepto superior (artículo 86 C.N.), establece que la acción de tutela podrá ser ejercida por toda persona para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares en los casos señalados en la ley, y no excluye a las personas jurídicas para su ejercicio. En consecuencia éstas se encuentran legitimadas para solicitar el amparo correspondiente cuando los derechos fundamentales de que son titulares resulten vulnerados o amenazados.

(.....)

En conclusión, para esta Corporación es claro que algunos de los mencionados derechos de la persona humana no se extienden a todos los individuos, ni se aplican de la misma manera a todos los casos, y que nada se opone a que algunos derechos constitucionales fundamentales que se prediquen y apliquen en favor de la persona humana también se prediquen y apliquen en favor de la persona jurídica y de otras personas o sujetos o grupos de personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, de conformidad con las precisas disposiciones de la Constitución". (Sentencia No. T-133 de 1995. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

5o. En los términos expuestos queda, entonces, establecida la legitimación de las personas jurídicas "Acreedores Uno S.A." y "Acreedores Dos S.A." para acudir al mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y, tal como aparece en los antecedentes de esta providencia, las sociedades actoras persiguen evitar que se realicen asambleas generales de copropietarios de la "Galerías Ciudadela Comercial" que no sean convocadas por el administrador o por la junta administradora legalmente inscrita ante la alcaldía de Teusaquillo, solicitud que es coadyuvada por el señor Fabio Gutiérrez Vargas, quien manifiesta ser copropietario y presidente de la junta administradora de la mencionada ciudadela comercial.

Aducen el representante legal de las actoras y el coadyuvante, que los señores Heriberto Hernández Quintero y Manuel Ospina Cruz usurpan las calidades de administrador general y presidente de la junta administradora de "Galerías Ciudadela Comercial" que, jurídicamente no les corresponden y que, en consecuencia, están imposibilitados para convocar la asamblea de copropietarios.

El artículo sexagésimo del reglamento de propiedad horizontal indica que la asamblea "deberá reunirse ordinariamente una vez al año, dentro de los primeros tres meses de cada año, en las dependencias de la copropiedad, previa convocatoria que hará el administrador o en su defecto, el presidente de la junta administradora...".

Tal como lo puso de presente la Honorable Corte Suprema de Justicia, de la confrontación de las pruebas surge que existen dos juntas administradoras y dos administradores generales. En efecto, "del examen del acta No. 10 de la Asamblea General de copropietarios de la Ciudadela Comercial, celebrada el 22 de septiembre de 1994, se desprende que en desarrollo de la misma se eligió junta administradora para el período de 1994 a 1995 (folio 84), y que en la lista No. 1 de candidatos a la citada junta aparece el nombre del señor Heriberto Hernández. Al someterse a votación la mencionada lista fue aprobada por 64 votos de los 112 que estuvieron en la asamblea, en la que además con el accionante Fabio Gutiérrez, intervino y deliberó en el desarrollo de la misma, según constancia que allí figura (folios 54 y 55), amén de que Gonzalo Córdoba, una vez postulado para presidente, sólo obtuvo 17 votos frente a 38 de Gonzalo Bustos." (Folio 46).

Prosigue la Corte Suprema de Justicia señalando que, "En los folios 22 a 25 se encuentra el acta 01 de 1995 de la junta administradora, (elegida antes del 22 de septiembre de 1994) celebrada el 10 de abril del mismo año en la que se declaró vacante el cargo de administrador general de Galerías Centro Comercial como consecuencia de la dejación del mismo por parte de María Esperanza Díaz y se designó al señor Gonzalo Córdoba Gómez".

No puede perderse de vista que mediante oficio fechado el 16 de marzo de 1995, el demandado, señor Heriberto Hernández Quintero, solicitó a la alcaldía local de Teusaquillo se le certificara como representante legal de "Galerías Ciudadela Comercial", solicitud que fue respondida por el alcalde local pidiéndole que adjuntara "el acta debidamente autenticada de la asamblea de copropietarios en la cual tuvo lugar la elección correspondiente" dado que "los nombres que aparecen en el acta No. 149 de la junta administradora de la Ciudadela y que usted adjunta no corresponden a los nombres de los miembros principales y suplentes inscritos debidamente ante este despacho".

Aportada el acta con la autenticación correspondiente, la alcaldía resolvió "Inadmitir la petición de registro y certificación sobre la administración y/o representación legal solicitada por el señor Heriberto Hernández Quintero.." porque, los miembros elegidos según consta en acta No. 10 "no cumplieron con lo estatuído en el reglamento de propiedad horizontal (...), artículos: 57, 61 y 62 de la misma norma, en consecuencia no se reúnen los requisitos exigidos en el numeral 7o. del decreto 1365 de 1986 reglamentario de la ley 16 de 1985..". (folios 19 y 20).

Cabe también anotar que el día 11 de abril de 1995 el señor Gonzalo Córdoba Gómez solicitó, ante la alcaldía local de Teusaquillo, su inscripción como administrador general y las de Fabio Gutiérrez Vargas y Hernán Valencia Salazar como presidente y vicepresidente, respecti-

vamente y, según lo manifiesta Córdoba Gómez en el escrito de tutela "tal inscripción se encuentra en trámite, no he procedido a realizar convocatoria alguna".

Fuera de lo anterior, registra la Sala que en relación con el acta No. 10 de la Asamblea de Copropietarios de Galerías Ciudadela Comercial, correspondiente a la sesión realizada el 22 de septiembre de 1994, durante la cual se produjo la elección de los demandados en la presente acción, la Secretaria de la Junta, doctora María Esperanza Díaz Hernández, efectuó algunas observaciones así: el acta corresponde a dos sesiones, efectuadas durante los días 22 de septiembre y 9 de noviembre, y "a primera vista se lee que la Asamblea se inició y se finiquitó el día 22 de septiembre de 1994"; el quorum en cada ocasión fue diferente "y el acta tal como está pretende presentar como si el quorum hubiera sido exactamente igual en asistencia de propietarios y/o delegados en ambas sesiones"; no consta la hora de culminación de la sesión del primer día referido ni la de iniciación de la efectuada el 9 de noviembre; no aparecen los nombres de algunos delegados, tampoco el de personas que asistieron; se incluyó el nombre de una persona que falleció antes del 22 de septiembre como si hubiera asistido en calidad de representante; es indispensable establecer si quien asistió a las reuniones fue el propietario o un delegado y en el caso de las personas jurídicas quién las representó (folios 24, 25 y 26).

Por los anteriores motivos, la doctora Díaz Hernández devolvió el acta sin firmarla y no consta que se hayan subsanado las irregularidades anotadas. Lo cierto es que el artículo septuagésimo primero del reglamento de propiedad horizontal dispone que "La Asamblea podrá nombrar uno o más copropietarios para que en su nombre aprueben el Acta que les presente el ***Secretario de la Asamblea, para lo cual deberán estampar su firma en señal de aprobación, junto con las del Presidente y Secreario de la Asamblea.*** Dichas Actas debidamente autenticadas, prestan plena prueba de los hechos y actos contenidos en ellas y sus copias autenticadas ante Notario presentan mérito legal, conforme a la ley y al presente reglamento" (Negrillas fuera del texto).

De lo expuesto se desprende que por medio de dicha acta no es posible acreditar las calidades que los demandados pretenden haber adquirido válidamente.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Laboral, al decidir la acción de tutela, en primera instancia, consideró que la convocatoria a reunión de la asamblea general de copropietarios, hecha por los demandados, Heriberto Hernández Quintero y Manuel Ospina Cruz "lo fue en forma contraria a las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, es decir, ilegalmente, ya que ni la junta directiva ni el administrador cumplen con los requisitos del reglamento ni fueron inscritos"

La Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia estimó que la controversia escapa al ámbito de la acción de tutela y que según las voces del artículo 8o. de la ley 16 de 1985 debe ventilarse "mediante el trámite del proceso verbal de que trata el título XIII, sección primera del libro tercero del Código de Procedimiento Civil"; enfatizó, además, la Corte Suprema que es posible acudir a un tribunal de arbitramento previsto por los estatutos y que, el presente evento no encaja dentro de los supuestos que autorizan la acción de tutela en contra de particulares.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional no comparte los criterios prohijados por el juez de segunda instancia y acoge los planteamientos vertidos en la sentencia No. T-03 de 1994, emanada de la Corporación, por juzgarlos aplicables a la situación examinada.

En la sentencia citada, acerca de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares y de la eficacia del otro medio de defensa judicial se dijo:

"En el presente caso, de una parte es evidente que los interesados, en uso de una especie de legítima defensa no podían oponerse a la celebración de la asamblea ordinaria de socios por sus propios medios, porque el ordenamiento jurídico no faculta a ningún particular para impedir por la fuerza la reunión de un grupo de asambleístas; y, de otra parte, la Sala no ve que la legislación procesal civil haya previsto un procedimiento idóneo, de naturaleza rápida y preventiva, para la suspensión de encuentros de socios de clubes sociales y, en general de asociaciones o corporaciones. El procedimiento ordinario para impugnar actos de asambleas opera, evidentemente, *ex post facto.*

En consecuencia, ante la clara ausencia de medios de defensa que, para la protección del derecho de asociación, impidan la celebración de asambleas ordinarias de miembros de corporaciones civiles, la indefensión *de los peticionarios es patente y, por tanto, la procedencia de la acción resulta incuestionable".*

Sobre el derecho de asociación la Corte puntualizó:

"En primer lugar la Sala comparte la preocupación de los actores, toda vez que considera que la libertad de asociación no se reduce a la simple posibilidad ciudadana de crear o disolver organizaciones o personas jurídicas, o acceder a ellas sin derecho de participar en las decisiones a través de las asambleas por medio del voto. No. Este derecho es más amplio. Y esta idea tiene asidero en la noción misma de la asociación, como en la extensión que de esta libertad consagró el artículo 38 de la Constitución, respecto del cual es notable la falta de limitaciones expresas. Así, las ventajas que para unos y otros individuos tiene el aunar capitales y esfuerzos, solamente están limitadas por el respeto al derecho ajeno y la propia licitud de las actividades en común. De esta suerte, como lo afirma el conocido juspublicista, profesor de la Universidad de Buenos Aires, RAFAEL BIELSA:

'El derecho de asociación también se viola, no ya cuando se la impone coactivamente, en forma directa o en forma indirecta -como acabamos de advertirlo-, sino cuando, por el contrario, se impide o traba la asociación arbitrariamente. Es este un principio elemental, y por eso fundamental. Un derecho se viola cuando su ejercicio se impide sin causa jurídica y también cuando se compele a que se ejercite contra la voluntad del titular". (Estudios de Derecho Público. IV Derecho Administrativo, Fiscal y Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1962, pág. 8)." (M. P. Dr. Jorge Arango Mejía).

Así las cosas, es claro que a las sociedades actoras y al coadyuvante les asiste la posibilidad de procurar que, por un medio expedito como la acción de tutela, procedente frente a violaciones o amenazas de vulneración de los derechos fundamentales, se impida la realización de una asamblea convocada por quienes carecen de título jurídico para hacerlo. Una interpretación diversa dejaría a los peticionarios enfrentados a dos alternativas, ambas conculcadoras del derecho de asociación: concurrir, en contra de sus convicciones, a una asamblea que consideran reñida con el ordenamiento jurídico o dejar de hacerlo, sometiéndose, mientras tanto, a las decisiones toma-

das sin la participación que legítimamente les corresponde, ya que, se repite, los medios judiciales ordinarios operan con posterioridad. No es del caso aducir que las sociedades actoras se encuentran en mora y que por lo tanto no pueden votar, porque ello no convalida la convocatoria ilegal y fuera de esto, de conformidad con el reglamento, pueden asistir a la asamblea con voz, circunstancia que demuestra que el voto no es la única forma de participar y que debe garantizárseles el correcto ejercicio de las prerrogativas que su concreta situación les permite disfrutar y, a partir de ellas, la posibilidad de aportar y controvertir lo que estimen indispensable.

La Corte Constitucional considera que la pretensión de las sociedades actoras y del coadyuvante está llamada a prosperar, en la medida en que, según se infiere de las comunicaciones y decisiones proferidas por la alcaldía local de Teusaquillo, hay dignatarios inscritos válidamente y esa inscripción no ha sido desplazada por aquellos que, infructuosamente, aspiraron a ser inscritos y reconocidos. No otra cosa se deduce de la respuesta dada por la Alcaldía a la petición del señor Heriberto Hernández Quintero, calendada el 30 de marzo del año en curso, en la cual se indica que los nombres que aparecen en el acta No. 149 "no corresponden a los miembros principales y suplentes inscritos debidamente ante este despacho..".

Para la Corte resulta en claro que obró bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá al prohibir cualquier asamblea convocada por personas distintas a las inscritas; tal decisión lejos de atentar contra el derecho de asociación le otorga vigencia, porque evita la usurpación de funciones jurídicamente atribuidas a quienes cumplen los requisitos previstos por el ordenamiento. Se revocará, por tanto, el fallo de segunda instancia y se confirmará el de primera.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), y, en su lugar, CONFIRMAR la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Laboral, el treinta (30) de mayo del mismo año, dentro del asunto de la referencia.

Segundo. 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

SENTENCIA No. T-475
octubre 19 de 1995

CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento del primero

Al comprender el proceso de selección varias etapas como son la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba; los factores de calificación exigidos deben llenar y satisfacer la totalidad de los requerimientos señalados por el ente nominador, para que pueda conllevar a la escogencia de la persona más idónea para el correcto desempeño del cargo. Esto implica que quien ocupe el primer lugar, es la persona que por sus méritos satisfizo de mejor manera los requisitos para entrar a ejercer el puesto y es a él a quien debe el nominador designar.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Preexistencia derechos constitucionales

Estima la Sala que es del caso aclarar que independientemente de que la fecha de las sentencias que declararon la inexequibilidad de las disposiciones contentivas de la potestad discrecional que la entidad demandada alega sea posterior a la fecha del nombramiento que se hizo a persona distinta de la peticionaria, se concederá la tutela, pues los referidos pronunciamientos no tienen el efecto de constituir los derechos vulnerados, los que existían, con anterioridad a ellos, en cabeza de la actora y le fueron violados mediante comportamientos que, desde un principio, se colocaron en contradicción con la preceptiva constitucional que reconoce los derechos de los asociados.

DERECHO A LA IGUALDAD-Nombramiento del primero/**DERECHO AL TRABAJO**-Nombramiento del primero

Ha debido el I.C.B.F., nombrarla para el cargo por el que concursó, sin embargo, apartándose del riguroso orden de mérito establecido, de los fines esenciales de la carrera administrativa, del respeto a las distintas etapas del proceso de selección y de la confianza depositada por el aspirante en la administración pública, dicho establecimiento profirió la Resolución, nombrando a quien había ocupado el tercer lugar, vulnerando, en consecuencia, los principios fundamentales de la justicia y buena fe, como también, los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo. Este último, por cuanto se le niega arbitrariamente a la demandante un derecho adquirido, que por su parte se constituía en la obligación para la administración pública de nombrarla en el cargo para el cual cumplió y satisfizo todos los requerimientos exigidos en el proceso de selección.

T-475/95

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Nombramiento del primero

La acción de tutela se torna en el instrumento idóneo y eficaz para proteger estos derechos fundamentales, que al mantenerse su vulneración, merecen ser protegidos por esta Corporación.

Referencia: Expediente No. T-78478

Concurso abierto. Nombramiento a quien ocupe el primer puesto dentro de la lista de elegibles. Existencia de otro medio de defensa judicial. Ineficacia. Aplicación permanente de los derechos fundamentales.

Actora: Emperatriz Josefa Castro Cantillo contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Atlántico, Barranquilla.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D. C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

La Sala Octava de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, decide sobre el fallo de tutela de fecha 2 de agosto de 1995, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional asumió el conocimiento de la mencionada decisión por la vía de la remisión que hizo el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, y por virtud de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido por los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, permitieron a la Sala Octava de Selección de la Corte, escogerla para efectos de su revisión.

II. LA DEMANDA DE TUTELA.

La ciudadana Emperatriz Josefa Castro Cantillo, instauró acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Atlántico, invocando la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, con base en los siguientes hechos.

Mediante convocatoria número 019 del 23 de septiembre de 1994, la Regional del I.C.B.F., llamó a concurso abierto para proveer el empleo de Profesional Universitario, Código 3020, Grado 04.

Realizado el respectivo concurso, le correspondió a la peticionaria el primer puesto. No obstante lo anterior, la Dirección General de la entidad demandada resolvió nombrar a otra persona contrariando normas superiores y jurisprudencia de la Corte Constitucional, que para el efecto

establecieron los criterios para seleccionar a quien hubiere ocupado el primer lugar. En consecuencia, solicita la peticionaria se le nombre en el cargo para el cual concursó.

III. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.

Correspondió conocer de la acción al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, despacho que, luego de agotar los trámites legales resolvió denegar la tutela incoada contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con base en que la normatividad imperante al momento de la provisión de los cargos de Profesional Universitario era el Decreto 1222 de 1993 el cual en su artículo noveno permitía designar en un cargo de carrera a una de las tres personas que hubieren ocupado los tres primeros puestos de la lista de elegibles, y de acuerdo con las necesidades del cargo. Por tal razón, el Juez dedujo que no se vulneró ningún derecho fundamental a la peticionaria.

Consideró entonces, el despacho de instancia que la provisión de los empleos, objeto de concurso, con una de las personas que se encontrara entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles tenía fundamento legal al momento de producirse el nombramiento, según la facultad discrecional reconocida al nominador.

No habiendo sido impugnada la anterior decisión, el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, para que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente, procediera a decidir acerca de su eventual revisión, lo cual se ordenó por la Sala Octava de Selección, la que, por medio de auto de fecha seis (6) de septiembre del año en curso, repartió el negocio al Magistrado Ponente; surtidos los trámites legales procede la Corte, previo el estudio de la Sala Octava de Revisión, a revisar la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primera. La Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia en relación con el fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Carrera Administrativa.

Encuentra necesario esta Sala, determinar previamente de conformidad con las disposiciones de la Constitución Política si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., es una entidad sometida al régimen de la carrera administrativa.

En efecto, el I.C.B.F., fue creado por la Ley 75 de 30 de diciembre de 1968, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, cuyo objetivo es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

Posteriormente, el Decreto número 1468 de junio 19 de 1979, vino a determinar la selección para el ingreso de personal a través de concurso abierto, con base exclusivamente en el mérito y exceptúa los cargos de libre nombramiento y remoción. Igualmente, la Ley 10 de enero 10 de 1990, puntualizó ciertos aspectos sobre la carrera administrativa.

Ahora, con la Constitución Política de 1991, los empleos en los órganos y entidades son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Además, si el sistema de nombramiento no ha sido determinado por la Constitución o la ley, los funcionarios serán nombrados por concurso público. Fue así como en desarrollo del artículo 125 de la Carta, el Congreso expidió la Ley 27 de 1992, la cual manifestó que el objeto de la carrera administrativa es garantizar la eficiencia de la administración pública, brindando igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera. Asimismo, se expidieron los Decretos 1222 de 1993 y 256 de 1994.

Al respecto, en Sentencia C-195 del 21 de abril de 1994, con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, esta Corporación manifestó:

"El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestar sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general".

Posteriormente, con argumentos similares se manifestó que la carrera administrativa *"...comprende un conjunto de realidades llamadas a perfeccionar la dinámica del Estado que, en nuestros días, con el aumento de las tareas de distinta naturaleza a su cargo, requiere, ante las expectativas de resultados, los fines definidos en la legislación, los efectos de distinta índole y alcance producidos por su proceder, seleccionar adecuadamente a los servidores públicos, perfeccionar sus métodos y sistemas, mejorar la calificación técnica y moral de los trabajadores, y asegurar que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación, las que permitan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad...".* (Sentencia C-356 de agosto 11 de 1994).

Por ello, la Ley 27 de 1992, manifiesta que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal.

Podemos concluir así, que el I.C.B.F. es un establecimiento público bajo el régimen de la carrera administrativa.

Tercera. Ingreso a la Carrera Administrativa por méritos.

Al pronunciarse esta Corporación sobre la constitucionalidad del artículo 9 del Decreto 1222 de 1993, en Sentencia C-040 del 9 de febrero del presente año, con Ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, se concluyó que la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, debiendo seleccionar la administración al más destacado, a quien demostró la mejor preparación, conocimiento y competencia. Se manifestó, además, que un apropiado sistema de carrera, garantizaría el derecho de todas las personas a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, como también el derecho a una estabilidad en el cargo, siempre y cuando cumplan fielmente sus deberes, obteniendo así la transparencia, moralidad, imparcialidad y eficiencia.

Seguidamente, esta sentencia enfatizó:

"Para esta Corporación es claro, que un verdadero concurso de mérito es aquél en el que se evalúan todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. En consecuencia, la administración habrá de señalar un valor determinado a cada uno de los items, (condiciones profesionales, morales y personales) y, por consiguiente, el aspirante que obtenga el máximo puntaje es quien tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el que concursó. Es que cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos, quien ocupará el cargo será quien haya obtenido la mayor puntuación.".

Igualmente, la sentencia de constitucionalidad C-041 proferida por esta Corporación, con Ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó:

"La finalidad del concurso es hacer que sean los mejores los que ingresen al servicio público; su idea-fuerza, en consecuencia, gira alrededor del mérito. Para alcanzar este objetivo es indispensable que la sociedad y sus miembros respondan positivamente a la convocación y que el afán de servicio junto a la cultura y al saber concurran con miras a escoger a los más aptos y capaces".

Cuarta. Discrecionalidad del nominador violatoria de derechos y principios constitucionales. Obligación de nombrar a quien obtuvo el primer lugar.

Ha señalado esta Corporación que nuestra Carta Política no atribuyó al nominador poder discrecional ninguno para nombramiento, en relación con los empleos sujetos a concurso público, por cuanto se parte de la premisa de que el interés público se sirve mejor acatando el resultado del concurso, careciendo así la administración de libertad para adoptar una decisión diferente al resultado obtenido. Y agrega: *"Prescindir del riguroso orden de mérito deducible del concurso público una vez verificado, equivale a quebrantar unilateralmente sus bases. Establecer un concurso público y señalar un procedimiento que termina por no atribuir al vencedor el*

cargo o plaza objeto del mismo, elimina su esencia y lo despoja de estímulo. Si en verdad se anuncia por el Estado que un empleo se va a nombrar por concurso y, en últimas se designa al tercero o al segundo mejores aspirantes, pero no al primero, se defrauda la confianza de este aspirante inducida en virtud de la convocatoria y, de este modo, igualmente, se asalta la buena fe de todos los restantes aspirantes que en teoría han emulado y se han presentado al concurso con miras a ser los primeros y así obtener en justa lid el premio a su mérito -socialmente comprobado-, representado en este caso, por el consecuente nombramiento con apego al resultado objetivo del concurso...La situación descrita viola abiertamente los principios de la justicia y de la buena fe". (Sentencia C-041 del 9 de febrero de 1995).

Señala, además, la aludida sentencia que la falta de absoluta seguridad en el pronóstico que ningún sistema de nombramiento puede ofrecer, no se soluciona trastornando el concurso o desfigurando sus resultados mediante la facultad discrecional de nombramiento, sino a través del establecimiento de un período de prueba dentro del cual será objeto la persona de calificación. Concluye así, que la discrecionalidad otorgada vulnera el derecho a la igualdad de acceso a la función pública y para asegurarla es menester que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.

Al respecto, la Sentencia C-040 del 9 de febrero del presente año, con Ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, estableció:

"...considera la Corte que una de las formas de acabar con esta práctica, es precisamente incluir dentro de los factores de calificación, la idoneidad moral, social y física del candidato, pues el hecho de que el análisis en ese campo pertenezca a la subjetividad del nominador, no significa arbitrariedad, pues tales aspectos también han de ser apreciados y calificados, para evitar abusos. De no ser así se desnaturalizaría la carrera administrativa y, por ende, se infringiría el artículo 125 Superior....Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo al puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso...".

Con base en lo transcrito, se declaró inexequible el aparte del artículo 9o. Del Decreto 1222 de 1993, que dice: *"...la provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles..."* por infringir los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución Política.

Por lo anterior, al comprender el proceso de selección varias etapas como son la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba; los factores de calificación exigidos deben llenar y satisfacer la totalidad de los requerimientos señalados por el ente nominador, para que pueda conllevar a la escogencia de la persona más idónea para el correcto desempeño del cargo. Esto implica que quien ocupe el primer lugar, es la persona que por sus méritos satisfizo de mejor manera los requisitos para entrar a ejercer el puesto y es a él a quien debe el nominador designar.

Quinta. Existencia de otro medio de defensa judicial. Ineficacia.

Contempla el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, las causales de improcedencia de la tutela, señalando en el numeral primero la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

A este respecto, cabe recordar, la sentencia T-100 del 9 de marzo de 1994, con Ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, la cual señaló:

"En conclusión, la Corte mantiene su doctrina, reiterando que: el juez de tutela debe examinar en cada caso si el mecanismo alternativo de defensa judicial que es aplicable al caso, es igual o más eficaz que aquella.

"La Corte, empero, encuentra necesario hacer la siguiente precisión: cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias".

En un caso similar al caso que nos ocupa, la Sala Séptima de Revisión presidida por el Dr. Alejandro Martínez Caballero, en Sentencia T-325 de julio 26 del año en curso, trajo a colación su Sentencia T-298 del 11 de julio pasado, la cual señaló:

"Empero, esos otros medios judiciales deben tener, por lo menos, la misma eficacia de la tutela para la protección del derecho de que se trate. Analizadas las circunstancias del caso concreto, se concluye que tales acciones no se revelan más eficaces que la tutela ya que, la decisión tardía del asunto deja, mientras tanto, intacta violaciones a los derechos a la igualdad y al trabajo, al primero, porque, tal como lo puso de presente la Corte, el aspirante merece un trato acorde con los resultados obtenidos en el concurso efectuado y si se ignora esa condición preferente, ubicándolo en la posición de quienes no participaron o de quienes habiéndolo hecho obtuvieron calificaciones inferiores, se contradice el artículo 13 constitucional y, al segundo, porque negar un nombramiento al que válidamente se tiene derecho impide laborar en condiciones dignas y justas. Fuera de lo anterior, la urgencia de brindar una protección inmediata se torna más patente si se tiene en cuenta que el término de validez de la lista de elegibles precluye en el mes de noviembre de este año".

Igualmente, se manifestó en la Sentencia T-325, que:

"Estas apreciaciones coinciden con las vertidas por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia No. T-256 de 1995, conforme a las cuales mediante el ejercicio de las acciones que pueden impetrarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se obtiene 'el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente'. Esta Sala reitera ese pronunciamiento y en armonía con él advierte que no existe contradicción entre lo aquí decidido y el fallo S.U.458 de 1993 'porque en esta oportunidad se consideró la situación especial generada en virtud de las Sentencias C-040/95 y C-041/95 y además, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales que le fueron violados a la peticionaria' (M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)".

En Sentencia T-286 de julio 4 del año en curso, con Ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía, en relación con la demanda de tutela adelantada contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, la Corte señaló:

"La Corte no se inmiscuye en el acto del nombramiento propiamente, sino que ordena que se surta, en debida forma, una etapa del proceso del concurso que la Universidad omitió, omisión que consistió en no notificar sobre los resultados del mismo.

"En relación con lo estimado por los jueces de instancia, sobre la no procedencia de esta tutela por contar el actor con otros medios de defensa judicial, específicamente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala no desconoce la posibilidad de que el demandante pueda hacer uso de tales acciones, pero la presente acción se concederá sin condicionarla a tal evento, pues se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 6o., numeral 1., del decreto 2591 de 1991, en cuanto dice:

'...La existencia de dichos medios (de defensa judicial) será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante'.

...".

Sexta. Permanencia de los hechos.

En asuntos semejantes al que nos ocupa, las Sentencias 325 y 326 del 26 de julio del año en curso, con Ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, señalaron:

"...estima la Sala que es del caso aclarar que independientemente de que la fecha de las sentencias que declararon la inexequibilidad de las disposiciones contentivas de la potestad discrecional que la entidad demandada alega sea posterior a la fecha del nombramiento que se hizo a persona distinta de la peticionaria, se concederá la tutela, pues los referidos pronunciamientos no tienen el efecto de constituir los derechos vulnerados, los que existían, con anterioridad a ellos, en cabeza de la actora y le fueron violados mediante comportamientos que, desde un principio, se colocaron en contradicción con la preceptiva constitucional que reconoce los derechos de los asociados.

Los argumentos que sirvieron de base a la declaratoria de inexequibilidad precisan en forma muy clara las causas de la vulneración pero de ningún modo convalidan situaciones que ya eran anómalas antes de que la Corte los expusiera, máxime si en la actualidad subsisten sus efectos nocivos. La acción de tutela procede para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y comprobada la vulneración de algunos de estos, por expreso mandato constitucional, debe brindarse el amparo pedido; una interpretación contraria conduciría a patrocinar su desconocimiento y a restarles la eficacia que la Carta pretende asegurarles.

Es de anotar que en esta misma providencia se ha dejado en claro que aún partiendo del supuesto del ejercicio de la potestad discrecional la ausencia de una justificación objetiva y razonable para preferir a concursantes distintos del situado en primer lugar torna patente el carácter arbitrario de la medida tomada en perjuicio de la accionante. Por lo demás, la Corte ha concedido la tutela en casos similares, sin que ello signifique que le esté otorgando efecto retroactivo a un fallo suyo. (Cfr. Sentencias T-256 y 298 de 1995).".

Esta misma Sala de Revisión, al resolver un caso similar al que ahora se estudia, mediante la Sentenica T-389 de este año, reiteró la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cuanto a que la acción de tutela es el instrumento idóneo y eficaz para proteger los derechos de quien, ocupando un primer puesto en un concurso de méritos, no es nombrado para el cargo correspondiente; en este mismo sentido se resolverá, por ende, el presente asunto.

Séptima. El caso sub-judice.

Como se ha indicado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, y sometido al régimen de la carrera administrativa. Con base en lo anterior, llevó a cabo convocatoria número 22 del 26 de julio de 1994, para proveer el cargo de profesional Universitario, código 3020, grado 04 del Centro Zonal No. 1 Prevención, en el cual la señora Emperatriz Josefa Castro Cantillo, participó y ocupó el primer puesto dentro de la lista de elegibles, según Resolución número 000862 de septiembre 23 de 1994.

Teniendo en cuenta lo señalado en esta decisión, ha debido el I.C.B.F., nombrarla para el cargo por el que concursó, sin embargo, apartándose del riguroso orden de mérito establecido, de los fines esenciales de la carrera administrativa, del respeto a las distintas etapas del proceso de selección y de la confianza depositada por el aspirante en la administración pública, dicho establecimiento profirió la Resolución número 2645 del 26 de diciembre de 1994, nombrando a quien había ocupado el tercer lugar, vulnerando, en consecuencia, los principios fundamentales de la justicia y buena fe, como también, los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo. Este último, por cuanto se le niega arbitrariamente a la demandante un derecho adquirido, que por su parte se constituía en la obligación para la administración pública de nombrarla en el cargo para el cual cumplió y satisfizo todos los requerimientos exigidos en el proceso de selección.

Por ello, la acción de tutela se torna en el instrumento idóneo y eficaz para proteger estos derechos fundamentales, que al mantenerse su vulneración, merecen ser protegidos por esta Corporación.

Se revocará la decisión calendada 2 de agosto de 1995, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, y en su lugar se dispondrá conceder la tutela, por vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de fecha 2 de agosto de 1995, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, con base en las consideraciones expuestas.

Segundo: CONCEDER la tutela que se reclama, en consecuencia, ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Atlántico, Barranquilla, para que en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a efectuar el nombramiento de la señora Emperatriz Josefa Castro Cantillo, en el cargo de Profesional Universitario, Código 3020, Grado 04, para el cual se presentó a concurso abierto habiendo ocupado el primer lugar.

Tercero: El Tribunal Superior -Sala Laboral- del Distrito Judicial de Barranquilla, vigilará el estricto cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia.

Cuarto: LIBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

SENTENCIA No. T-476
octubre 19 de 1995

DERECHO A LA EDUCACION-Finalidad

Las finalidades que guían la misión educativa, no deben, entonces, resultar sacrificadas en aras de la represión de ciertos comportamientos, que bien pueden ser accidentales al propósito esencial que se pretende mediante la educación, y, además ser perfectamente aceptables como objeto de las garantías constitucionales y del amparo judicial de un determinado derecho constitucional fundamental. Es más apropiado recurrir a los métodos de la pedagogía para encauzar una conducta en un sentido determinado, que tener a la represión por instrumento único; así se lograría, conciliar el respeto que merecen los derechos de los educandos con los criterios que, según los educadores, deben buscarse mediante su tarea.

DERECHO A LA EDUCACION-Presentación personal/**DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**-Corte de cabello

Privar a un estudiante de la posibilidad de continuar recibiendo las clases que constituyen el pénsum por negarse a llevar el cabello "arreglado y peluqueado normalmente sin ningún tipo de moda", bajo el entendido de que prevalece "lo colectivo sobre lo individual", es una sanción que no guarda la debida proporcionalidad frente a las metas primordiales inspiradoras del proceso educativo, y que se basa en una concepción que desconoce las prerrogativas que asisten al educando para desarrollar libremente su personalidad en un aspecto que, por ser, como se anotó, accidental, carece de las repercusiones que las autoridades académicas y los jueces de instancia le atribuyen en este caso. No es posible, en el caso examinado, dar por agotada la cuestión aduciendo que los hechos quedaron inexorablemente en el pasado; es todo lo contrario, obra en el expediente constancia de que los estudiantes debieron firmar un compromiso en virtud del cual fueron obligados a dejarse el cabello "normalmente, sin moda", situación que corrobora la persistente violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y demuestra una amenaza de violación al derecho fundamental a la educación, pues basta el simple incumplimiento del compromiso para que los actores se vean enfrentados a una situación semejante a la que motivó el ejercicio de la acción de tutela.

DEBIDO PROCESO-Suspensión de alumno/**DEMANDA DE TUTELA**-Hecho consumado/**DEMANDA DE TUTELA**-Prevención

Las sanciones disciplinarias han de tener "el debido miramiento por los derechos constitucionales fundamentales de los educandos" y en su aplicación no puede estar ausente el

debido proceso; imponerlas, con base en un manual de convivencia que no había entrado en vigencia, como aconteció en este evento, conculca el derecho contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, empero, como lo observaron los jueces, en ambas instancias, se trata de un hecho consumado y, por ello, la Corte prevendrá al rector del establecimiento educativo para que en la institución a su cargo, no se vuelva a incurrir en acciones de esta índole.

Referencia: Expediente No. T-78872

Acción de tutela presentada en contra del rector del Colegio Nacional Simón Bolívar de Arauca.

Actores: David Guillermo Menco Zafra, Vladimir Parada Salas, César Suárez, Raúl Fernando Galvis Toro

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Octava de Revisión en asuntos de tutela, integrada por los Honorables Magistrados VLADIMIRO NARANJO MESA, JORGE ARANGO MEJIA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre las sentencias relacionadas con la acción de la referencia, proferidas por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, el veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), en primera instancia, y por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, el tres (3) de agosto del mismo año.

I. ANTECEDENTES

A. La solicitud

El ocho (8) de junio del año en curso, los estudiantes DAVID GUILLERMO MENCO ZAFRA, VLADIMIR PARADA SALAS, CESAR SUAREZ y RAUL FERNANDO GALVIS TORO quienes cursan sus estudios de educación media vocacional en el Colegio Nacional Simón Bolívar de Arauca, impetraron, ante el Juez Promiscuo Municipal de esa ciudad, acción de tutela en contra del señor Roberto Antonio Melo Padilla, rector del establecimiento educativo mencionado, para que "declare tutelado nuestro derecho fundamental a la educación media vocacional a la vez que al desarrollo de la libre personalidad y ordene, se tomen las medidas necesarias para garantizarlo".

Los actores adujeron como fundamento de su acción los siguientes hechos:

1. "Los días 24, 25 y 26 de abril nos informó el Coordinador de Disciplina, señor José Luis Botía, que por orden de Roberto Antonio Melo Padilla, Rector del Colegio Nacional Simón Bolívar no podíamos ingresar a clases hasta tanto habláramos con el Rector".

2. "En el transcurso de estos tres días mientras dialogábamos con el señor Rector sobre el corte de cabello perdimos las primeras horas de clases".

3. "En los tres días anteriormente nombrados, nuestros representantes, padres de familia y acudientes, solicitaron por escrito nos dejaran asistir a clases con el corte de cabello que lucíamos".

4. "El Reglamento que ha venido rigiendo no contempla la necesidad de mantener el corte de cabello que exige el Señor Rector por lo cual como se enuncia anteriormente nuestros padres de familia y acudientes solicitaron formalmente nos dejaran asistir a clase con el corte que poseíamos".

5. "Estas solicitudes fueron desatendidas ya que el día veintisiete de abril no se nos permitió la entrada al establecimiento negándonos el derecho a la educación y al desarrollo de la libre personalidad estipulados en el reglamento que actualmente nos rige y en la Constitución Nacional".

6. "El reglamento que actualmente está en estudio, para hacer parte del proyecto educativo institucional, no ha sido aprobado por el Consejo Directivo por lo cual no encontramos base para el impedimento que se nos ha hecho...".

7. "En caso de que esta fuera considerada, por parte del colegio, como una falta al reglamento, no se tomaron acciones que siguieran el conducto regular establecido en cualquiera de los dos reglamentos sobre suspensiones".

El actor CESAR AUGUSTO SUAREZ OVIEDO desistió de la acción, en memorial presentado el doce (12) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

B. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca, mediante sentencia de junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995), resolvió negar la tutela solicitada y admitió el desistimiento que de la acción hizo el menor CESAR AUGUSTO SUAREZ OVIEDO.

Estimó el fallador de primera instancia que la exigencia de mantener un corte de cabello normal, acorde con la filosofía del centro educativo y que permita la uniformidad en el estudiantado, "en modo alguno priva al estudiante de su derecho de acceso y permanencia a la educación, pese a que se les ha impuesto una sanción leve que no trascendió en la realidad y que era meritoria".

Según el juez, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede confundirse con el libertinaje y admite las limitaciones que le impone el orden jurídico "enmarcado dentro del reglamento estudiantil, donde se exige la buena presentación del alumno, sea en el antiguo o en el nuevo (proyecto) de manual de convivencia del establecimiento. No actuar como lo hizo el Colegio Nacional Simón Bolívar, sería tanto como permitir que una alumna comenzara por asistir con minifalda al plantel. Que un estudiante acudiera allí por simple capricho sin uniforme o que cualquier alumno saliera en horas de clase del plantel, simplemente porque no puede ser sancionado en la medida en que con ello se vulnera el derecho a la educación, al libre desarrollo de su personalidad o porque sus derechos, tratándose de los niños, prevalecen sobre los de los demás".

Admite el despacho que este tipo de expresiones propias de la adolescencia no deben tener un tratamiento tan drástico que genere la vulneración de derechos fundamentales y que, ameritan, precisamente, una mejor educación.

Prosigue el juzgado afirmando que "si bien es cierto que se les aplicó a los alumnos el proyecto de manual de convivencia que aún no ha entrado en vigencia al no encontrarse aprobado por el Consejo Directivo del plantel con lo cual en un determinado evento se puede quebrantar el derecho constitucional fundamental del debido proceso (...) en la medida en que nadie puede ser sancionado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio, también es cierto que sólo se trató de una equivocada actuación del plantel al acudir en su procedimiento a un manual de convivencia y no al reglamento antiguo, en el cual, se repite, también se encuentra la prohibición (buena presentación personal) y la sanción de suspensión aquí impuesta, pero ello en modo alguno implica que deba tutelarse pues el centro educativo está facultado para actuar en la forma en que lo hizo".

La sanción de suspensión por un día de clases -señala el despacho judicial- quebrantó el debido proceso, pero no amerita la tutela por haberse consumado el daño. En cambio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se conculca por exigir a los actores que su corte de cabello sea el normal que se les exige a los demás estudiantes pues éste derecho tiene como limitaciones precisamente, el mismo derecho que se le exige a todo el plantel (..) y tampoco se quebranta la educación en sus facetas de acceso o permanencia....".

C. La sentencia de segunda instancia

Según constancia secretarial, fechada el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), los peticionarios impugnaron el fallo de primera instancia dentro del término previsto en el Decreto 2591 de 1991; de otra parte, al desatarse la impugnación, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, como despacho de segunda instancia, decidió confirmar la providencia impugnada, de conformidad con las siguientes consideraciones:

"En ocasiones el disfrute de un derecho se ve reprimido o limitado cuando su ejercicio conculca intereses colectivos. He ahí el caso que nos ocupa. Si bien es cierto que las personas tienen derecho a usar, o lucir, en tratándose de cosas de esta índole un tanto superficiales, el traje o corte de cabello que más les plazca, también es cierto que hay ocasiones en que la compostura se impone y más si se trata de adolescentes que asisten a un colegio en donde las edades y las condiciones son disímiles y el ejemplo cunde en detrimento del empeño que el colegio se ha impuesto en aras de la formación integral de los menores. Y es que hay ocasiones en que un simple corte de cabello tiene connotaciones anárquicas y en la interpretación de estos que pudiéramos llamar símbolos son expertos los jóvenes, y cosa curiosa, muy proclives a la imitación. De ahí que la disciplina deba ser exigente y que los padres deban colaborar decididamente en el colegio para que el orden se imponga, razón ésta para que esté justificada la prohibición en el reglamento escrito u oral pero de todas formas conocido por los estudiantes.

La Constitución es cierto que reconoce y garantiza los derechos individuales, colectivos y sociales, pero al tiempo sienta las bases sustanciales de la convivencia, de ma-

nera que el titular de un derecho debe evitar que el disfrute del suyo conculque el derecho ajeno.

Si como es cierto y en esto comparte plenamente el despacho el concepto del Juez de primera instancia, la sanción conculcó el debido proceso cuando se remitió a una norma aún no aplicable, también es cierto que la tutela sólo procede cuando el daño aún no se hubiere consumado. En el caso de autos, la tutela se impetró tiempo después de que la sanción hubiera sido aplicada por lo que el daño traducido en la imposibilidad de asistir a clase ya se había agotado y por el contrario reinaba en el ambiente la normalidad académica como lo confirman las pruebas provenientes de los alumnos involucrados en la acción como los señores rector y coordinador de disciplina".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones correspondientes al asunto de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto efectuado en la forma prevista en el reglamento de la Corporación.

B. La materia

Los actores dentro de la acción de tutela, que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, invocaron la vulneración del derecho constitucional fundamental a la educación que consideran lesionado, porque el rector del establecimiento en el que cursan los estudios correspondientes a la formación media vocacional les impuso la sanción de suspensión por un día, como consecuencia de haberse presentado a clases luciendo un corte de cabello que las directivas del plantel juzgaron inadecuado y reñido con el deber de observar una "buena presentación personal".

Los despachos judiciales de primera y de segunda instancia coincidieron en afirmar que la vulneración alegada no se configura ya que, de una parte, los alumnos asisten a clases normalmente, de modo que al momento de ejercerse la tutela, los hechos ocurridos durante el mes de abril del presente año, estaban consumados y, de otra, porque la actuación del rector es acorde con la filosofía del Colegio Nacional Simón Bolívar de Arauca y con los propósitos que orientan la labor educativa que les ha sido encomendada.

Ahora bien, para resolver en este caso es preciso tener en cuenta que en reciente pronunciamiento, la Corte se refirió a la protección del derecho a la educación en los términos que se transcriben a continuación:

"Uno de los principales objetivos del proceso educativo es lograr que el educando, a tiempo que se desarrolla como individuo único y diferenciable, autónomo y libre, aprenda a socializar y armonizar sus comportamientos en relación con los demás, teniendo

como presupuesto básico el reconocimiento y el respeto del 'otro' en cuanto sujeto que detenta los mismos derechos. La Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, señala en su artículo quinto como uno de los fines de la misma, "El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico...".

La educación en un Estado Social de Derecho ha de propender porque cada uno de los actores del proceso educativo, especialmente los alumnos, se apropie e interiorice principios fundamentales para la convivencia humana, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad y la igualdad en la diferencia. No basta, por parte del ente educador, con el cumplimiento estricto de la mera labor de instrucción y con el desarrollo de un modelo pedagógico restringido, que simplemente pretenda homogeneizar comportamientos y actitudes ante la vida (...), concepción ésta que va en contravía de los fundamentos mismos de las diversas escuelas de pensamiento que desarrollan la pedagogía moderna, las cuales rechazan cualquier modelo que propenda por la colectivización u homogenización del pensamiento de los individuos. Al contrario, se trata desde la escuela básica de viabilizar el desarrollo del individuo como fin en sí mismo, permitiéndole el acceso al conocimiento, a las artes y en general a las distintas manifestaciones de la cultura, en la perspectiva de que pueda desarrollarse, integral y equilibradamente, en un contexto social caracterizado por la coexistencia de paradigmas de vida, no sólo diferentes, sino incluso antagónicos. Sólo así el individuo adquirirá la capacidad necesaria para ejercer su autonomía de manera racional, aceptando y respetando el derecho que asiste a los demás de hacer lo mismo; esto es, sin que ello implique vulnerar los valores, principios y derechos que para todos consagra la Constitución". (Sentencia No. T-377 de 1995. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Las finalidades que guían la misión educativa, no deben, entonces, resultar sacrificadas en aras de la represión de ciertos comportamientos, que bien pueden ser accidentales al propósito esencial que se pretende mediante la educación, y, además ser perfectamente aceptables como objeto de las garantías constitucionales y del amparo judicial de un determinado derecho constitucional fundamental.

En efecto, privar a un estudiante de la posibilidad de continuar recibiendo las clases que constituyen el pénsum por negarse a llevar el cabello "arreglado y peluqueado normalmente sin ningún tipo de moda", bajo el entendido de que prevalece "lo colectivo sobre lo individual", es una sanción que no guarda la debida proporcionalidad frente a las metas primordiales inspiradoras del proceso educativo, y que se basa en una concepción que desconoce las prerrogativas que asisten al educando para desarrollar libremente su personalidad en un aspecto que, por ser, como se anotó, accidental, carece de las repercusiones que las autoridades académicas y los jueces de instancia le atribuyen en este caso.

Estima esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional que no es posible, en el caso examinado, dar por agotada la cuestión aduciendo que los hechos quedaron inexorablemente en el pasado; es todo lo contrario, obra en el expediente constancia de que los estudiantes debieron firmar un compromiso en virtud del cual fueron obligados a dejarse el cabello "normalmente, sin moda" (Folio 26), situación que corrobora la persistente violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y demuestra una amenaza de violación al derecho fundamental a la educa-

ción, pues basta el simple incumplimiento del compromiso para que los actores se vean enfrentados a una situación semejante a la que motivó el ejercicio de la acción de tutela.

En estas circunstancias, es claro que el derecho a educarse pende de una condición que, conforme a lo dicho, no es susceptible de ser comparada con las metas que persigue la educación, merced a las cuales, es más apropiado recurrir a los métodos de la pedagogía para encauzar una conducta en un sentido determinado, que tener a la represión por instrumento único; así se lograría, conciliar el respeto que merecen los derechos de los educandos con los criterios que, según los educadores, deben buscarse mediante su tarea; este es el sentido que ha dado la Corte Constitucional al conflicto planteado y así lo manifestó en sentencia No. T-065 de 1993 en los siguientes términos:

"Dentro de la perspectiva de estimular razonables conductas que favorezcan la asimilación de valores educativos tales como el orden, la obediencia, las exigencias propias de la vida comunitaria, las posibilidades y límites de la libertad y el acendrado sentido de responsabilidad, la presentación personal de los alumnos de establecimientos educativos -particularmente en aquellos casos en que por su edad y condiciones personales requieren aún de orientación clara conducente a su formación-, puede ser uno de los instrumentos a través de los cuales se difunde el mensaje educativo.

Aceptado lo anterior, es claro también que la presentación personal no puede convertirse en un fin per se *que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto que aquellos renuentes a aceptarlo, como ocurre en el presente caso con la pauta concerniente a la longitud de los cabellos, autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente del mismo derecho constitucional fundamental del alumno.*

La longitud de los cabellos es pauta que puede tener alguna explicación en instituciones educativas cuyo principio fundamental sea la práctica de la obediencia estricta, tal como ocurre en las de carácter militar. Pero el sentido y función de dicha pauta en instituciones educativas ordinarias tiene, desde luego, una incidencia menor de tal naturaleza que no puede autorizar la exclusión de los beneficios del derecho fundamental a la educación o que se la convierta en condición sine qua non *para su ejercicio. Más aun cuando -como en este caso concreto- la conducta de uno de los peticionarios, no solo no atenta contra los derechos de los demás ni contra el orden jurídico, sino que es expresamente permitida por los miembros de su propia familia, responsable también, como quedó dicho, del éxito del proceso educativo.*

En consecuencia, si la institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos. El verdadero educador no puede renunciar al uso de ellos sin desvirtuar el nobilísimo sentido de su misión" (M.P. Dr. Ciro Angarita Barón).

Además, en la sentencia que se acaba de citar, la Corte produjo algunas consideraciones referentes a los reglamentos educativos, así:

"Un reglamento que consulte las nuevas realidades del educando no debe ser simplemente un instrumento de autoritarismo irracional llamado a reprimir expresiones de conducta que bien pueden ser opciones abiertas por la propia Carta como formas alternativas de realizar la libertad de vivir que no otra cosa es el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta vigente.

(...)

"En otros términos, los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén en contravía de la Constitución vigente como tampoco favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debido a la privilegiada condición de seres humanos tales como tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad de los educandos, su dignidad de personas nacidas en un país que hace hoy de la diversidad y el pluralismo étnico, cultural y social principio de praxis general. Por tanto, en la relación educativa que se establece entre los diversos sujetos, no podrá favorecerse la presencia de prácticas discriminatorias, los tratos humillantes, las sanciones que no consulten un propósito objetivamente educativo sino el mero capricho y la arbitrariedad".

De otra parte, la Corporación advirtió que las sanciones disciplinarias han de tener "el debido miramiento por los derechos constitucionales fundamentales de los educandos" y en su aplicación no puede estar ausente el debido proceso; imponerlas, con base en un manual de convivencia que no había entrado en vigencia, como aconteció en este evento, conculca el derecho contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, empero, como lo observaron los jueces, en ambas instancias, se trata de un hecho consumado y, por ello, la Corte prevendrá al rector del establecimiento educativo para que en la institución a su cargo, no se vuelva a incurrir en acciones de esta índole; por lo demás, y de conformidad con las razones anotadas, es procedente conceder el amparo constitucional pedido.

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,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas en el asunto de la referencia por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca el tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) y por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Arauca el veintidós (22) de junio del mismo año.

Segundo. CONCEDER la tutela reclamada en favor de los derechos constitucionales fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la educación y al debido proceso de los peticionarios y, en consecuencia, PREVENIR al señor rector del Colegio Nacional Simón Bolívar de Arauca para que en el futuro se abstenga de incurrir en las acciones que dieron mérito para que se concediera la tutela y de aplicar sanciones disciplinarias por fuera de las condiciones y requisitos establecidos en la Constitución, la ley y el reglamento vigente.

Tercero. LIBRENSE, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

SENTENCIA No. T-477
octubre 23 de 1995

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION-Iniciación del proceso

Cuando una tutela se dirige contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión.

READECUACION DE SEXO DEL MENOR/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Cambio de sexo/**TEORIA DE LA INFORMACION**-Cambio de sexo

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe prevenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito. En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el ***policitante*** *recibe la aceptación del* ***policitado*** *puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORIA DE LA INFORMACION). En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no esta viciado.*

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Cambio de sexo/**RELACION MEDICO-PACIENTE**

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los

riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor. Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Prescindencia en caso de urgencia

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo "integridad de la persona", esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean. En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la "meatotomía" practicada un mes y diez días después de la mutilación, y, la segunda, de "readecuación de sexo", seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa "autorización" de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar. Jurídicamente habrá, entonces, que entrar a estudiar lo que firmaron unos padres de escasa cultura y semianalfabetos: que autorizaban "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo".

TRATAMIENTO MEDICO DEL MENOR-Límites

En principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad? La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos.

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Elementos

La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son: a) de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento

para los intereses del menor; b) De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal". Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor; c) Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad. En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos.

READECUACION DE SEXO-Autorización del paciente/**LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-**Cambio sexo del menor/**DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL**

NO es posible la "readecuación de sexo," sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones: Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte "la presencia en mi" (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la ***IDENTIDAD*** *de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de "género" (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del "género" que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo "menos malo". En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.*

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: "La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes". Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la

dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza. El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Cambio de sexo/
INTERES JURIDICO SUPERIOR DEL MENOR

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interes jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento"resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."

DIGNIDAD HUMANA EN LA IDENTIDAD SEXUAL

Al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano. Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquéllos. El derecho a la identidad, y mas específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho "Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución". El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana.

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales. Esto nos permite desarro-

llar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

TRATADO DE DERECHOS HUMANOS-Fuerza vinculante

La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado, o a solicitud de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático. Y, dentro de este contexto se puede afirmar que el Estado Social de Derecho hunde sus raíces en el principio de solidaridad. El reconocimiento a la solidaridad puede ser estudiado en la tutela.

READECUACION DE SEXO DEL MENOR-Tratamiento permanente

La protección especial a disminuidos, consagrada en el artículo 47 de la Constitución, razonablemente no se puede suspender cuando N. N. llegue a los 18 años, sino que el tratamiento médico que se iniciare y el sicológico que ya está en curso (con la aceptación del paciente) se continuará hasta cuando un dictamen de un grupo interdisciplinario lo considere pertinente. Lo que se le ordena al I.C.B.F. es que mantenga la continuidad en la readecuación y tratamiento integral del menor que instauró la presente tutela.

Referencia: Expediente No. T-65087

Peticionario: Menor N.N.

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia.

- Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad.Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.

TEMAS:
- El consentimiento informado del paciente.
- El Derecho a la identidad. Debe respetarse por el Juez en los procesos de jurisdicción voluntaria y por los médicos que no pueden hacer "readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales" sin autorización personal del paciente.
- La fuerza vinculante de los Tratados de Derechos Humanos durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 y 1991.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C. veintrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados 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 de tutela identificado con el número de radicación T-65087, adelantado por el Personero Municipal de A. A.,quien actuó en representación del menor N. N., contra el médico que le hizo una operación al niño "readecuándole" el sexo, contra el Hospital Universitario San Vicente de Paúl donde se practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que contribuyó a que la readecuación de sexo se efectuara y contra los padres del menor quienes autorizaron la operación de su hijo.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Episodios que motivaron la acción.

De la prueba aportada en la instancia y de la recepcionada por la Corte se puede hacer este relato:

1.1. Según versión de los padres del menor N.N., cuando éste tenía 6 meses, sus progenitores lo dejaron encerrado con una perra pequeña, a la cual "apenas le estaban naciendo los dientes"; al regresar, el padre de su parcela y la madre de recoger leña, encontraron al animal con sangre en el hocico y el niño tenía cercenados el pene y los testículos. Los padres del menor emasculado son campesinos semi-analfabetas, habitantes de una región alejada y subdesarrollada.

Los crudos episodios en la forma como los narraron los padres son calificados diez años después, en informe interno al I.C.B.F., como fantasía simbólica, y de acuerdo con un concepto de medicina legal, hecho meses después de la época de la mutilación, la herida se produjo posiblemente con instrumento cortopunzante, lo cual trajo como consecuencia la "emasculación con

cercenación de sus genitales externos (castración) del menor". Dentro del expediente aparece copia íntegra del proceso penal (que finalizó con auto declarando que no se observa que el hecho constituyera delito) y no hay el menor indicio de que los padres fueran los autores, por el contrario, al día siguiente del lamentable episodio, a las 7 de la mañana, ellos iniciaron una caminata para llevar al niño desde la montaña hasta el poblado a donde arribaron a las cuatro de la tarde.

1.2. El incidente ocurrió el 10 de marzo de 1981 y el 11 de marzo el menor fue trasladado del hospital del municipio al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución donde se le practicó una operación de "meatotomía", el 21 de abril de 1981. Previamente, el 1° de abril, los padres, dibujan su firma en un escrito que autoriza "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo", en realidad, no surge de la prueba que los padres fueran conscientes de la trascendencia del "cambio de sexo", por el contrario, antes, el 16 de marzo de 1981 en la historia clínica se insinuó por el médico un estudio genético "con fines netamente académicos" y "planear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales", es decir, primero se proyectó por los médicos el cambio de sexo y luego se obtuvo el permiso de los padres. Parecería que la pobreza de la familia, la ignorancia de los padres, el ambiente social atrasado y un ser humano de escasos seis meses, no ofrecían contratiempo alguno al tratamiento que los médicos iban a practicar y que según se dice se ha repetido en numerosos casos y ha sido defendido por los galenos como lo más adecuado. El propio médico que practicó esta primera operación la califica como REASIGNACION DE SEXO, dentro de la cual, según el médico relata, estos eran los pasos a dar, estos los resultados que se buscaban y la causa (según él) para el fracaso del experimento:

"... a) explicación exhaustiva a los padres en términos que ellos pudieran entender de que no había recurso médico posible para restituir sus órganos genitales externos. b) Se les explicó igualmente, en términos sencillos, que el niño podía crecer y desarrollarse en el sexo femenino, pero que requeriría una cirugía posterior cuando sus tejidos lo permitieran. c) Se habló con Bienestar Familiar para que si fuere necesario le diera un hogar sustituto a este niño, ya que sus padres eran personas que vivían lejos de cualquier centro urbano y analfabetas (el padre). d) Igualmente se consultó al Departamento de Siquiatría y se presentó el caso ante el grupo multidisciplinario del Hospital que estudia los pacientes que consultan por ambigüedad de sus órganos genitales. E) Una vez conseguida la opinión unánime del grupo se instruyeron los padres sobre la necesidad de cambiar los documentos en la notaría de A. A. y en el despacho parroquial. El niño siguió bajo control en la consulta interna y los padres en el departamento de siquiatría que el proceso de identificación sexual femenino progresaba normalmente se le remodelaron quirúrgicamente sus órganos genitales femeninos. F) En las revisiones posteriores al procedimiento quirúrgico que se hicieron en consulta externa se encontró que la evolución era satisfactoria aunque la comunicación con el paciente era siempre difícil, por lo cual en alguna ocasión los siquiatras pensaron que había algún factor autista (trastorno de la personalidad que le dificulta al paciente comunicarse con el medio). Posteriormente supimos que el paciente había sido ubicado en un albergue de monjas de A. A. Una vez reasignado el sexo, cambiado los documentos de identificación, el proceso de identificación genérica depende en gran parte del medio ambiente donde crezca y se desarrolle el niño. En algunas consultas pudimos captar que en el centro donde estaba el paciente había

cierta ambivalencia en el trato que estaba recibiendo, ambivalencia de tipo genérico, pues en algunas ocasiones lo llamaban N. N. Retrospectivamente pensamos que este ambiente inadecuado en el cual vivió el paciente una buena parte de sus años fue el factor causal de su mala identificación con el sexo asignado"

Salta a la vista que fueron los médicos del Hospital quienes propusieron, impulsaron y desarrollaron la reasignación de sexo que, en sentir de ellos, era lo pertinente.

No era la primera vez que hacían tal clase de experimento; uno de los médicos declaró bajo juramento:

"Desde el año mil novecientos setenta y cinco y como Profesor del Departamento de Ginecología y Obstetricia me ha tocado participar en diferentes grupos con el Dr. Bernardo Ochoa resolviendo problemas de reasignación de género en niñas y en adultas con genitales ambiguos, principalmente en casos de hiperplacia suprarrenal congénita, testículos feminizante y recientemente en casos de transexuales. Es por ello que el problema de este niño atañe a un grupo interdisciplinario de médicos"

Para este médico, se trataba de un niño asexuado,

"... sin posibilidades de producir en un futuro hormonas masculinas (testosterona) que es la hormona encargada de desarrollar los caracteres sexuales secundarios masculinos desde el principio de la adolescencia, alrededor de los nueve o diez años de edad. Por las características expresadas, este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual y sabiendo que la identidad sexual de un niño se inicia desde el año y medio a dos años en adelante, es lógico pensar que era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo."

1.3 Retomando la historia:

Desde septiembre de 1981 hasta el 28 de julio de 1986, el menor fue depositado en la "Casa del Niño Dios", albergue de monjas. Allí aprendió el niño a caminar, se le dio la orientación propia de una niña, sin que mostrara curiosidad por el sexo, entre otras cosas porque a los infantes se los bañaba solos y se les cubría con una toalla para que nadie los observara. No obstante las rígidas reglas, a las religiosas les causaba extrañeza que el infante "tenía comportamientos de varón en la postura para la micción y en algunos juegos". La caridad cristiana fue la constante en este tiempo. Entre tanto, los padres hacían correr la voz de que el niño había muerto.

1.4 En julio de 1987 se tramita con gran rapidez un proceso de jurisdicción voluntaria que finaliza en septiembre con decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito autorizando cambiar el nombre N.N. del menor por el nombre femenino de X.X. Surge del expediente que este aspecto formal de respaldar el sexo en una partida notarial es lo central para algunos funcionarios judiciales y administrativos. Mientras para la familia lo fundamental era que en la fe de bautismo figurara como niña, lo lograron y en tal condición hizo la primera comunión.

1.5 Antes de tramitarse ese proceso judicial, el 6 de mayo de 1986, el I.C.B.F. abre historia integral al menor porque la hermana Emilia, directora de la Casa del Niño Dios, se presentó al

Centro Zonal debido a que la menor "X.X era varón y le fueron cercenados sus órganos genitales y requiere de tratamiento especial para que quede como una niña". La Defensora de Menores decreta la ubicación "de la menor" en un hogar sustituto en el barrio Manrique de Medellín, considerando que la menor X.X., requiere la continuación del proceso de remodelación de sus genitales, de conformidad con la evaluación realizada por un cirujano, adscrito al hospital San Juan de Dios de Antioquia, por ello, se hacía necesaria la ubicación del menor en la ciudad de Medellín, para ser intervenido quirúrgicamente y continuar su tratamiento. Así se escribió en la Resolución de 28 de julio de 1986 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pasa, entonces, del cuidado de las monjas al hogar sustituto. Pero antes de que se profiriera la Resolución, el I.C.B.F., el 4 de julio de 1986 busca para el menor una cita médica en el hospital San Vicente de Paúl en Medellín, se señala para el 10 de julio y el galeno conceptúa que "cuando se ubique en Medellín se iniciará el proceso quirúrgico de remodelación de sus órganos genitales". No obstante, el 23 de agosto de 1986 se deja constancia por el I.C.B.F. que "según el equipo médico del hospital infantil a la menor aún no se le puede hacer la operación, ya que hay que esperar a que llegue a la etapa de la adolescencia, pero está en la sicoterapia". Entre tanto, el hogar sustituto continúa cumpliendo su específica función: facilitar la disponibilidad del infante para la nueva operación.

1.6. El 7 de abril de 1987 se le practica una segunda operación, de remodelación de genitales externos femeninos y se dice por los médicos que adquirió un "fenotipo femenino". Según el Hospital, hubo "reasignación de género". Los médicos siempre sostuvieron que ésto era lo que había que hacer y resaltan que "En este proceso, jugó papel importante el I.C.B.F. al facilitarle todos los medios al menor para su ubicación en centros y hogares sustitutos, que le permitiera esa continuidad, autenticidad, y coherencia para su adaptación a su género (femenino)".

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hace la anotación de que los padres del niño dieron la autorización, pero, no hay nada por escrito diferente a lo que suscribieron en 1981; sólo aparece en 1987 una fotocopia borrosa que se refiere a si se autoriza o no la necropsia y si se autoriza o no la extracción de órganos para transplante. Al solicitársele al hospital que remitieran a la Corte Constitucional fotocopia de la autorización, enviaron la que los padres habían firmado el 1° de abril de 1981.

1.7. Ya se dijo que en 1987 el menor estaba bajo el cuidado de la familia sustituta. El I.C.B.F. había hecho entrega del menor el 4 de febrero de 1987 y "durante todo el tiempo requerido para tal proceso (operatorio)". Egresó el menor del hogar Sustituto y fue entregado nuevamente a sus padres biológicos, el 25 de septiembre de 1989.

Hay que decir que, el 15 de abril de 1987 después de la operación, el menor es dado de alta y el Hospital le efectúa esporádicos controles el 23 de abril de 1987, el 3 de diciembre de 1987, el 7 de julio de 1988, el 15 de diciembre de 1988, el 8 de octubre de 1990. La sicóloga que hoy lo atiende dice que ella encontró que el caso estaba "como archivado". Quienes lo operaron y luego sostienen alejados controles, curiosamente se extrañan del fracaso de la "identificación con el SEXO asignado".

El 7 de julio de 1988 se escribió en la historia clínica:

"Lo mejor es dejar crecer más a esta paciente y al rededor de la pubertad cuando se induzca su feminización hormonal se corrigen los defectos remanentes"

Y el 15 de diciembre de 1988 se consignó:

"la vagina está muy baja, esto se puede acercar a uretra, procedimiento que se realizará en edad mayor".

En octubre de 1986 se inicia el tratamiento médico-siquiátrico para acondicionar la conciencia del menor a fin de que se adaptara como mujer. Debe anotarse que comenzó a surgir rechazo de parte del menor.

Aparecen los sicólogos, una de ellas, muy importante en este caso, Lucila Amparo Céspedes, afirma:

"Le apliqué diferentes pruebas sicológicas en las que pudo observarse que tenía una identificación masculina". Y comienza a respetársele por ella y luego por los funcionarios del I.C.B.F. tal condición.

No tienen el mismo parecer los médicos quienes protestan por la posición de la sicóloga, defienden su proceder en la "reasignación del sexo".

El Director del hospital de Medellín, lamenta que:

"Todas las actividades desarrolladas por el Hospital Universitario San Vicente de Paúl y el I.C.B.F. tendientes a la obtención de la aceptación del nuevo género reasignado al menor, fallaron por razón del ambiente en que debió vivir el menor una vez fue reubicado en su familia ... la infortunada intervención de terceros hizo que este paciente perdiera todo el trabajo realizado, teniendo hoy una persona sin una identidad sexual".

En el mismo sentido se pronunció otro médico del hospital: "Creo que en este caso hubo una falla de la sociedad". "Fuerzas extrañas a la actividad médica (la sociedad, la familia y las instituciones donde fue educado) no consiguieron construir esa personalidad femenina". y pronostica las "dificultades tan grandes que le trae asumir el sexo masculino".

Hoy el menor tiene miedo de lo que pudieran continuar haciéndole los médicos. "A él le da temor de la anestesia o que le pueda pasar algo, pero él quiere tener su pene" (declaración de la sicóloga). La actitud del menor se traduce también en el rechazo a los medicamentos, aunque hay que anotar que son los médicos del hospital quienes consideran que no se le deben aplicar hormonas masculinas.

La hipótesis que manejan los galenos, es esta:

*"Hubiera funcionado mucho mejor como mujer" **"La alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino".** Dentro de este criterio, lo lógico era que se lo vistiera de mujer y asumiera comportamientos de tal, incluso cuando el menor llegó a la pubertad se le suministró medicamentos que le permitirían formar pectorales femeninos.*

Y, como teoría, el Director del hospital dice:

"La fuerzas Biológicas: En los mamíferos el estado de base es femenino, y el sexo masculino sólo se produce si se sobreañade la acción androgénica siendo muy probable que los andrógenos sean necesarios para cada especie, con el fin de que el cerebro se organice en la dirección de la masculinidad, es decir, se configura la conducta masculina.

"Pero de la observación se ha concluido que en la medida en que se asciende en la escala zoológica, la regla general de conducta consiste en una mayor flexibilidad de respuesta ante los estímulos ambientales, y no hay ninguna especie diferente a los humanos que infrinja tan a menudo las reglas en virtud de la cual la masculinidad es propia del varón y la femenidad ligada a la hembra. Así las cosas, las fuerzas ambientales contribuyen en grado sumo al desarrollo de la masculinidad y la femineidad.

"En la consolidación de la identidad genérica se plantea el concepto de la identidad genérica nuclear que sirve de base para el proceso de identificación y que se desarrolla en los primeros 18 meses de vida del niño,..... éste como un período crítico para las decisiones con respecto a la reasignación de géneros posteriores a esa edad, crean muchos problemas en el joven al cual se le práctica, excepto en las cirugías de trans-sexuales que tienen un comportamiento diferente a su género y a su sexo dado por los órganos genitales externos.

Ubica el género dentro de un espacio sociológico:

"En resumen, la identidad genérica puede definirse entonces como el sentido de masculinidad o femineidad que tiene un individuo, la convicción de que pertenece al sexo masculino o femenino. Se trata de un estado sociológico de una parte de identidad personal que no es exactamente sinónimo de pertenecer a un sexo determinado sino que, además, incluirá la convicción de esta pertenencia y en los casos de equivocaciones, en la asignación de sexo, la identidad genérica depende más del sexo asignado que el estado biológico real.

"Todos los autores consideran que el desarrollo de la identidad sexual está relacionada con la posibilidad de los poderes para adoptar el sexo asignado con continuidad, autenticidad, coherencia y adaptación a las necesidades del niño; por esta razón la recomendación que obra en la historia clínica dada por el doctor Bernardo Ochoa A. es la de aceptación por parte de la familia y nueva ubicación de la familia si fuere necesario".

Así piensan los médicos del Hospital San Vicente de Paúl en Medellín.

1.8. Con el paso del tiempo, la naturaleza del menor comenzó a rebelarse contra los "roles" que le habían impuesto los tratamientos médicos, así narra el niño esa situación:

"A mi me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer, pero uno grande ya tiene mas pensamiento y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació."

El maestro cuenta que el menor le decía:

"Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que me iban a hacer y hasta poder escoger, pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno".

El menor se rebeló y exigió el cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar las pastillas para aumentar los senos, propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros, aspecto que de acuerdo con los últimos conceptos psicológicos allegados al expediente, permitió el cambio de actitud del menor, "era menos agresivo, se relacionaba con los otros niños, quería jugar con ellos, incluso era el portero del equipo de fútbol...", por cuanto según una funcionaria del I.C.B.F. el niño "tiene una identidad sexual masculina definida".

Es en este momento cuando el menor se presenta ante el Personero. "Yo estuve donde él porque me llevaron de Bienestar para allá y conversé con él" y agrega el menor: "el me dijo a mí que si usted quiere ser hombre vamos a ver si de pronto podemos" y se presentó la tutela.

2. Fallo inicial de primera instancia (anulado posteriormente)

Presentada la acción ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, se profirió sentencia el 24 de febrero de 1995, habiendo prosperado la tutela. Por tal razón se ordenó que el Hospital conformara un grupo interdisciplinario que buscara implantar un pene al menor si fuere posible, se determinó expedir copias para que la Fiscalía investigara si hubo o no ilícito penal y se ordenó la corrección del registro civil y la atención sicológica por parte del I.C.B.F.

El grupo se conformó, la partida se cambió y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acudió a una figura: El hogar sustituto especial biológico, o sea, mantener al menor bajo la custodia de su familia biológica y para no desamparar al niño se lo subsidia con una mensualidad para alimentación, transporte al hospital de Medellín, gastos médicos y alguna ropa.

3. Declaratoria de nulidad

Habiendo sido seleccionado el expediente para su revisión en la Corte Constitucional, la Sala Séptima advirtió que en la primera instancia se había llegado al fallo sin que las Entidades Oficiales (I.C.B.F., Juzgado que ordenó el cambio de sexo, Notario que corrigió la partida) se hubieran al menos informado de la existencia de la tutela, como tampoco se notificó a los particulares contra quienes también se dirigía (el médico que practicó la operación, el hospital y los padres del menor). Por esta razón, siguiéndose el criterio adoptado en casos similares se procedió a declarar la nulidad de lo actuado.

Dijo la Sala, en Auto de 20 de abril de 1995:

El procedimiento de tutela tiene como característica fundamental y esencial la de ser un procedimiento especial y breve que garantiza la protección ágil y cierta de derechos y libertades que la Constitución Política le reconoce a todas las personas. Procedimiento éste que debe regirse bajo principios expresamente consagrados en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, como el de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y **publicidad.** Esto quiere de-

cir que el juez de tutela so pretexto de decidir una solicitud de protección de derechos fundamentales a través de un procedimiento que tiene un carácter sumario e informal, no puede atentar contra derechos que también son amparados por la Constitución.

Como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una tutela se dirige contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión. Ha dicho la Corte Constitucional:

"Cuando la tutela es contra particulares hay que hacerles saber a los acusados que el proceso contra ellos se ha iniciado. No se puede argumentar que como en la acción de tutela no es indispensable que haya auto avocando el conocimiento, entonces no hay nada para notificar. Hay que acudir a cualquier medio expedito, esto hace parte del principio de la publicidad. Y, si no se hacen las diligencias para la notificación, se viola el principio de derecho de defensa."[1]

Debe hacerse claridad que la acción del juez no está encaminada a exigírsele un resultado a través de la notificación, debido a que *su obligación es de medio,* esto quiere decir que cuando no puede notificarse personalmente pese a que se acude a un medio expedito y eficaz, se continuará la tramitación, así lo explicó la Sala Primera de Revisión, trátese o no de tutela contra particulares:

"La Sala considera pertinente descartar que si tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso."[2]

4. Nuevo fallo de primera instancia

Subsanados las irregularidades anotadas, recepcionadas algunas declaraciones y aportada prueba documental importante, se profirió sentencia el 23 de mayo de 1995, por el Tribunal de Antioquia, siendo esta providencia el objeto de la presente revisión.

---

1 Auto de abril 15 de 1994. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-27441.

2 Auto Septiembre 14 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía. Expediente

Principia el fallo por resaltar, en forma categórica, *pero en abstracto*, la defensa de los derechos del menor; dice que se debe respetar la dignidad de las personas, quienes no pueden ser objeto de trato degradante; explica el concepto de autonomía y defiende el libre desarrollo de la personalidad; agrega un extenso estudio sobre la personalidad jurídica y su derecho a tener una identidad; explica cuáles son los derechos del paciente frente a las intervenciones quirúrgicas; hace varias citas de tratadistas, entre ellas una que dice que es irrelevante e ineficaz la autorización en varios casos como la eutanasia, el aborto, la modificación de sexo, y otra que dice que en el mundo sólo hay 5 ordenamientos jurídicos que permiten "después de cumplir muchos requisitos la adecuación sexual", y remata con un capítulo sobre "El médico y el respeto a la dignidad humana" de la cual se deduce que el cuerpo humano no puede estar sometido a vejámenes y si el médico lo hace viola el juramento Hipocrático, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Etica Médica.

Tan juicioso estudio, que parecía indicar que prosperaría la tutela, termina concretamente en una resolución que la DENIEGA.

Denegar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es no conceder lo que se pide o solicita.

Para llegar a tal negativa, el Tribunal hace este juicio de valor:

" ... concluye la Sala que por el contrario, el Hospital actuó con suma diligencia y cuidado y puso a disposición del menor todos los recursos técnicos y humanos de que disponía en ese momento para darle a su caso la mejor solución, o la menos gravosa que a la sazón la medicina le podía brindar. Se dice lo anterior, porque no se le podían reimplantar los órganos genitales masculinos que le habían sido cercenados al menor. De haber seguido indefinidamente sin ninguna clase de órganos, se le hubieran presentado las dificultades a que hizo alusión el cirujano Ochoa Arismendi. Tampoco se podía esperar hasta la edad de la pubertad para la operación de readecuación de sexo que se le hizo a los siete años, por los traumas que el mismo cirujano narró en su declaración. En síntesis, el proceso menos traumático para el desarrollo de la personalidad e identidad futura del menor fue el que se inició en el año novecientos ochenta y uno, y que a la postre fracasó, por razones no propiamente atribuibles al Hospital San Vicente de Paúl de esta ciudad, que no es del caso traer a colación.

Por lo demás, el procedimiento utilizado en el caso del menor no fue precipitado, sino que por el contrario, se llevó a efecto con todo rigor científico que requería, que desde luego, estaba supeditado al éxito o al fracaso según circunstancias externas que se presentaran.

Como colofón de lo que se ha venido exponiendo, concluye la Sala que la acción de tutela no procede contra el Hospital San Vicente de Paúl, ni contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues con su actuación no violaron los derechos fundamentales del menor, sino que por el contrario, estas entidades procuraron su bienestar, tanto físico como sicológico."

También exonera de toda responsabilidad a los padres porque:

"Al llegar al Hospital de San Vicente de Paúl se encontraron ante un diagnóstico o recomendación de un grupo interdisciplinario de esta institución, según el cual, lo más adecuado científicamente para el desarrollo futuro de la vida del menor, era la readecuación del sexo. Situados en esta encrucijada, no sólo estas (ignorantes y de bajo estrato social), sino cualquier persona, de cualquier nivel social y cultural hubiera pensado en forma similar, pues se trataba de escoger lo menos perjudicial para el desarrollo íntegro de la vida del menor hacia un futuro y se contaba con un respaldo científico"

Paradójicamente, aunque la tutela no prosperó se ordenó la corrección de la partida de nacimiento, registrándose al menor como varón y se solicitó al Hospital Universitario de San Vicente de Paúl que conformará un grupo interdisciplinario con el fin de que estudie y desarrolle un tratamiento tendiente a obtener lo que pretende el menor porque:

"Se considera que la sociedad, a través del Hospital, debe seguir prestando la asistencia que requiere el menor".

Esta es la curiosa situación: se le pide a los médicos de un Hospital y en quienes el menor no confía, que hagan todo lo contrario de lo que aquellos científicamente sostienen y ello con base en una sentencia que negó las pretensiones del menor porque el fallador creyó que los médicos habían hecho lo mejor, es decir, lo que el menor precisamente rechaza.

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Consideró la Sala Séptima de Revisión, mediante auto de 8 de agosto de 1995, que por la trascendencia humana de este caso, los Magistrados integrantes de la Sala de Revisión y el magistrado Auxiliar, se trasladaran al Municipio donde habita el menor para apreciar el contorno social y escuchar al niño y a las personas más cercanas a él. También se creyó necesario contar con opiniones de médicos, sexólogos y de la sicóloga.

5.1 Diligencias practicadas en el Municipio donde vive el menor

En el municipio donde habita el menor y su familia, los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Revisión de tutelas, observaron y escucharon las versiones que consideraron pertinentes para mejor proveer dentro de la tutela del menor N.N. En el acta respectiva se hicieron estas apreciaciones:

El contorno social dentro del cual se ha desarrollado la vida del menor se puede describir así: dentro del casco urbano, transcurrieron seis años del menor en un albergue regentado por monjas, caracterizado por espíritu de caridad; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar critica la escasa atención al mantenimiento de la unidad familiar de los niños que allí se atienden. En los últimos años el menor ha vivido en el campo, pero ha acudido regularmente a las instalaciones del I.C.B.F., en el casco urbano, porque ahí se le brinda la confianza debida y se le presta una colaboración económica a la familia (aproximadamente $70.000.oo mensuales) dentro de un programa calificado como "hogar sustituto especial". Hoy el ambiente en general es de respeto

hacia el menor, cuyo problema es conocido de todos. En los años que ha vivido el menor en su vereda, primero lo hizo en la casa de sus padres, ahora donde un hermano, en una pequeña pieza de adobe que solamente tiene la cama y una radio prestada; el menor ve con buenos ojos su habitación por ser expresión de su independencia. Tanto la casa paterna como las de los hermanos del menor se hallan muy cercanas, dentro de un predio rural de aproximadamente diez fanegadas, en ladera, con escasos siembros de café y maíz, predio que al parecer pertenece al padre y la abuela del menor.

Se trata de una región subdesarrollada, sin mayores fuentes de trabajo;en ella es notorio el maltrato a los niños. Sólo ahora tiene una vía de penetración en construcción que llega a la escuela, donde el menor no ha pasado del primer año, no obstante ser inteligente. En los últimos meses ha sido costumbre del menor no asistir a clases. Se trata igualmente de una región no alejada de zonas de conflicto. Para trasladarse al casco urbano hay un precario sistema de transporte, en terreno quebrado proclive a los derrumbes, y para llegar a la casa donde vive el menor, hay que transitar, además, un trayecto a pie.

Los comisionados conversaron extensamente con el menor y pudieron observar con atención su personalidad y situación actual. Se trata de un adolescente con presencia , ademanes y voz de hombre, lógico en sus respuestas, que rechaza los tratos que se le han dado como mujer, insiste en alejarse del medio donde conocen su problema, le tiene temor a que continúen los médicos con el tratamiento de readecuación de sexo, dice tener amigas, aspira ser profesor, en cierta forma critica a sus padres pero no desea perder el contacto con ellos, aunque expresa que le han hecho pasar hambre y en ocasiones ha sido objeto de maltrato físico.

La madre presenta problemas de comunicación y parece estar afectada de mudez temporal; tiene temperamento fuerte; trajo por escrito un reclamo por haber inconvenientes en la entrega del dinero que les da el I.C.B.F.; aparentemente este es el punto que más la preocupa. El padre no se expresa correctamente, siendo difícil entender lo que dice. Tanto él como ella admiten que su hijo es un hombre.

Los maestros veredales expresan que la permanente conducta del menor se orienta a afirmar su hombría a través de agresividad cuando se lo trata como mujer, hostilidad al medio, expresiones de venganza y anhelos de solucionar pronto, así sea parcialmente, el trauma sufrido. Cuentan que el menor repite: "ya me dañaron".

La sicóloga formuló apreciaciones muy completas. Principia afirmando que sólo la lógica humana del menor le ha permitido sobrevivir frente al trauma. Dice que el menor maneja mucho temor y prevención, tiene deseo de venganza pero sueña con tener casa y familia, aunque lo domina el sentimiento de soledad; siempre ha confiado en que le pueden implantar un órgano masculino. No se trata de un caso de hermafroditismo, por el contrario, se reafirma su condición masculina y podría aprender a vivir con la amputación; esto último se dificulta en el medio en el cual vive, porque ha sido objeto de curiosidad y la familia del menor es "disfunsional". Por años (cuando el menor estuvo donde las monjas y en Medellín) los padres decían que el niño había muerto y el nombre de mujer que se le dio lo escogió una enfermera. Objeta el tratamiento dado por los médicos, se alarma porque los médicos piensan que "les dañaron el experimento" y, llama la atención ante el peligro de que se esté atendiendo psíquiátricamente al menor para tratar de rescatar el tratamiento que ellos iniciaron. Agrega que han hecho operaciones médicas con otros niños en parecido sentido, "no se sabe cómo están esas personas".

Igualmente es de tener en cuenta que en la Notaría Unica de la localidad se modificó el registro civil de nacimiento, primero se registro como de sexo masculino, luego como de sexo femenino por orden judicial, y, últimamente, por fallo de tutela, volvió al registro original, como varón.

Similar situación ocurrió respecto al libro de bautismos llevado en la parroquia: el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como hombre y figura así en la partida, pero en 1987 aparece en la partida que el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como si fuera de sexo femenino, con nombre de mujer.

5.2 Criterios científicos

5.2.1. De la Academia de Medicina, en lo que tiene que ver con la solución a la mutilación que sufrió el niño.

"La pérdida del pene en cualquier momento de la vida tiene consecuencias devastadoras. Aún los niños más pequeños saben que ya no son normales y tendrán miedo acerca de su futuro. En el adulto, la pérdida de actividad sexual puede tener consecuencias catastróficas. En los últimos 15 años se ha producido un gran cambio en la reconstrucción del pene a partir de las técnicas antiguas de Gillies y de Borgoraz "de un tubo dentro de un tubo", pasando por el uso de colgajos musculocutáneos, colgajos de ingle y del área genital hasta las transferencias de colgajos con técnicas microvasculares y con la posibilidad de efectuar la anastomosis nerviosa del nervio sensitivo del colgajo al nervio pudendo, siendo posible asi reconstruir el pene y mantener su sensibilidad.

"El uso de un pigmento tatuado, implantado en la porción distal del pene, para simular el color normal del glande ha sido de utilidad en algunos casos. La apariencia estética del pene es importante para el paciente y el uso de un colgajo de antebrazo ha permitido resultados finales aceptables.

La fistula uretral y las estenosis parecen ser las complicaciones más frecuentes que ocurren en la reconstrucción del pene.

El sitio del antebrazo que se utiliza para el colgajo es aún un problema desde el punto de vista estético: Muchos pacientes aceptan fácilmente esta deformidad pero se les debe mostrar fotografías de otros pacientes sometidos a este procedimiento, para que conozcan en el preoperatorio la cicatriz que presentará. La búsqueda de un mejor neopene o pseudopene continúa, pero se ha hecho un gran progreso hasta el presente, y este procedimiento en un solo tiempo quirúrgico con resultados predecibles puede ser ofrecido con garantía al paciente cooperador.

El neopene debe tener sensibilidad tanto táctil como erógena y un volumen suficiente para tolerar la inserción de un endurecedor protético. Debe crearse una neouretra adecuada y competente que permita la evacuación de pie. La apariencia estética del neopene no es perfecta, pero sí bastante aceptable. Los avances en la recostrucción del pene han cambiado la idea de la asignación en los casos de sexo indeterminado al

nacimiento o de traumatismo en pacientes de corta edad. En el pasado, a los hombres que sufrían la pérdida del pene por trauma y a los pacientes cuyo sexo no estaba definido científicamente o no era determinable, era fácil recomendarles que se convirtieran en mujer . Con los nuevos resultados de la reconstrucción de pene en la actualidad , estas decisiones deben evaluarse en profundidad debido que es posible construír un neopene adecuado para estos pacientes".

5.2.2. Del sexólogo Alonso Acuña Cañas.

Está en contraposición con la anterior opinión de la Academia de Medicina:

"La hormonas tenidas como prototípicas de uno de los dos sexos, han resultado ser determinantes -tal como se ha venido a conocer en la última década- en ambos sexos. Tal sucede con la TESTOSTERONA que se ha tenido siempre como patrimonio del sexo masculino y determinante de todas sus conductas. Pues sucede que esto no es así. Por ejemplo, la testosterona influye en el deseo sexual POR IGUAL en hombre y en mujeres, y aunque el hombre tenga tasas 12 veces superiores en cantidad a las de la mujer, sin embargo no por ello se podría afirmar que todos los hombres tengan el deseo sexual docenas de veces más intenso que las mujeres pues esto no correspondería a la realidad. Un ejemplo de muchos que indica la relatividad de los hechos científicos que no por ciertos son exactos.

"Los homosexuales hombres, son individuos que tienen sexo cromosómico XY, sexo morfológico y gonadal masculino y sin embargo muchas de sus conductas y comportamientos son francamente afeminados. Entonces cabe preguntar por qué si estos individuos tienen impregnación testosterónica en su cuerpo y en su cerebro, tienen cromosomas masculinos XY y tienen sexo gonadal y morfológico masculino, sin embargo sus comportamientos son los relativos al sexo femenino? Ni la genética, ni la biología, ni la neurología han podido aún contestar con exactitud esta pregunta, y sólo la sociología trata de demostrarse como válida al proponer la enorme influencia de la crianza.

"La experiencia en transexualismo ha mostrado que tratamientos quirúrgicos y hormonales y psicoterapéuticos pueden conseguir resultados biológicos, psicológicos y sexuales, de tal manera que la estructuración biológica no es ineluctablemente determinante en los comportamientos psicosexuales de las personas de tal manera que no puede desconocerse la influencia del factor social. Transexuales y homosexuales tienen sexos cromosómicos definidos, así como gonadales, y sin embargo sus comportamientos psicosexuales no están acordes a estas características.

"En ausencia de testículos, la función endocrina (hormonal) se puede reemplazar, pero la reproductiva es imposible. La construcción de un pene morfológico y fisiológico es un imposible técnico. Nadie lo ha logrado en la historia de la cirugía urológica ni plástica. En veces, remedos ridículos antiestéticos y antifuncionales altamente frustrantes han sido presentados en casos esporádicos luego de cirugías respectivas y engorrosas con los más pobres resultados estéticos, y mínimos o ningunos funcionales erectivos y/o miccionales...

"En la identificación masculina existe el fenómeno denominado "imprinting" que en su mejor traducción sería la de impregnación y/o imprimación. En la parte referente a la relación de la testosterona y el imprinting, aún no se sabe con plena exactitud el momento preciso y exacto en que esto se efectúa. Hasta el momento lo que distinguidos especialistas de fama mundial han determinado y tenido como verdad para sus actuaciones quirúrgicas en los caso de intersexo para definir el sexo más apropiado, han estimado que la mejor época para llevar a cabo las operaciones para asignar el sexo morfológico definitivo es la anterior a los 18 meses de edad, pues según estos expertos, el imprinting testosterónico que determina la masculinidad se efectúa luego de esta edad. Y relatan los mejores resultados ulteriores cuando estas operaciones se han efectuado antes de estas edades, lo cual les sirve como un argumento mas a sus aseveraciones al respecto. El endocrinólogo sexólogo doctor John Money preconizó - secundado por muchos autores de fama como los cirujanos urólogos y pediatras Panayotis Kelalis, Lolwel L. King y Barry Belman- que el "cambio de sexo" en los estados intersexuales debe hacerse antes de los 18 meses de edad para que se pueda anticipar un buen resultado...

"En el caso que nos ocupa, y con los conocimientos y tendencias de las escuelas quirúrgicas especializadas en vigilancia, este niño fué castrado y emasculado por un animal a los 6 meses, cuando por tanto venía a ser valida a la luz de los conocimientos actuales la conducta quirúrgica asumida. Conducta que la inmensa mayoría -si no todos- los cirujanos urólogos pediatras y cirujanos pediatras, prefieren asumir al sexo femenino, ya que es bien sabido que quirúrgicamente es inmensamente más viable construir una vulva y vagina funcionales que un pene antiestético y antifuncional.

5.2.3 Otros aspectos:

El cirujano plástico Felipe Caiffman considera que sí es posible reconstruir un órgano parecido al pene, sin que ello ocasione secuelas colaterales. Y se adjuntó al expediente un informe científico donde se dice que en Cuba se han efectuado 99 implantes de pene con resultados positivos.

5.2.4. De la sicóloga Lucila Amparo Céspedes

"Se inició nuevamente un proceso de evaluación donde se le aplicaron pruebas psicológicas tales como Test de la figura humana (Machover), Test de la familia, Test Proyectivo (Test de Apercepción Temática, T.A.T.). Bender Clínico (Test de Inteligencia), dibujo libre, y entrevistas clínicas donde se encontró y pudo comprobarse que N.N. se identificaba con el rol masculino, a pesar de lo que el medio externo le imponía. En las pruebas apreciaron frases como "el está triste porque le cortaron un brazo y lo quieren convertir en mujer y quiere ser un hombre como lo que fue desde que nació". "Este es mi hijo menor, el mayor y, mi mujer aquí vamos pa la casa". "Este soy yo N.N". (Nombre de varón).

"Además pudo observarse que el paciente tiene una capacidad intelectual superior que le ha permitido aprender, razonar y entender su historia personal y tomar decisiones respecto a él mismo y a su vida. Así como sobrevivir al maltrato recibido y a lo que el medio le ha impuesto...

"Después del diagnóstico correspondiente, el trabajo psicológico ha estado dirigido a que N.N afirme la identidad masculina que asume en todos los roles que desempeña y que siempre manifiesta y desea tener "Yo quiero ser un hombre, si uno hubiera sido mujer cuando nació, como mujer se comportaría, pero yo nací hombre". "Cuando yo era chiquito me daba miedo hablar y decir lo que pensaba, pero ahora que soy grande y pienso: Yo quiero ser hombre". "Uno ya puede decidir, cuando uno es chiquito los otros deciden por uno, es muy duro estar así sin "eso" pero "Yo soy un hombre y qué puedo hacer".

"El paciente siempre se ha referido a la operación que le van a hacer con temor e incertidumbre de que le pueda pasar algo con la anestesia, esperando que le van a "poner eso", también es consciente de que "Yo no puedo tener hijos, pero me puedo casar y adoptarlos, no se si una mujer me quiera así, pero yo quiero casarme".

6. Decisión de reserva

La Sala de Revisión determinó que, con la finalidad de proteger la intimidad del menor no se podrá citar, ni en este fallo ni por quien desee hacer referencia a él, el nombre del menor, ni de sus padres, ni del municipio donde viven. Por lo tanto, los informadores a la opinión pública y quienes aspiren efectuar investigaciones científicas al respecto (jurídicas, médicas, sicológicas, fisiológicas, sociológicas o de cualquier otra índole) deberán respetar la reserva durante la vida de la persona cuya situación se analiza en este fallo, salvo que aquella, al llegar a la mayor edad lo autorice expresamente.

Es de resaltar que esta medida surge de la protección a la intimidad y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

CAPITULO II
ASPECTOS JURIDICOS

7. 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 Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 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.

8. Temas jurídicos

El gran interrogante para absolver en esta tutela es:

¿Fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del menor, a la luz de los artículos 20 de la anterior Constitución, artículo 6° de la actual y, en el caso concreto de los particulares, del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991?

Para responder tal pregunta es necesario analizar diferentes aspectos jurídicos:

En primer término, y en lo que tiene que ver con la "readecuación de sexo" o más propiamente "transformación de órganos sexuales"[3] se estudiará lo concerniente al debido y personal consentimiento que debe dar el paciente a los tratamientos siquiátricos y quirúrgicos, salvo las situaciones de urgencia que pongan en peligro la vida. Luego, se analizará la situación concreta del menor, especialmente en lo referente a la autorización que los padres dieron sobre readecuación de sexo. A continuación cabe preguntar: ¿es permitido o no que alguien diferente al paciente autorizara la mutación?. Viene entonces otro interrogante: ¿Los hechos que motivaron esta acción constituyen violación al derecho a la identidad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad?.

Se concluirá, para darle piso a algunas de las órdenes que se darán, que la solidaridad es expresión del Estado Social de Derecho que conlleva búsqueda de soluciones para este caso particularmente, que el Estado dará a través de la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo ello enmarcado dentro de las características de la tutela: la eficacia de las órdenes y la protección a los indefensos.

A. CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

9. Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION[4] es una prestación de servicios[5] que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional "paternalista" del médico, mientras que la doctrina anglonorteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como ***cualidades primarias*** las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son.Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentiment eclaire" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.

---

3 En la medida que genéticamente se continúa teniendo el género original.

4 La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.

5 Para el profesor José Alejandro Bonivento, "Los Principales Contratos Civiles", pág 448, esta forma de prestación de servicios profesionales está colocado dentro de lo estatuido en el artículo 2144 C.C. y es mandato.

En el ordenamiento constitucional colombiano, el primitivo concepto que reconocía el "respeto de los derechos naturales" (art. 19 de la Constitución de 1886) fue suprimido por el Constituyente de 1936 (art. 9°, convertido luego en artículo 16), no obstante en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1886 se determina que los poderes públicos están constituídos para asegurar los valores materiales de la justicia, libertad y la paz, concepto que fue adoptado como principio fundante en la Constitución Política de 1991.

10. El proceso volitivo

En el terreno jurídico la problemática del consentimiento entre el médico y el paciente no ofrece dificultad alguna en las actitudes cotidianas del acercamiento del enfermo hacia quien hará la curación. Hay en estos eventos un consentimiento rápido e implícito que permite la actuación del médico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe prevenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

En esta situación especial entran en juego todos los elementos del proceso volitivo, el móvil determinante del servicio requerido y hay que tener en cuenta también las situaciones que enturbian o excluyen el consentimiento.

Aunque el tema del consentimiento en la relación médico-paciente había sido especialmente estudiada por los tratadistas de Derecho penal, ahora habrá que darle una dimensión constitucional, porque están de por medio derechos fundamentales.

En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el *policitante* recibe la aceptación del *policitado* puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORIA DE LA INFORMACION).

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aun con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro. Este criterio *fue revisado a fondo* y hoy se acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no sólo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no esta viciado. Jean Penneau dice que sólo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico[6].

---

[6] JEAN PENNEAU, la responsabilidad medicale, p. 68.

11. El consentimiento informado

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

"Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de 'informed consent' en U.S.A. y de 'consentement eclairé' en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito"[7]

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

12. La urgencia en el tratamiento

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del Decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la Ley 23 del mismo año) establece:

"Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico".

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la

---

7 Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE. Conferencia.

realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo "integridad de la persona", esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean.

En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la "meatotomía" practicada un mes y diez días después de la mutilación, y, la segunda, de "readecuación de sexo", seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa "autorización" de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar. Jurídicamente habrá, entonces, que entrar a estudiar lo que firmaron unos padres de escasa cultura y semianalfabetos: que autorizaban "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo".

B. CONSENTIMIENTO DE TRATAMIENTO MEDICO EN EL CASO DE MENORES

13. No pueden los médicos practicar la readecuación de sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante.

Dice el Código Civil.

Artículo 34.- "Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber..."

N.N. nació en septiembre de 1980, se le practicó la primera operación a los seis meses, la segunda a los seis años y medio, en ambos casos era un infante.

Ya se dijo que etimológicamente no era dable calificar de urgente la operación. Sin embargo, los médicos opinan que tratándose de readecuación de sexo la mejor época es la anterior a los 18 meses de edad. Sea lo que fuere, la pregunta es: ¿Podían los padres autorizar ese tratamiento que se dice era conveniente hacerlo antes de que el niño cumpliera los 18 meses de edad?

El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos[8] . Sin embargo, este principio -que tiene fundamento en la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 1° y 16)- puede entrar en colisión con otros

---

[8] Ver sentencias T-548/92. MP Ciro Angarita Barón; T493/93 MP Antonio Barrera Carbonell; T-401/94 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

principios constitucionales igualmente importantes, que son relevantes en el caso *sub iudice*, como es la protección que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (CP art. 44). En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiendo "paternalismo" en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como "la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada"[9].

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, "la autonomía de los padres no es la de los hijos", por lo cual la patria potestad "debe estar dirigida a la *formación* en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea *ejercida* de una u otra manera"[10]. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos[11]. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

---

9 Gerald Dwoekin. "El paternalismo"

10 Carlos Santiago Nino. "La autonomía constitucional" en *Cuadernos y Debates*. No 37. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p 67.

11 Ver sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

- De un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal"[12]. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base "en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)"[13].

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. En este caso, la medida deja de ser "paternalista" para convertirse en lo que la filósofía ética denomina "perfeccionismo", esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts. 1°, 5 y 16).

Como es obvio, entre estos extremos, encontramos múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente

---

12 Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

13 Gerald Dworkin. Op-cit, p 156.

decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo.

La respuesta categórica es: NO es posible la "readecuación de sexo," sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

13.1. Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte "la presencia en mi" (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la **IDENTIDAD** de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aun de "género" (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del "género" que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo "menos malo". En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

13.2. En el mismo Derecho Romano donde los infantes eran "alieni juris" y era tan arraigado el concepto de PATRIA POTESTAD, se valoraba el consentimiento del infante para hacer su condición mejor (major infantia). Ante la situación en la cual se encuentra el menor N.N. sólo él, hoy como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue el destino trágico en que fuerzas extrañas lo ubicaron. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELO y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre. No hubo, era culturalmente difícil que la hubiera, una visión lúcida de los padres para comprender que ellos no podían autorizar la renuncia a una identidad sexual de su hijo. Y al hacerlo propiciaron ese optimismo trágico de los médicos que significó en últimas la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.

13.3. Otro importante punto es el de saber hasta cuándo se proyectaba en el tiempo la inconstitucional y desdichada "autorización de los padres", porque ocurre que los médicos dicen haber efectuado la segunda operación en 1987 con el respaldo de la "autorización" dada en 1981 antes de primera operación. Hay que recordar que el menor fue retirado de sus padres y puesto bajo el cuidado de un hogar sustituto con el propósito deliberado de facilitar el experimento de la readecuación de sexo efectuada en 1987. Hubo con esta actuación un abuso de la modalidad del "Hogar Sustituto"; se esquivó así la obligación que tenían los padres de retractarse, se prolongó más allá de lo razonable tan peregrina "autorización" y con un simple papel se contribuyó a desfigurar la identidad de un ser humano, se le impuso una determinación que violaba su dignidad y se soslayó una edad en la vida donde ya es posible tener algunos elementos serios de discernimiento[14]. Entonces, hacer valer la "autorización" de 1981 seis años después demuestra más una sospechosa disculpa que un consentimiento jurídicamente serio.

13.4. Además, el paso del tiempo permitía que libremente se escogieran el médico y los siquiatras que de todas maneras requería el menor, puesto que éste no estaba eternamente ligado a la asistencia profesional de los especialistas del hospital San Vicente de Paúl de Medellín. Este derecho también fue conculcado. Como el tratamiento efectuado en 1987 ocurrió bajo la vigencia de la anterior Constitución, viene al caso recordar la sentencia del 19 de octubre de 1984 que declaró inexequibles los artículos 27 y 30 de la Ley 23 de 1981 que dictó normas en materia de ética médica[15]. Dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena:

> *"Esta disposición (el artículo 30 de la Ley 23/81) cuyo propósito de evitar la competencia desleal y los conflictos entre colegas es claro, no tiene tampoco, sin embargo, fundamento constitucional, pues en aras de esas metas, aunque deseables, pone en peligro la salud y la vida misma del paciente y* ***el derecho constitucional que éste tiene a una y otra****. La misma ley, en efecto, garantiza al enfermo el derecho de escoger su médico y de procurase la asistencia profesional a su voluntad, pues el artículo 4° prescribe que 'la asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente' y el artículo 8° ordena que 'el médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios' nada de lo cual podría cumplirse a cabalidad si no pudiese el que sufre obtener opiniones divergentes". (Negrillas propias).*

Salta a la vista el desconocimiento de la libertad del paciente y aún de sus padres en este y otros temas que es necesario ver frente al ordenamiento constitucional integrado con la citada ley 23 de 1981, para concluir que el fallo que se revisa debe ser sustancialmente cambiado.

14. Derechos fundamentales violados

Se desarrollarán dentro de este acápite aspectos constitucionales que respondan a las inquietudes que arroja el caso que motiva esta tutela. En primer término, se planteará si hubo o no violación al derecho a la IDENTIDAD, específicamente en lo que tiene que ver con el sexo. Si hubo o no violación a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad.

---

[14] "El querer me pertenece" decía San Pablo. Se hace esta cita porque cuando se efectuó la operación en 1987, el Estado reconocía a la religión católica como la de la Nación.

[15] Magistrados Ponentes: Jaime Sanín Greffeinstein y Jairo Duque Pérez

Este caso plantea por otro aspecto, complejas situaciones objetivas derivadas del tiempo. Por un lado, está lo efectuado en la década pasada cuando la actitud de los médicos, del I.C.B.F., de los funcionarios judiciales, de las religiosas de la caridad, de la comunidad y aun de los mismos padres se orientaron para darle al menor un trato de mujer; aunque esto ocurrió antes de la Constitución de 1991 cuando no existía la acción de tutela, los efectos de la "readecuación de sexo" continúan proyectándose a través del tiempo. El otro aspecto se patentiza en la presente década cuando la naturaleza del menor se rebela y lucha por su identidad masculina y hay que decir que en esta etapa el menor principia a contar con la aceptación de la comunidad y de sus padres (con las limitaciones obvias del subdesarrollo tan marcado de esa remota región campesina), de los funcionarios judiciales (en cuanto a la identidad jurídica) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.- en lo referente al trato sicológico como hombre. Sólo los médicos que trataron a N.N. se mantienen hoy en su posición de creer como lo más adecuado que sea mujer. Todas estas conductas hay que examinarlas a la luz de la Constitución Política de la República de Colombia porque se trata de una acción de tutela donde hay que cotejar los hechos frente a los derechos y deberes fundamentales.

C- DERECHO A LA IDENTIDAD, A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

15. El derecho a la identidad

A continuación de modo singular se aborda el tema del derecho a la identidad, como manifestación del derecho a la dignidad inherente a toda persona humana y que cobra su mayor relevancia en el caso concreto, toda vez que el derecho vulnerado hace parte también de derechos garantizados por los pactos internacionales, desde antes de la Constitución de 1991.

Son derechos fundamentales "que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados".[16]

15.1. La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: "La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes". Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza.

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Sólo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad[17]. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno.

---

[16] Ver Truyol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, 1984, pág 11.

[17] Ver, Ilva Myriam Hoyos, El Concepto de persona y los derechos humanos Universidad de la Sabana, 1991, Pág 128.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Son todos estos "Derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana".[18]

Es de aclarar que la conclusión de Bidart Campos al hablar de derechos inherentes a la naturaleza humana está fundamentada en el artículo 33 de la Constitución Argentina y en el artículo 29 literal c) del Pacto de San José de Costa Rica, similares al consagrado hoy en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia.

La manifestación del derecho a la identidad, en cuanto hace parte de la dignidad del hombre, exige que en su naturaleza esten presentes los elementos de esta última. En tal sentido Bidart Campos señala también:

"Hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia o naturaleza. O sea, hay que dar por verdad filosófica que el hombre es un ser, que tiene ser, esencia o naturaleza"[19].

16. El derecho a la identidad y el interés jurídico superior del menor

La Asamblea Nacional Constituyente fue particularmente cuidadosa del interés jurídico superior del menor:

" Cuando se dice que los 'derechos del niño están primero que los derechos de los demás' y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, ***mutilaciones*** *o destrozos físicos o sicológicos se podrán evitar en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones..."*[20]

---

18 Ver,Bidart Campos, German J,Teoría General de los derechos humanos, Editorial Astrea, 1991 Pág 4.

19 Ibidem, pág 72.

20 Ponencia de la Subcomisión Primera, presentada a la Comisión V en la asamblea Nacional Constituyente.

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada "Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad , y consecuencialmente a los mayores de edad del mañana"[21].

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interes jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento"resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."[22]

Por consiguiente, al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano.

Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquéllos.

17. El derecho a la identidad y su fundamento la dignidad humana

El derecho a la identidad, y mas específicamente a la identidad sexual , presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho "Opera aun cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución".[23] El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana.

---

21 Laffont Pianetta Pedro, Compilación legislativa , Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor,1994 ,Pág

22 Ibidem,pág 25.

23 OP. Bidart Campos, pág

Es bajo tal presupuesto que lo consagrado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (arts. 1° y 5°), inherentes a su naturaleza .

Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna valida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Este criterio, nos conduce a señalar cómo la estrecha relación presente entre el derecho a la identidad y el interés autónomo, es garantizado constitucionalmente con una protección distinta y superior a los demás en cuanto al derecho de los niños se refiere y consagrado de manera expresa en la Constitución de 1991.

La dignidad humana supone unos valores básicos, en donde se reconoce que "En el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica". En tal sentido también afirma Peces -Barba "Se trata del derecho a ser considerado, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad."[24]

La dignidad, base del derecho a la identidad, le otorga entonces su verdadero sentido, por cuanto establece sus contenidos y alcances lo cual implica una comprensión amplia de su naturaleza.

18. El Reconocimiento Jurídico del Derecho a la Identidad a la luz de los Tratados Internacionales y su incorporación en el orden interno

Efectuado el análisis anterior, entraremos a revisar en primer término, cómo el Derecho a la Identidad,se encontraba plenamente garantizado durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de igual manera en los preceptos constitucionales que inspiraron la filosofía de la Constitución de 1991.

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal.Normas estas últimas de naturaleza internacional,que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supralegal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad.Valor supralegal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia y que también tenían pleno valor supralegal,como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia :

" Agregáse a ello -continúa-que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que ***"es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Pú-***

---

24 Ibidem,pág 73.

***blicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen** sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores".*[25] *(Negrillas no originales).*

Por otra parte el derecho a la identidad en la Constitución de 1886, debe ser mirado a la luz de los bienes" justicia, libertad y paz" ampliamente protegidos por el preámbulo, principios fundantes que coinciden con los valores y principios de los tratados internacionales sobre derechos humanos. El préambulo se constituye entonces en un sistema de carácter normativo, con fuerza vinculante.

Concepto aceptado por un grupo de magistrados de la Corte Suprema de Justicia que sobre la fuerza vinculante del preámbulo dijo en una ocasión :

.....Las Constituciones no tienen su fin en sí mismas; son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables y, entre ellos, el máximo es la justicia; de modo que, cuando se plantea una cuestion de constitucionalidad, el problema no solo es de legalidad formal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad pues las normas jurídicas solo existen y sirven en tanto permitan hacer vivos esos valores."

"Si se quiere, por otra, parte vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo esta conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda intrepretación y aplicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia[26]*"*

En otra oportunidad :

"Pues bien, ... debe recordarse que la estructura de la norma jurídica no se da en los ordenamientos siempre en esa forma tan simple y ejemplar, pues su mundo es más complejo y abigarrado, es decir, que la simple morfología de una expresión no es suficiente para realizar el juicio de identificarla como normativa ni para negarle dicho carácter, en efecto, en el derecho positivo hay verdaderas constelaciones de normas cuyo contenido de mandato, prohibición, permisión o condena no se conoce en si misma sino por referencias adicionales a otras normas que determinan la sanción correspondiente, para usar los términos del nuestro Código Civil. Aplicando este concepto al asunto que nos ocupa, se tiene que la invalidación de normas inferiores por ser contrarias a las normas del Preámbulo, sería consecuencia más que suficiente

---

[25] Ver, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta Magistrado Ponente Enrique A. Becerra.

[26] Ver, Sentencia N° 51 de la Corte Suprema de Justicia, Mayo diez y nueve de mil novecientos noventa y ocho. Magistrados Ponentes Hernando Gómez Otálora y Jaime Sanín Greiffenstein .

para dar a esta el carácter de norma jurídica, así esta consecuencia no haga parte de la expresión en que consiste dicho Preámbulo sino que resulta de su integración al todo de la Constitución."[27]

La Corporación desde sus primeras Sentencias señaló :

"Esta Corte, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a ***toda*** *la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aun les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.*

Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de ***poder vinculante*** *en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.*

Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene

---

27 Ver, Salvamento de Voto de los Magistrados Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein, Gustavo Gómez Velásquez, Jairo E. Duque Pérez,Lisandro Martínez Zúñiga de la Sentencia N° 51de mayo diecinueve de mil novecientos ochenta y ocho.

en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto."[28]

18.1 Determinado el rango supraconstitucional de los pactos internacionales ratificados por el Congreso, se concluye que es deber del Estado colombiano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En efecto, esta disposición de orden constitucional, encuentra sustento en los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2° ord.2°, y del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica artículo 2°.

"Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1°; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2° ord 1°). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, ***"las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos*** *(negrillas no originales)" los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2°; Pacto de Derechos Civiles y Políticos art. 2° ord 2°). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas "de otro carácter" deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas."*[29]

El artículo 2° del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 23 de noviembre de 1969, y de carácter vinculante en el orden Jurídico Interno de Colombia a través de la ley 16 de 1972, hace explícita la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, dándole a estos rango directamente constitucional. Tal disposición señala:

"Artículo 2°.- **Deber de adoptar disposiciones del Derecho Interno.**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

---

[28] Sentencia N° C-479 /95, Magistrados Ponentes Doctores Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

[29] Sentencia C-109/95, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Pág. 27.

disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Las obligaciones que corresponden al Estado son en efecto múltiples, lo cual implica un compromiso colectivo de respeto y garantía de la dignidad humana. "*Las obligaciones que asumen son complejas: reconocer tales derechos, garantizarlos frente al propio Estado y particulares, crear las condiciones de goce de una plena titularidad jurídica del ser humano. Dar cumplimiento a una obligación compleja sólo podrá realizarlo el Estado, si está inmerso en el sistema interno de normas y garantías legales, con publicidad, obligatoriedad y alcance general*".[30]

"Una segunda consideración de su valor y obligatoriedad intrínseca de la naturaleza y contenido del convenio se trata de valores objetivos y vivos que se imponen por la dignidad de la persona humana y cotas progresivas de su personalización social y jurídica".[31]

Hay que adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

Por consiguiente, las sentencias de los jueces -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos.[32]

En tal sentido Bidart Campos señala:

"La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias, pues la Constitución le permite adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permite asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución misma".[33]

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales.

Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

---

30 Ver.Espada Luisa Maria Ramos, El efecto directo y los tratados internacionales suscritos por España.pág 1204.

31 Ibidem.

32 Sentencia C-109/95, Magistrado ponente Dr. Alejandro Martinez Caballero, Pág 27.

33 Bidart Campos , Germán,Revista El derecho , Universidad Católica, Argentina Buenos Aires, pág.1 , julio 6 de 1995.

D- LA RELACION VINCULANTE DE LOS PACTOS INTERNACIONALES

Aquí es importante tener en cuenta que toda la humanidad,en la Declaración de Teherán, suscrita por todos los países del mundo determinó la autovinculación de los Estados para hacer efectivo los derechos humanos y consagró:

"Artículo 6°.- Los Estado deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la ***Carta de las Naciones Unidas*** *y en otros* ***instrumentos internacionales*** *en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales"*

Así mismo, el artículo 29 del pacto de San José de Costa Rica suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada mediante la ley 16 de 1972, con depósito del instrumento de ratificación el 31 de julio de 1973 y entrada en vigor el 18 de julio de 1978, establece un criterio amplio de interpretación, en cuanto a los efectos vinculantes que puedan tener otros actos de igual naturaleza. Es en este sentido, que la disposición anota:

Artículo 29. *Normas de Interpretación.*

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

.....

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma ***naturaleza.*** *(Negrillas no originales).*

Hoy, en la Constitución de 1991, tal contenido quedó recogido en el artículo 94 que expresamente preceptua:

"La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos."

De un lado, el artículo 29 inciso c) nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

En igual forma, el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar en su numeral 1 "Toda persona tiene deberes respecto de la Comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad", así como lo preceptuado en el artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, quedan expresamente garantizados por el literal c) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29 establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y por otra parte otorga un amplio

sentido de interpretación, de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar al derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

Esta consideración, nos permite afirmar que el derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

En igual sentido, dentro de la protección a la dignidad humana, es de suma importancia retomar lo preceptuado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 22000 del 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor en el orden interno del Estado Colombiano el 26 de marzo de 1976.

Artículo 7°.- "Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre ***consentimiento a experimentos médicos o científicos".*** *(Negrillas no originales).*

Así mismo el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 5 consagra:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.....

Toda persona..... será tratada con el respeto debido a la dignidad humana.

La prohibición de la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y la experimentación médica o científica sin el libre consentimiento de la persona, es la manifestación más concluyente de la comunidad internacional por la defensa y conservación de la integridad física y moral del ser humano. "Esta prohibición no sólo está presente en todos los instrumentos sobre derechos humanos, sino que además, no puede ser derogada nunca de los mismos, ni siquiera en caso de emergencia pública."[34]

De la afirmación anterior se colige que es en virtud del principio ***ius cogens*** como se determina la inderogabilidad de normas de carácter internacional .Así lo determina el artículo 64 de la Convención de Viena y el artículo 2 numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas.

Artículo 64.

---

[34] Karel Vasak, La dimension Internacional de los derechos humanos.serbal/Unesco pág 126.

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

Visto lo anterior, resulta de vital interés, revisar cómo el derecho a la identidad del menor, es tambien expresamente garantizado por la Convención de los Derechos del Niño, que atendió los criterios recogidos por la Declaración de los Derechos Humanos, y la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

Principio 6:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material;

En igual forma los distintas preceptos, determinados en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su preámbulo:

***Considerando** que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,*

***Teniendo** presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto mas amplio de la libertad.*

***Reconocimiento** que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la declaración universal de derechos humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Artículo 8.

1. Los Estado Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el hombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ejercidas ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos,está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado (artículo 62 Pacto de San José de Costa Rica), o a solicitud de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (art.44 Pacto de San José de Costa Rica).

La decisión de la Corte Interamericana en la protección de los derechos humanos,puede consistir en ordenar que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados ; disponiendo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Y en caso de extrema gravedad y urgencia , y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes.(artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica).

E, EFICACIA DE LA TUTELA EN DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

19. La protección de los derechos fundamentales se expresa en ordenes para que la persona o entidad contra quien se dirige "actúe o se abstenga de hacerlo", indica el artículo 86 de la C.P. Pero ya desde antes, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipuló que para defenderlos "los miembros se comprometen a tomar medidas". Es importante hacer referencia a ello porque varios de los hechos que motivan esta tutela ocurrieron antes de la Constitución de 1991.

Ya se examinó que en el presente caso se violaron normas del bloque constitucional en 1981 y en 1987 (fechas de las operaciones al niño y del cambio de partida). Habrá entonces que justificar las órdenes a dar, debido a que un buen número de las violaciones fue anterior a la Nueva Constitución.

Hay que distinguir dentro de la decisión que se tomará , en primer lugar, el alcance y fundamento de la orden que se le dará al I.C.B.F. y en segundo lugar, la proyección de la orden hacia el Notario que cumplió lo determinado en el proceso de jurisdicción voluntaria. Y en cuanto a las personas naturales y jurídicas contra quienes también se orientó la tutela (médico, padres del menor, hospital) habrá una orden de abstención, ya decidida provisionalmente en auto de 29 de agosto de 1995, y esto se ratificará en la presente sentencia, convirtiéndose en definitiva la orden

de que NO se continúe el tratamiento de readecuar el sexo hacia lo femenino porque esto no ha sido consentido por N. N., todo lo contrario, él insiste en su derecho a una entidad masculina, y, obviamente no permanecerá el menor bajo control de los médicos del hospital San Vicente de Paúl y de sus padres, aunque respecto de éstos, no perderán la patria potestad, se mantendrán las relaciones familiares, pero como lo primordial es el tratamiento integral que debe dársele a N. N. y ello es imposible lograrlo en el ambiente donde los padres están, hay que buscar otros horizontes porque los derechos del menor están por encima de los derechos de los demás.

Tanto en las órdenes como en la determinación de abstención es imperioso resaltar que el menor interpuso tutela para que se le respete su condición de hombre, figure en el registro con su original nombre de varón, no se lo continúe maltratando y "quiere ser lo que siempre ha sido desde que nació". Como la eficacia y la legitimidad de lo que se determine debe tener un respaldo jurídico, eso se desarrollará a continuación.

20. La solidaridad en el estado social de derecho, y los DEBERES en la antigua y nueva Constitución.

Al menor se le debe prestar solidaridad, esto se infiere del inciso 2° del artículo 44 de la Constitución actual que dice:

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Además, la Convención del Niño se pronuncia en el mismo sentido, pero tanto ésta como la Constitución de 1991 son posteriores a varios de los hechos que motivan la presente tutela, entonces, se repite lo dicho antes: se acude a normas internacionales que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte de la normatividad interna.

Continuando con lo de los DEBERES: la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29 reza:

"Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad".

Nótese como se unen los deberes con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y como tal determinación fue el consenso de diferentes corrientes de pensamiento (dentro de ellas la

Católica); hay que concluir que no hay contradicción alguna entre los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los preámbulos de la Carta del 86 y el Plebiscito de 1957. Aunque sobre el tema de los deberes no hay problema interpretativo porque el artículo 9° de la Reforma Constitucional de 1936 (codificado como artículo 16 de la antigua Constitución) ordena a las autoridades "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares".

Menos dificultad interpretativa existe hoy cuando se habla de la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho.

20.1. La Corte Constitucional ha dicho:

"Dichas asistencia y protección, corresponden en primer término a la familia, como núcleo esencial de la humana convivencia; pero corresponden también a la sociedad, en general, y al Estado, en particular, como ente rector de aquella cuando está organizada política y jurídicamente. Es claro que si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Con esto se configura la intervención subsidiaria del Estado, a falta de una familia que cumple con las obligaciones antes señaladas.

El bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad -tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son, en estricto sentido, asunto de ***interés general****. Son* ***fin*** *del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin.*

Pero no basta con el deber de ***asistencia****, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a* ***proteger*** *al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: "****Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás****"; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: "****El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)****".*[35]

20.2 La solidaridad social es inherente al Estado Social de Derecho (arts. 1°, 2°, 95-2 y Preámbulo de la C.P.):

"Este deber de prestar solidaridad es una muestra de que sí hay diferencia entre el Estado Social de Derecho y el viejo esquema del Estado de Derecho. En otras palabras, la Nueva Constitución difiere bastante de la 1886.

---

35 Sentencia T-29/94, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Recientemente la Corte Constitucional dijo:

"Con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado Social de Derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado de manera radical. Su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica, son transformaciones políticas que otorgan una significación diferente a los deberes de la persona.

La concepción social del Estado de Derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP art. 1), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 1° de la Constitución erige a la solidaridad en fundamento de la organización estatal. Los nacionales y extranjeros tienen el deber de acatar la Constitución y la ley, y son responsables por su infracción (CP arts. 4 y 6). De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desideratum del buen ***pater familias****, para convertirse en imperativo que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.*

La Constitución, además de fijar la organización política básica del Estado y garantizar los derechos y las libertades públicas, constituye un marco general de conducta que ***vincula directamente a los particulares.***[36]

Este criterio es el desarrollo de lo expresado en la sentencia de 5 de junio de 1992:

"La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se refiere a la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela.

A. Origen y delimitación conceptual

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

---

36 Sentencia T-125, de 14 de marzo de 1994, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización poiítica.

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comu-

nicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica... "[37]

En resumen, hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático. Y, dentro de este contexto se puede afirmar que el Estado Social de Derecho hunde sus raíces en el principio de solidaridad. El reconocimiento a la solidaridad puede ser estudiado en la tutela. Ha dicho la Corte:

"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, efectivo de los derechos fundamentales "[38]

En conclusión, es principio fundandante de la Nueva Constitución la solidaridad. Lo era desde 1936, luego, hay via libre para tomar determinaciones en la tutela que motiva este fallo.

20.3. En el caso concreto del menor N. N., la sociedad en general y el Estado en particular tienen que convertir la solidaridad en realidades para las cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la Entidad que posee la infraestructura y la posibilidad jurídica de contribuir con soluciones que respalden el derecho de N. N. a reafirmar, en la medida de lo posible, su IDENTIDAD solicitada en la tutela, pedida por escrito en su declaración dentro del expediente y explicitada ante esta Sala de Revisión en la diligencia que para tal efecto se practicó.

En la contribución a la solución hay que partir de estos soportes normativos, adicionales a las normas de rango constitucional:

-El artículo 3° del Código del Menor (decreto 2737/89) dice que:

"Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiaridad" (se refiere a los derechos para un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social).

-El artículo 23 ibídem define al Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado uno de cuyos objetivos es tutelar los derechos de quienes integran la familia.

-El artículo 30 del mismo Código contempla los casos en los cuales un menor se halla en "situación irregular" dentro de ellos está el peligro físico o moral y la falta de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. En el caso de esta acción de tutela el menor está discapacitado, no ha podido avanzar en sus estudios, está disminuida su capacitación ante la vida y requiere de urgente ayuda por parte del Estado.

---

37 Sentencia T-778/92, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

38 Sentencia T-125/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

-La medida de protección no siempre debe ser declararlo en situación de abandono o darle un "hogar sustituto" (medidas excepcionales y que exigen una justa ponderación) puede ser otra, como por ejemplo "la atención integral en un centro de protección especial" (arts. 82 y s.s. del Código del Menor), que en su más amplia acepción se aplicará en el presente caso. El criterio antes expuesto no se puede convertir en una camisa de fuerza para el I.C.B.F.puesto que al cumplir este fallo hay que darle a las normas del Código del Menor una lectura de acuerdo con la efectiva protección a los derechos fundamentales, y, por lo tanto, si lo mejor que puede hacer el I.C.B.F. es atender al menor en un Centro de Protección Especial ello debe ir de la mano con la eficaz protección al menor discapacitado (arts. 222 y s.s. del Código del Menor) y con los demás instrumentos teóricos y prácticos que contribuyan a una real solución o acercamiento en lo posible a esa solución, inclusive, buscándose tratamiento médico en el exterior, si es del caso proyectando la capacitación laboral dentro del país, manteniendo el modelo de vida que el menor ha tenido como campesino que es, respetando su vocación, ideales y proyecciones, en fin, respetándosele su dignidad que es lo más importante.

Como este es un DEBER del Estado y como el I.C.B.F. facilitó en el año de 1987 la operación de "readecuación de sexo", dándosele cobertura al propósito de los médicos y ubicando al menor en un hogar sustituto para que fuera factible la operación, entonces, LA PROTECCION ESPECIAL A DISMINUIDOS, consagrada en el artículo 47 de la Constitución, razonablemente no se puede suspender cuando N. N. llegue a los 18 años, sino que el tratamiento médico que se iniciare y el sicológico que ya está en curso (con la aceptación del paciente) se continuara hasta cuando un dictamen de un grupo interdisciplinario lo considere pertinente. Lo que se le ordena al I.C.B.F. es que mantenga la continuidad en la readecuación y tratamiento integral del menor que instauró la presente tutela.

Sería injusto e ilógico que la urgente atención médica iniciada en el I.C.B.F. en estos casos excepcionales se viera interrumpida. Además, el mismo Código del Menor tiene proyecciones más allá de los 18 años, por ejemplo, pedir la prórroga de la patria potestad para los deficientes mentales (art. 232 Código del Menor):

"Cuando el menor sufra de severa deficiencia mental permanente, sus padres o uno de ellos o el Defensor de Familia deberán promover el proceso de interdicción antes de cumplir aquél la mayoría de edad, para que a partir de ésta prorroga indefinidamente su Estado de sujección a la patria potestad por ministerio de la ley"

O la adopción de mayores de edad (inciso 2° del art. 92 Código del Menor):

"Con todo, también podrá adoptarse al mayor de esta edad cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptante antes de que éste cumpliera 18 años".

Si ésto lo permite la ley, con mayor razón debe protegerse al discapacitado más allá de los 18 años cuando el I.C.B.F. lo ha venido tratando de tiempo atrás y cuando la protección es de rango constitucional.

21. Apreciaciones frente al cambio de nombre autorizado en un proceso de jurisdicción voluntaria.

El 10 de julio de 1987, el padre del menor otorgó poder "para que sea cambiado su sexo y nombre (de su hijo N. N.)" y en forma acelerada, el Juzgado que conoció el proceso de jurisdicción voluntaria consideró que:

"ha quedado plenamente establecida la necesidad de sustituir el nombre que se había fijado al menor, antes de sexo masculino, por otro que coincida con su sexo que ha pasado a ser femenino".

Y se ordenó que en la Notaría se hiciera la corrección.

21.1 Hay que decir que el padre **no** podía otorgar poder para que se cambiara el sexo de su hijo, porque, se insiste, tal decisión sólo corresponde a la persona que quiere que su cuerpo tenga la mutación, significa lo anterior que el poder contiene un OBJETO ILICITO, puesto que viola derechos fundamentales, como ya se demostró; y, el Juez no podía avocar el conocimiento sin el poder directo del interesado, faltaba un presupuesto procesal y al hacerlo incurrió en una vía de hecho, y por este grave error terminó autorizando una sustitución de registro civil por presunto cambio de sexo, cuando el sujeto pasivo de ese "cambio" ni había autorizado que se le modificara su condición de hombre ni tampoco que de ahí en adelante se lo considerara como mujer sin serlo. En este aspecto, el ser humano, es libre de escoger su propio camino y un Juez no puede torcérselo por petición de otra persona.

21.2 Hay que resaltar que los actos relativos al estado civil (como el de modificación de nombre en una partida) son en sí actos administrativos aunque requieran la actividad del juez, mediante el llamado proceso de jurisdicción voluntaria. Por eso los constitucionalistas Fix Zamudio y Cappelletti los califican como simple acto administrativo. El propio Calamandrei considera como equívoca la calificación de jurisdicción que se le da a la jurisdicción voluntaria. Y, Hernando Morales, aunque habla de la semejanza a la jurisdicción, recuerda:

"Tales actos se denominan de jurisdicción voluntaria o graciosa, palabra ésta derivada de la jurisdicción que en forma de gracia ejercía el Pretor en Roma y que posteriormente pasó a los Cónsules, quedando aquél con la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria, una parte de los autores opina que no constituye propiamente actividad jurisdiccional sino administrativa confiada a autoridades judiciales, pues sus resoluciones tienen un valor precario y no hacen cosa juzgada"[39]

Si el llamado proceso de jurisdicción voluntaria, propiamente no es un proceso judicial, entonces, es difícil ubicar la decisión dentro de las no susceptibles de tutela. Y si la decisión en la "jurisdicción voluntaria" es precaria, es posible que mediante tutela se den órdenes que alteren el fallo en la "jurisdicción voluntaria" siempre y cuando estén de por medio los derechos fundamentales.

---

[39] Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, 10a. Edición, p.30.

21.3 Hay que aclarar, no obstante, este aspecto ya estudiado en esta Sala:

"La corrección del registro civil de las personas tiene dos caminos, ya sea a través del funcionario responsable del registro o acudiendo a la justicia ordinaria, como se verá a continuación.

La función registral, en relación con la corrección del estado civil, se encuentra dividida en comprobaciones declarativas como fórmula general y comprobaciones constitutivas excepcionalmente, tomando en cuenta que siempre se presenta una comprobación, mas no una valoración, pues esta última implica la indeterminación de lo examinado.

Así el artículo 89 del Decreto No. 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto No. 999 de 1988, establece que "las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados". Esta disposición autoriza la alteración de la inscripción, ya sea por sentencia judicial o por disposición de los interesados, sin brindar elementos que distingan claramente la competencia del juez y del funcionario responsable del registro civil respecto de la corrección del estado civil.

La interpretación de la norma anterior, de acuerdo a lo expuesto, llevaría a pensar que el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad..

Es de mérito anotar que el simple cambio de nombre, no significa el cambio de sexo[40]*, debido a que el nombre a pesar de ser un elemento indicativo del sexo, no tiene poder definitorio respecto a este último.*

Es que no tiene explicación procesal alguna que un tercero se presente a pedirle a la justicia que se reconozca el cambio de sexo de "otro" que nunca ha consentido en ello, y, si un Juez acepta pretensión "contra natura" habrá que concluir que actuó dentro de una clásica vía de hecho susceptible de enmendarse mediante la tutela.

Antes de entrar a las órdenes a dar es necesario resaltar situaciones que gravitan sobre este caso:

CAPITULO III
DETERMINACIONES

a. El I.C.B.F., en la actualidad, es la única entidad en la cual el menor tiene confianza, por los servicios de asistencia que viene prestando.

b. El menor se encuentra hoy en un medio donde es difícil adecuar la cultura para lograr su identidad sexual. Aunque tampoco desea un rompimiento con su familia, de todas maneras ésta no ofrece el clima adecuado para tan compleja terapia.

---

[40] Corte Constitucional. Sentencia No. T-594 del 15 de diciembre de 1993. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

c. En el presente caso quien interpuso la tutela no deja la menor duda de que el menor es varón. Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o seudo hermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón.

Es inhumano que si el pene y los testículos fueron cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Este es un trato denigrante.

Aclarado lo anterior, se concluye:

- El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad según se explicó anteriormente, prosperará no sólo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

- La investigación sobre la conducta profesional de los médicos que propiciaron e hicieron el tratamiento de readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales corresponde adelantarla al Tribunal de Etica Médica.

- La presunta responsabilidad civil que implicaría una indemnización de perjuicios se tramita mediante proceso ordinario, luego no se condenará en perjuicios en esta tutela, ya que le queda al joven una via para acudir a la jurisdicción ordinaria; como se trata de un menor desprotegido para adelantar esa posible acción reparatoria, se le solicitará al Defensor del Pueblo la asistencia jurídica para que, si el menor lo acepta, se inicie y adelante el correspondiente juicio de responsabilidad civil.

- Y, en cuanto lo principal: la orden para hacer real la solidaridad que merece el menor por la vulneración de sus derechos fundamentales, ésta se dará al *I.C.B.F.* según ya se ha explicado.

- Por último, se ratificará la orden dada al Notario de mantener en el Registro Civil el nombre de varón que identificó inicialmente a quien instauró la tutela.

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: REVOCANSE los numerales primero y tercero de la sentencia del 23 de mayo de 1995 proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, fallo materia de revisión.

Segundo: CONCEDASE la tutela al menor cuya identificación aparece en la solicitud y por lo tanto se le protegen los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Tercero: ORDENASE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , representado por su Director, que le preste a la persona vulnerada a cuyo nombre se instauró la tutela, la protección

adecuada consistente en el tratamiento integral físico y sicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Menores, hará el seguimiento al tratamiento.

Cuarto: CONFIRMASE el numeral segundo de la sentencia de revisión en cuanto ordenó la corrección del registro civil de nacimiento.

Quinto: ENVIESE copia de esta sentencia al Tribunal de Etica Médica para lo que estime pertinente.

Sexto: ENVIESE copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo para que, si el menor lo acepta, se designe por el Defensor del Pueblo un abogado que inicie el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido por el menor debido a la "readecuación de sexo" o "transformación de órganos sexuales", practicada sin su consentimiento.

Septimo: El Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, que conoció en primera instancia, VIGILARA el cumplimiento de esta sentencia.

Ooctavo: El correspondiente defensor de menores mantendrá informado al Tribunal de Antioquia sobre el cumplimiento de lo ordenado.

Noveno: COMUNIQUESE este fallo al Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, para la notificación y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Decimo: GUARDESE la reserva expresada en la parte motiva.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-478
octubre 25 de 1995

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DISMINUIDA PSIQUICAMENTE

La propia Constitución, bajo una fórmula programática, compromete al Estado en la ejecución de una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos psíquicos, prestándoles la atención especializada que requieran. Ahora bien, actualmente a ésta última disposición superior, el legislador le ha creado ciertas condiciones de eficacia, las cuales pueden generar, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma citada, derechos subjetivos en cabeza de las personas cuya condición mental es deficiente. Así, el artículo 157 ibidem señala que existen dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social, los del régimen contributivo y los afiliados a través del régimen subsidiado.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen subsidiado

Aquellos beneficiarios del Régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayudas de diagnóstico y tratamiento, requieran de servicios de una complejidad mayor que la brindada por la institución prestadora de servicios que los haya atendido, deberán ser referidos por ésta, de acuerdo con los protocolos vigentes, a los hospitales públicos del subsector oficial de salud o a los privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Esto quiere decir que existirán casos en los cuales por las condiciones de salud y las necesidades de diagnóstico y tratamiento que necesita el afiliado, la cobertura señalada por el Decreto No. 1895 de 1994 puede ser superada, en atención a la situación excepcional del mencionado afiliado. El disminuido psíquico tendrá un sistema de seguridad social que le debe brindar el tratamiento especializado que necesita: el régimen subsidiado. Así mismo, en situaciones excepcionales, se le atenderá actualmente.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Contenido obligacional

La peticionaria hace girar la violación de los derechos fundamentales en la negativa del Hospital San Pablo de Cartagena en darle a sus hijos tratamiento asilar, o sea, una atención de carácter permanente, sin embargo, dentro del contenido obligacional del mencionado centro hospitalario no se encuentra la prestación del precitado tratamiento. La accionante podría inscribir a sus hijos en el régimen subsidiado dentro del sistema general de seguridad social, para que, atendiendo a su situación excepcional, se evalúe si es factible suministrar las atenciones debidas.

Referencia: Expediente No. T-73893

Peticionaria: Elizabeth Lans Blanco.

Procedencia: Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena.

Tema:
- El derecho a la seguridad social en los disminuidos psíquicos.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero -Presidente de la Sala-, 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 de tutela identificado con el número de radicación T-73893.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. Por reparto le correspondió el presente negocio a la Sala Séptima de Revisión.

1. Solicitud.

Elizabeth Lans Blanco, a través del Personero Distrital de Cartagena, Dr. José David Ramírez Barakat, impetra acción de tutela contra el Hospita. San Pablo de Cartagena, representada legalmente por el Dr. Guillermo Valencia Abdala, con fundamento en los siguientes hechos:

a) La accionante está afectada de Tuberculosis pulmonar y en razón de tal enfermedad le fue practicada una neumonectomía parcial a fin de que se le salvara su vida. Actualmente debe asistir al Hospital San Pablo de esta ciudad a fin de someterse a un tratamiento de control de mal que la aqueja. Por lo anterior, el rendimiento laboral es mínimo.

b) Según certificado expedido por el Hospital San Pablo de Cartagena, sus hijos, Roberto, José Ignacio y Josefina Padilla Lans, requieren de tratamiento médico y asilar permanente, pues

padecen de enfermedades mentales crónicas, las cuales les impiden desenvolverse tanto social como laboralmente. Los problemas mentales de los antes citados los lleva a tomar actitudes agresivas que han desembocado en ataques físicos contra las personas que los rodean, inclusive a su madre.

c) Ante las circunstancias anteriores, el Personero Distrital de Cartagena, Dr. José David Ramírez Barakat, previa solicitud de la peticionaria, el día 1° de marzo del año en curso, se dirigió al Director del Hospital San Pablo con el fin de obtener el asilamiento de los hijos de dicha señora en tal centro asistencial.

d) A través de comunicación fechada el 31 de marzo del presente año, la dirección del Hospital San Pablo, luego de especificar que tanto a la accionante como a Roberto y José Ignacio Padilla Lans se les ha prestado la atención del caso, señala que:

En cuanto se refiere al diagnóstico expedido por esta Institución, le confirmamos, requieren seguimiento médico y asilar permanente. La entidad que represento es un Hospital de II nivel de carácter regional por lo cual atendemos una alta población de la Costa Atlántica, atendiendo pacientes con patologías agudas y en crisis.

El departamento de Bolívar no cuenta con asilo psiquiatrico.

En el caso que nos compete a la señora Lans y sus hijos se le ha prestado en este Hospital el apoyo y control requerido desde atención médica hasta social y ocupacional. El único servicio que no le podemos prestar es la institucionalización permanente, ya que iría en contra de los derechos fundamentales de los pacientes.

La peticionaria sostiene que la negativa de asilar a Roberto, José Ignacio y Josefina vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la tranquilidad, tanto de ella misma como los de sus hijos.

2. Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena. Sentencia del 7 de junio de 1995.

El Tribunal de primera instancia indicó que la tutela es improcedente, sosteniendo que:

..la Personería Distrital plantea, y considera posible, que se les adecúe, dentro del área de psiquiatría, un lugar a los hermanos PADILLA LANS, para que sean internados, y en el transcurso de la inspección judicial, a la cual asistió, señaló específicamente una habitación ubicada en los límites del pabellón de fármaco-dependientes con el pabellón de cuidados intensivos, en el cual funciona en la actualidad una sala de rehabilitación manual o de trabajos manuales, en atención, que con solo cambiar de sitio una reja de hierro que separa los dos pabellones, quedarían los enfermos tutelantes aislados; este Despacho considera, que como sugerencia, es viable proponer tal adecuación, pero no con carácter obligatorio porque por otra parte, existen limitaciones de tipo presupuestal y de destinación de personal especializado que atienda el tipo de enfermedad que padecen los hermanos PADILLA LANS, y por tanto, no se puede obligar al Hospital a hacer destinaciones presupuestales no programadas.

Por otro lado, expresó el Juez de tutela que "para nadie es desconocido el estado lamentable en que se encuentran las instituciones que prestan este tipo de servicios a la comunidad sin recursos económicos, y en el caso de Bolívar, la falta absoluta de un asilo psiquiatrico". Agrega que "tampoco es un secreto que constitucionalmente el Estado está en la obligación de socorrer a estas personas, pero una cosa es la voluntad loable de los constituyentes al imprimir esta obligación y otra el estado de subdesarrollo en el que se encuentran algunos países como el nuestro".

En ese orden de ideas, el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena negó la tutela solicitada por Elizabeth Lans Blanco.

No se impugnó la anterior decisión y fue enviada la tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia.

1- 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 Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 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.

Tema a tratar.

2- La accionante interpone la presente acción de tutela considerando el Hospital San Pablo de Cartagena esta en la obligación de prestar el tratamiento asilar a sus hijos, los cuales son disminuidos psíquicos. Siendo así las cosas, la Corte abordará el tema de la concreción del derecho a la seguridad social en los disminuidos psíquicos.

El derecho a la seguridad social en los disminuidos psíquicos.

3- La Constitución Política a través de todo su texto, ha reconocido la situación especial en la cual se encuentran los disminuidos psíquicos y por tal razón ha creado un trato diferenciado para ellos, pues "los disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles"[1]. En efecto, la Carta partiendo del respeto a la dignidad humana (art. 1° C.P.) como elemento fundante del Estado colombiano, establece una específica protección especial para aquellas personas que por su condición mental se encuentren en debilidad manifiesta (art. 13 C.P.), dado que "la igualdad consiste en la proporcionalidad equivalente entre dos o más realidades, es justo que el Estado mengüe al máximo la desigualdad en que se hallan las personas más débiles, de manera que la intervención de aquel sea adecuada, con el fin de lograr la igualdad real y efectiva que ordena el

---

[1] Corte Constitucional. Sentencia No. T-298/94. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

artículo 13 superior"[2]. Es por ello que la propia Constitución, bajo una fórmula programática, compromete al Estado en la ejecución de una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos psíquicos, prestándoles la atención especializada que requieran (art. 47 C.P.).

4- Ahora bien, actualmente a esta última disposición superior, el legislador le ha creado ciertas condiciones de eficacia, a través de la Ley 100 de 1993, las cuales pueden generar, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma citada, derechos subjetivos en cabeza de las personas cuya condición mental es deficiente. Así, el artículo 157 ibídem señala que existen dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social, los del régimen contributivo y los afiliados a través del régimen subsidiado.

El régimen subsidiado se distingue por que la cotización de la persona vinculada esta subsidiada total o parcial, tanto por recursos fiscales como por el Fondo de Solidaridad y Garantía (arts. 211 a 217 ibídem). La persona que se encuentre en este sector poblacional vulnerable debe inscribirse en la dirección de salud correspondiente para ser beneficiario del régimen subsidiado.

El mencionado régimen ha sido reglamentado por el Decreto No 1895 de 1994, el cual determina el contenido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS. El Decreto antes mencionado detalla el desarrollo del régimen subsidiado en su etapa inicial, indicando la cobertura de riesgos y los servicios a que tienen derecho los afiliados al precitado régimen en la etapa inicial del funcionamiento (art. 11).

Dentro de la gama de riesgos y servicios cubiertos por el plan subsidiado no se encuentran tratamientos que prevengan, curen o contengan las enfermedades que disminuyan la capacidad mental de las personas, sin embargo, el artículo 13 ibídem establece:

Artículo 13. Criterios para la referencia de pacientes pertenecientes al régimen subsidiado. Mientras se unifican los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, con los que ofrece el Plan Obligatorio de Salud POS, del régimen contributivo, aquellos beneficiarios del Régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayudas de diagnóstico y tratamiento, requieran de servicios de una complejidad mayor que la brindada por la institución prestadorà de servicios que los haya atendido, deberán ser referidos por ésta, de acuerdo con los protocolos vigentes, a los hospitales públicos del subsector oficial de salud o a los privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios.

Durante la transición y de acuerdo al programa de conversión gradual de subsidios a la oferta a subsidios a la demanda que para el efecto se establezca, las direcciones seccionales, distritales y locales de salud garantizarán la celebración de contratos de compraventa de servicios con los hospitales para atender las patologías no previstas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, según lo previsto en el artículo 87 del Decreto-Ley 1298 de 1994.

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia No. T-290/94. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Así las cosas, aquellos beneficiarios del Régimen subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayudas de diagnóstico y tratamiento, requieran de servicios de una complejidad mayor que la brindada por la institución prestadora de servicios que los haya atendido, deberán ser referidos por ésta, de acuerdo con los protocolos vigentes, a los hospitales públicos del subsector oficial de salud o a los privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Esto quiere decir que existirán casos en los cuales por las condiciones de salud y las necesidades de diagnóstico y tratamiento que necesita el afiliado, la cobertura señalada por el Decreto No. 1895 de 1994 puede ser superada, en atención a la situación excepcional del mencionado afiliado.

En conclusión, el disminuido psíquico tendrá un sistema de seguridad social que le debe brindar el tratamiento especializado que necesita: el régimen subsidiado. Así mismo, en situaciones excepcionales, se le atenderá actualmente.

El caso en cuestión.

5- La peticionaria hace girar la violación de los derechos fundamentales en la negativa del Hospital San Pablo de Cartagena en darle a sus hijos tratamiento asilar, o sea, una atención de carácter permanente, sin embargo, dentro del contenido obligacional del mencionado centro hospitalario no se encuentra la prestación del precitado tratamiento.

La accionante podría inscribir a sus hijos, como con antelación se expuso, en el régimen subsidiado dentro del sistema general de seguridad social, para que, atendiendo a su situación excepcional, se evalúe si es factible suministrar las atenciones debidas.

En ese orden de ideas, no existe violación de derechos fundamentales por parte del Hospital San Pablo de Cartagena y por tanto se negará la presente tutela. Se revocará la decisión de la primera instancia, por dos factores: a) El Juez de tutela rechazó la acción de tutela, en vez de negarla, pues el primer vocablo da a entender que no se conoció del fondo del asunto por existir algún vicio de forma; y b) La primera instancia recomienda a las directivas del Hospital acusado brindar a los hermanos Padilla Lans una atención lo más prolongada posible, lo cual quedaría por fuera de la esfera legítima de obligaciones a cargo de la precitada institución de salud.

Cabe señalar que una vez afiliados los hijos de la peticionaria, Roberto, José Ignacio y Josefina Padilla Lans, se afilien al POSS, tendrían derecho a las atenciones asistenciales que les brinda el Decreto No. 1895 de 1994, aclarando que por el grado de disminución psíquica que padecen los antes citados y con fundamento en los artículos 13 C.P. y 13 del Decreto No. 1895 de 1994, se les debe prestar tratamiento asilar, si los médicos psiquiátricos vinculados al POSS así lo determinan.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la Sentencia del 7 de junio de 1995, proferida por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, NEGAR la acción de tutela instaurada por Elizabeth Lans Blanco, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Comuníquese lo resuelto en esta providencia al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena para las notificaciones y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto No. 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES
OCTUBRE 1995

PAGINAS

1968

Decreto 3135 de 1968, artículo 5o. inciso segundo las expresiones acusadas. Sentencia C-484 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-916. Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez 304

1989

Decreto 2279 de 1989, artículos 34 la expresión "el saldo de", 40 la expresión "la segunda mitad de" y 44 la expresión "la segunda mitad de". Sentencia C-451 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-889. Actor: Héctor Rodríguez Pizarro. 112

Decreto 624 de 1989, artículos 816 inciso primero y 854 inciso primero. Sentencia C-445 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-872. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry. 50

Decreto 53 de 1989, artículo 5o. el aparte acusado. Sentencia C-470 de octubre 19 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-825. Actor: Oriol Martínez Toledo. 219

1991

Decreto 2700 de 1991, artículo 33 modificado por el artículo 2 de la ley 81 de 1993. Sentencia C-459 de octubre 12 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-841. Actora: Ana Georgina Murillo Murillo. 167

Decreto 2700 de 1991, artículo 135 numeral 4o. Sentencia C-479 de octubre 26 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-873. Actor: Yesid Reyes Alvarado. 252

1993

Decreto 663 de 1993, artículos 303 numerales 2 y 3 apartes demandados, 304 parágrafo 4 y 310. Sentencia C-452 de octubre 05 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-883. Actor: Maximiliano Echeverry Marulanda. 128

Ley 100 de 1993, artículo 279 inciso segundo la parte que dice "Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989". Sentencia C-461 de octubre 12 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Actor: Juvenal Ramos Molina. 185

Ley 42 de 1993, artículos 45 y 87 parágrafo que dice: "La parte civil, al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva, no deberá presentar caución". Sentencia C-469 de octubre 19 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exps. D-824 y D-842 (acumulados). Actores: Jaime Enrique Lozano y Otro. 203

Ley 65 de 1993, artículo 17 apartes demandados. Sentencia C-471 de octubre 19 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-814. Actor: Hugo Salazar Peláez. 229

1994

Decreto Ley 041 de 1994, artículo 114 salvo las expresiones "y personal del nivel ejecutivo", sobre las cuales se ordena estar a lo resuelto en la Sentencia C-417/94. Sentencia C-444 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-869. Actor: Domingo Banda Torregroza. 33

Ley 136 de 1994, artículo 117 parágrafo, inciso segundo. Sentencia C-447 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-829. Actoras: Katherine Alexandra Cruz Faraco y Otras. 74

Decreto 2083 de 1994, artículos 1o. la expresión "establecimiento público del orden nacional", 6o. literal c) y 8o. la expresión "agente del Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción". Sentencia C-482 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-905. Actor: Alvaro Tafur Galvis. 279

CODIGOS

Código de Procedimiento Civil

Artículo 354, modificado por el artículo 1o. numeral 172 del Decreto 2282 de 1989. Sentencia C-446 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-867. Actor: Franklyn Liévano Fernández. 67

PAGINAS

Artículo 145 la expresión "antes de dictar sentencia", modificado por el artículo 1o. numeral 85 del Decreto 2282 de 1989. Sentencia C-449 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-877. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. 90

Artículo 495, modificado por el artículo 1o. numeral 257 del Decreto ley 2282 de 1989. Sentencia C-472 de octubre 19 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-868. Actor: Franklyn Liévano Fernández. 243

Artículo 338 parágrafo 4o. inciso segundo, modificado por el numeral 160 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989. Sentencia C-480 de octubre 26 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-907. Actor: Nelson Eduardo Jiménez Rueda. 260

Código Contencioso Administrativo

Artículo 233 numeral 4 incisos 2o. y 3o., subrogado por el artículo 60 del decreto 2304 de 1989. Sentencia C-481 de octubre 26 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Ba rrera Carbonell. Exp. D-913. Actor: José Javier Buitrago. 271

Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 430 literales b) y h) subrogado por el Decreto 753 de 1956. Sentencia C-450 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-849. Actor: Jaime Antonio Díaz Martínez. 96

Artículos 101 salvo la expresión "por tiempo menor" que se declara INEXEQUIBLE y 102. Sentencia C-483 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-912. Actor: Andrés de Zubiría Samper. 293

Código Civil

Artículos 1617 regla 1a. del inciso segundo que reza: "El interés legal se fija en seis por ciento anual" y 2232 inciso segundo que dice: "El interés legal se fija en un seis por ciento anual". Sentencia C-485 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-924. Actor: Enrique José Arboleda Perdomo. 327

OBJECIONES PRESIDENCIALES
OCTUBRE 1995

PAGINAS

Sentencia C-468 de octubre 19 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. O.P. 007. 395

EXEQUIBLE el Proyecto de Ley No. 43/94 Senado - 118/95 Cámara, "Por la cual se modifica el Decreto 1264 de 1994, proferido en desarollo de la emergencia declarada mediante decreto No. 1178 de 1994 y se dictan otras disposiciones.

NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES
OCTUBRE 1995

PAGINAS

1968

Decreto 3135 de 1968, artículo 5o. inciso primero las expresiones acusadas. Sentencia C-484 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-916. Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez. 304

1991

Decreto 2699 de 1991, artículo 193 el aparte que dice: "salvo para los jueces penales municipales cuya implantación se extiende por el término de cuatro (4) años a partir de la publicación de este decreto ley". Sentencia C-448 de octubre 04 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-892. Demandante: Faride Guerrero Mosquera. 85

1993

Decreto 663 de 1993, artículos 304 incisos 1, 2 y 4 y los parágrafos 1 y 2, y 306 incisos 1, 2 y 4 y parágrafo. Sentencia C-452 de octubre 05 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-883. Actor: Maximiliano Echeverry Marulanda. 128

1995

Decreto 1370 de 1995. Sentencia C-466 de octubre 18 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. R.E. 065. 339

CODIGOS

Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 101 la expresión "por tiempo menor". Sentencia C-483 de octubre 30 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-912. Actor: Andrés de Zubiría Samper. 293

INDICE TEMATICO
OCTUBRE DE 1995

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ABOGADO-Deberes	(Sentencia T-465/95) ...	544
ABUSO DEL DERECHO POR LOS PADRES -Control poblacional	(Sentencia T-441/95) ...	443
ABUSO DEL DERECHO POR PERSONERO	(Sentencia T-443/95) ...	455
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -Naturaleza	(Sentencia C-461/95) ...	185
ACCION DE TUTELA-Improcedencia de la cesación	(Auto 047/95)	25
ACCION DE TUTELA-Interés particular	(Sentencia T-453/95) ...	464
ACTUACION ADMINISTRATIVA-Sin apoderado	(Sentencia T-467/95) ...	551
ALCALDE MUNICIPAL-Autorización para diseñar mecanismos de participación	(Sentencia C-447/95) ...	74
ANTICIPO	(Sentencia C-445/95) ...	51
APORTES DE CAPITAL	(Sentencia C-452/95) ...	129
ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Control poblacional	(Sentencia T-441/95) ...	443
ASAMBLEA DE COPROPIETARIOS-Convocatoria irregular	(Sentencia T-474/95) ...	566
BANCO DE LA REPUBLICA-Autonomía	(Sentencia C-469/95) ...	203
BANCO DE LA REPUBLICA-Intervención de la Contraloría en labores de impresión, acuñación, retiro o incineración de moneda	(Sentencia C-469/95) ...	203
CAMARA DE REPRESENTANTES-Competencia para investigar y acusar al Presidente de la República	(Auto E-004/95)	407
CAMPAÑA PRESIDENCIAL-Financiación	(Auto E-004/95)	408
CARCELES-Creación	(Sentencia C-471/95) ...	230
CAUCION	(Sentencia C-480/95) ...	260
CAUCION -Aclaración de voto-	(Sentencia C-480/95) ...	269
CAUCION-Finalidad	(Sentencia C-469/95) ...	203
CENTRO COMERCIAL GALERIAS-Copropietarios	(Sentencia T-474/95) ...	566
COMISION DE INVESTIGACION Y ACUSACION -Actuación sólo por denuncia o queja -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
COMISION DE INVESTIGACION Y ACUSACION -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425
COMPETENCIA DE TUTELA-Lugar donde ocurrieron los hechos	(Auto 046/95)	20
COMPETENCIA DEL JUEZ DE TUTELA-Licencia de establecimiento	(Sentencia T-456/95) ...	496
COMPETENCIA POR FACTOR OBJETIVO-No opera en tutela	(Auto 045/95)	13
COMUNAS	(Sentencia C-447/95) ...	74
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	(Sentencia C-447/95) ...	74
CONCURSO DE MERITOS-Nombramiento del primero	(Sentencia T-475/95) ...	579
CONDENA EN COSTAS	(Sentencia C-480/95) ...	260
CONMOCION INTERIOR-Consulta de la realidad nacional -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	368
CONMOCION INTERIOR-Hechos invocados	(Sentencia C-466/95) ...	339
CONMOCION INTERIOR-Improcedencia de control político -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	374
CONMOCION INTERIOR-Inexistencia de hechos sobrevinientes	(Sentencia C-466/95) ...	339
CONMOCION INTERIOR-Medios ordinarios policivos	(Sentencia C-466/95) ...	340
CONMOCION INTERIOR-Utilización excepcional -Aclaración de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	390
CONMOCION INTERIOR-Valoración de los hechos corresponden al Presidente -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	374
CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Elementos	(Sentencia T-477/95) ...	599
CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Cambio de sexo	(Sentencia T-477/95) ...	598
CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Prescindencia en caso de urgencia	(Sentencia T-477/95) ...	599
CONSENTIMIENTO INFORMADO-Cambio de sexo	(Sentencia T-477/95) ...	598
CONSTITUCION POLITICA-Desarrollo legislativo -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	375
CONTRALOR COMO PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL	(Sentencia C-469/95) ...	203
CONTRATO DE MUTUO	(Sentencia C-485/95) ...	327
CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO	(Sentencia C-483/95) ...	293
CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONAL DOCENTE -Improcedencia de duración máxima determinada	(Sentencia C-483/95) ...	293
CONTRIBUYENTE-Saldos a favor	(Sentencia C-445/95) ...	51
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Abuso	(Sentencia C-472/95) ...	243
CORREGIMIENTOS	(Sentencia C-447/95) ...	74
CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia de fijar competencia -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425
CORTE CONSTITUCIONAL-Límites -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ..	368

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Competencia para juzgar a altos funcionarios	(Auto E-004/95)	407
COSA JUZGADA	(Sentencia C-460/95) ...	178
COSA JUZGADA MATERIAL-Ausencia	Sentencia C-445/95)	50
COSA JUZGADA RELATIVA POR REFORMA CONSTITUCIONAL	(Sentencia C-484/95) ...	304
COSTAS	(Sentencia T-441/95) ...	443
COSTAS-Competencia para tasarlas	(Sentencia T-443/95) ...	455
CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS LABORALES -Responsabilidad subsidiaria	(Sentencia T-455/95) ...	488
D.I.A.N.-Internación de vehículo	(Sentencia T-467/95) ...	550
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Campo de aplicación	(Sentencia T-467/95) ..	550
DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO -Permanencia de vehículo	(Sentencia T-467/95) ...	550
DEBIDO PROCESO-Conducta sexual	(Sentencia T-443/95) ...	454
DEBIDO PROCESO-No uso del recurso	(Sentencia T-465/95) ...	544
DEBIDO PROCESO-Suspensión de alumno	(Sentencia T-476/95) ...	589
DECAIMIENTO DE ARTICULOS TRANSITORIOS -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	374
DELITOS CONTRA MENORES-Condición de procesabilidad	(Sentencia C-459/95) ...	168
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cita de sentencia	(Sentencia C-461/95) ...	185
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Error mecanográfico	(Sentencia C-482/95) ...	279
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Rechazo	(Auto 045A/95)	18
DEMANDA DE TUTELA-Hecho consumado	(Sentencia T-476/95) ...	589
DEMANDA DE TUTELA-Objeto	(Sentencia T-443/95) ...	455
DEMANDA DE TUTELA-Prevención	(Sentencia T-476/95) ...	589
DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-No reajuste pensional	(Sentencia T-463/95) ...	522
DERECHO A LA EDUCACION-Conducta sexual	(Sentencia T-443/95) ...	454
DERECHO A LA EDUCACION-Finalidad	(Sentencia T-476/95) ...	589
DERECHO A LA EDUCACION-Límite por control poblacional	(Sentencia T-441/95) ...	443
DERECHO A LA EDUCACION-Presentación personal	(Sentencia T-476/95) ...	589
DERECHO A LA EDUCACION-Retiro voluntario por embarazo	(Sentencia T-442/95) ...	450
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL	(Sentencia C-483/95) ...	293
DERECHO A LA FAMILIA-Límite por control poblacional	(Sentencia T-441/95) ...	443
DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL	(Sentencia T-477/95) ...	600
DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL	(Sentencia T-477/95) ...	600
DERECHO A LA IGUALDAD-No reajuste pensional	(Sentencia T-463/95) ...	522

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO A LA IGUALDAD-Nombramiento del primero	(Sentencia T-475/95) ...	579
DERECHO A LA IGUALDAD-Protección constitucional	(Sentencia T-440/95) ...	435
DERECHO A LA IGUALDAD-Test de igualdad	(Sentencia C-445/95) ...	52
DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL-Padre alcohólico	(Sentencia T-458/95) ...	508
DERECHO A LA INTIMIDAD-Conducta sexual	(Sentencia T-443/95) ...	454
DERECHO A LA INTIMIDAD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-454/95) ...	475
DERECHO A LA INTIMIDAD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-456/95) ...	496
DERECHO A LA PROPIEDAD-Fundamental por conexidad	(Sentencia T-440/95) ...	435
DERECHO A LA SALUD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-453/95) ...	465
DERECHO A LA SALUD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-454/95) ...	475
DERECHO A LA SALUD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-456/95) ...	496
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DISMINUIDA PSIQUICAMENTE	(Sentencia T-478/95) ...	648
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Contenido obligacional	(Sentencia T-478/95) ...	648
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen subsidiado	(Sentencia T-478/95) ...	648
DERECHO A LA TRANQUILIDAD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-453/95) ...	465
DERECHO A LA TRANQUILIDAD-Vulneración por ruido	(Sentencia T-456/95) ...	496
DERECHO A LA VIDA-Disgustos entre vecinos	(Sentencia T-457/95) ...	504
DERECHO A LA VIDA-Padre alcohólico	(Sentencia T-458/95) ...	508
DERECHO A LA VIDA-Protección estatal	(Auto E-004/95)	408
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Corte de cabello	(Sentencia T-476/95) ...	589
DERECHO AL TRABAJO-Conducta sexual	(Sentencia T-443/95) ...	454
DERECHO AL TRABAJO-Nombramiento del primero	(Sentencia T-475/95) ...	579
DERECHO AL TRABAJO-Vulneración por no reintegro	(Sentencia T-455/95) ...	488
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por no reintegro	(Sentencia T-455/95) ...	488
DERECHO DE ASOCIACION DE COPROPIETARIOS	(Sentencia T-474/95) ...	566
DERECHO DE HUELGA-Concepto	(Sentencia C-450/95) ...	96
DERECHO DE HUELGA-Límites	(Sentencia C-450/95) ...	96
DERECHO DE LOS INTERNOS A LA SALUD	(Sentencia T-473/95) ...	560
DERECHO DE LOS MENORES-Prevención a los padres	(Sentencia T-441/95) ...	443
DERECHO DE PETICION-Alcance	(Sentencia T-453/95) ...	464
DERECHO DE PETICION-Notaría	Sentencia T-464/95).....	538
DERECHO DE PETICION-Obligación de comunicar trámite	(Sentencia T-454/95) ...	475
DERECHO DE PETICION-Proceso administrativo	(Sentencia T-467/95) ...	551
DERECHO DEL MENOR AL AMPARO PENAL -Fundamental	(Sentencia C-459/95) ...	167

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
DERECHO FUNDAMENTAL-Núcleo esencial -Salvamento de voto-	(Sentencia T-463/95) ...	535
DERECHO PREFERENCIAL DE ACCESO A LA PROPIEDAD-No es excluyente	(Sentencia C-452/95) ...	128
DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia	(Sentencia C-470/95) ...	219
DERECHOS DE LOS MENORES-Protección	(Sentencia T-441/95) ...	443
DERECHOS DEL MENOR-Protección Penal	(Sentencia C-459/95) ...	167
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS -Cambio de sexo	(Sentencia T-477/95) ...	601
DERECHOS FUNDAMENTALES-Coexistencia frente al ruido	(Sentencia T-453/95) ...	464
DEROGATORIA TACITA DE ARTICULOS TRANSITORIOS -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	374
DESCENTRALIZACION DEL SISTEMA CARCELARIO	(Sentencia C-471/95) ...	229
DESCENTRALIZACION DEL SISTEMA CARCELARIO-Recursos	(Sentencia C-471/95) ...	229
DESCENTRALIZACION TERRITORIAL-Limitaciones	(Sentencia C-471/95) ...	229
DIGNIDAD HUMANA DE LOS INTERNOS	(Sentencia T-473/95) ...	560
DIGNIDAD HUMANA EN LA IDENTIDAD SEXUAL	(Sentencia T-477/95) ...	601
EJECUCION POR PERJUICIOS	(Sentencia C-472/95) ...	243
EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES	(Sentencia C-484/95) ...	304
EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES -Fijación de actividades que van a ser desempeñadas por empleados públicos	(Sentencia C-484/95) ...	305
ENRIQUECIMIENTO ILICITO	(Auto 045A/95)	18
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Autonomía	(Sentencia C-484/95) ...	305
ERROR DE TECNICA LEGISLATIVA	(Sentencia C-482/95) ...	279
ESAP-Calificación errónea en la ley	(Sentencia C-482/95) ...	279
ESAP-Naturaleza jurídica	(Sentencia C-482/95) ...	279
ESAP-Régimen jurídico	(Sentencia C-482/95) ...	279
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	(Sentencia C-484/95) ...	304
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Competencia del Congreso en relación con servidores públicos -Aclaración de voto-	(Sentencia C-484/95) ...	324
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-No pueden determinar cuáles actividades pueden desempeñarse por trabajadores oficiales	(Sentencia C-484/95) ...	305
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-No es obligatorio el régimen del empleo público -Aclaración de voto-	(Sentencia C-484/95) ...	324
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS-Estructura orgánica la fija el Congreso -Salvamento de voto-	(Sentencia C-484/95) ...	322
ESTADO SOCIAL DE DERECHO	(Sentencia T-477/95) ...	602
ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Principios tributarios	(Sentencia C-445/95) ...	50

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
ESTUDIANTE EMBARAZADA	(Sentencia T-442/95) ...	450
AUTO-Competencia de la Corte Constitucional	(Auto E-004/95)	407
AUTO-Improcedencia	(Auto E-004/95)	408
AUTO-Justificación por violación del debido proceso -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425
FISCAL GENERAL DE LA NACION-Facultad de denunciar a altos funcionarios -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425
FISCAL GENERAL DE LA NACION-Límite temporal para asignar funciones a jueces	(Sentencia C-448/95) ...	85
FISCALIAS LOCALES-Término para iniciar funcionamiento	(Sentencia C-448/95) ...	85
FOGAFIN-Función de orientación	(Sentencia C-452/95) ...	129
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Afiliados excluídos de Mesada adicional	(Sentencia C-461/95) ...	186
FUERO MILITAR PARA MIEMBROS DE LA POLICIA -Aclaración de voto-	(Sentencia C-444/95) ...	48
FUERO PENAL MILITAR PARA MIEMBROS DE LA POLICIA	(Sentencia C-444/95) ...	33
FUERO PRESIDENCIAL	(Auto E-004/95)	407
FUERO PRESIDENCIAL-Alcance -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	425
HONORARIOS DE ARBITROS-Condición negativa	(Sentencia C-451/95) ...	112
HONORARIOS DE ARBITROS-Pago en dos contados	(Sentencia C-451/95) ...	112
IGUALDAD-Juicio constitucional	(Sentencia C-445/95) ...	51
INDEFENSION-Padre alcohólico	(Sentencia T-458/95) ...	508
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Procedencia	(Sentencia T-453/95) ...	465
INDEXACION-Competencia	(Sentencia T-463/95) ...	523
INPEC	(Sentencia C-471/95) ...	229
INTERES JURIDICO SUPERIOR DEL MENOR	(Sentencia T-477/95) ...	601
INTERES LEGAL-Competencia del legislador	(Sentencia C-485/95) ...	327
INTERES LEGAL-Cuantía	(Sentencia C-485/95) ...	327
INTERES LEGAL-Norma supletoria	(Sentencia C-485/95) ...	327
INTERPRETACION SISTEMATICA	(Sentencia C-444/95) ...	33
JUEZ DE TUTELA-Competencia	(Sentencia T-453/95) ...	464
JUEZ NATURAL EN PROCESOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA	(Sentencia C-444/95) ...	34
JURAMENTO ESTIMATORIO	(Sentencia C-472/95) ...	243
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Cambio -Salvamento de voto-	(Sentencia C-466/95) ...	368
JUZGAMIENTO DE CIVILES Y MIEMBROS DE LA POLICIA-Inexistencia de trato diferente	(Sentencia C-444/95) ...	34
LAUDO ARBITRAL-Nulidad	(Sentencia C-451/95) ...	112
LIBERTAD DE CULTOS-Límites a su difusión	(Sentencia T-454/95) ...	475
LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO-Conducta sexual	(Sentencia T-443/95) ...	454

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD -Cambio sexo del menor	(Sentencia T-477/95) ...	600
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ -Copropietarios	(Sentencia T-474/95) ...	566
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ -Nombramiento del primero	(Sentencia T-475/95) ...	579
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEXISTENTE-Ruido	(Sentencia T-454/95) ...	476
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-No reajuste pensional -Salvamento de voto-	(Sentencia T-463/95) ...	535
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-No uso del recurso	(Sentencia T-465/95) ...	544
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Suplantación de persona	(Sentencia T-462/95) ...	514
MESADA ADICIONAL-Justificación	(Sentencia C-461/95) ...	185
MUNICIPIOS-Facultad del legislador de organizarlos	(Sentencia C-447/95) ...	74
NACIONALIZACION DE ENTIDADES FINANCIERAS	(Sentencia C-452/95) ...	129
NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES	(Sentencia C-444/95) ...	34
NORMAS CONSTITUCIONALES-Incongruencia	(Sentencia C-444/95) ...	33
NORMAS PROCESALES CIVILES-Naturaleza	(Sentencia C-480/95) ...	260
NOTIFICACION POR EDICTO EN PROCESO ELECTORAL	(Sentencia C-481/95) ...	271
NULIDAD DEL MATRIMONIO-Procedimiento	(Sentencia T-462/95) ...	514
NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION-Iniciación del proceso	(Sentencia T-477/95) ...	598
NULIDAD PROCESAL-Oportunidad para declararla	(Sentencia C-449/95) ...	90
OBEDIENCIA DEBIDA-Inexistencia en el caso de miembros de la Policía	(Sentencia C-444/95) ...	35
OBLIGACION DE DEFENDER A LOS NIÑOS	(Sentencia C-459/95) ...	168
OBLIGACION TRIBUTARIA-Hechos de extinción	(Sentencia C-445/95) ...	50
OBLIGACION TRIBUTARIA-Mecanismos de cobro anticipado	(Sentencia C-445/95) ...	50
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Violación	(Sentencia C-466/95) ...	340
PARTICIPACION CIUDADANA	(Sentencia C-447/95) ...	74
PARTIDA DE BAUTISMO-Suplantación de persona	(Sentencia T-462/95) ...	514
PATRIMONIO PUBLICO-Incremento	(Sentencia C-452/95) ...	129
PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS -Efectos	(Sentencia T-463/95) ...	522
PENSION DE JUBILACION PARA EXCONGRESISTAS -Norma aplicable	(Sentencia T-463/95) ...	522
PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia -Salvamento de voto-	(Sentencia T-463/95) ...	535
PERSONA JURIDICA-Titularidad	(Sentencia T-474/95) ...	566
PERSONAL DOCENTE DE COLEGIOS PRIVADOS -Discriminación	(Sentencia C-483/95) ...	293

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
POLICIA NACIONAL-Carácter de fuerza pública -Aclaración de voto-	(Sentencia C-444/95) ...	48
POLICIA NACIONAL-Naturaleza civil	(Sentencia C-444/95) ...	33
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Extralimitación de facultades	(Sentencia C-448/95) ...	85
PRESTACIONES SOCIALES-Determinación legal de factores salariales	(Sentencia C-470/95) ..	219
PRESUNCION DE INOCENCIA-Trámite administrativo	(Sentencia T-467/95) ...	550
PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	(Sentencia C-459/95) ..	168
PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	(Sentencia T-477/95) ...	601
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	(Sentencia C-482/95) ...	279
PRINCIPIO DE ARMONIZACION	(Sentencia C-444/95) ...	33
PRINCIPIO DE ARMONIZACION-Utilización de lógica formal	(Sentencia C-444/95) ...	34
PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA RAMA JUDICIAL -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	426
PRINCIPIO DE EFICIENCIA TRIBUTARIA	(Sentencia C-445/95) ...	50
PRINCIPIO DE EQUIDAD	(Sentencia C-451/95) ...	112
PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA	(Sentencia C-480/95) ...	260
PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA -Aclaración de voto-	(Sentencia C-480/95) ...	269
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD-Inexistencia	(Sentencia C-444/95) ...	35
PRINCIPIO DE LA BUENA FE	(Sentencia C-451/95) ...	112
PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION	(Auto E-004/95)	409
PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	426
PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD	(Sentencia C-459/95) ...	167
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Violación en norma legal	(Sentencia C-459/95) ...	167
PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA	(Sentencia T-465/95) ...	544
PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN MATERIA TRIBUTARIA	(Sentencia C-445/95) ...	51
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL	(Sentencia T-477/95) ...	602
PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS	(Sentencia T-443/95) ...	454
PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-No quebrantamiento	(Auto E-004/95)	408
PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Violación por citación -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	426
PRIVATIZACION-Proceso	(Sentencia C-452/95) ...	129
PROCESO PENAL -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	426
PROCESO POLITICO -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95)	426
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION -Intervención en procesos penales	(Sentencia C-479/95) ...	252

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
PROPIEDAD ACCIONARIA-Democratización	(Sentencia C-452/95) ...	129
PROPIEDAD ACCIONARIA-Democratización	(Sentencia C-452/95) ...	128
PROPIEDAD-Acceso	(Sentencia C-452/95) ...	128
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración oficiosa	(Sentencia C-472/95) ...	243
PROYECTO DE LEY-Vicio subsanable	(Sentencia C-468/95) ...	395
PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL	(Auto E-004/95)	408
QUERELLA EN DELITOS CONTRA MENORES -Improcedencia	(Sentencia C-459/95) ...	167
READECUACION DE SEXO DEL MENOR	(Sentencia T-477/95) ...	598
READECUACION DE SEXO DEL MENOR -Tratamiento permanente	(Sentencia T-477/95) ...	602
READECUACION DE SEXO-Autorización del paciente	(Sentencia T-477/95) ...	600
RECURSO DE APELACION DE AUTOS-Alcance	(Sentencia C-446/95) ...	67
RECURSO DE APELACION DE AUTOS-Efecto	(Sentencia C-446/95) ..	67
RECURSO DE APELACION-Desierto por no pago de copias	(Sentencia T-465/95) .	544
REFORMA CONSTITUCIONAL-Procedencia	(Sentencia C-444/95) .	33
REGIMEN DE LOS SERVIDORES PUBLICOS-Regulación -Aclaración de voto-	(Sentencia C-484/95) .	324
REGIMENES PENSIONALES ESPECIALES -Justificación	(Sentencia C-461/95) ..	185
REINTEGRO-Incumplimiento	(Sentencia T-455/95) ..	488
RELACION MEDICO-PACIENTE	(Sentencia T-477/95) ..	598
RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS	(Sentencia C-451/95) ..	112
RESTITUCION AL TERCERO POSEEDOR	(Sentencia C-480/95) ..	260
RETENCION EN LA FUENTE	(Sentencia C-445/95) ..	51
SENTENCIA CONDICIONADA	(Sentencia C-450/95) ..	97
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD -Preexistencia derechos constitucionales	(Sentencia T-475/95)....	579
SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Alcance	(Sentencia C-450/95)....	96
SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Definición legal	(Sentencia C-450/95)....	97
SERVIDORES PUBLICOS-Clasificación	(Sentencia C-484/95)....	304
SISTEMA DE MARTILLO	(Sentencia C-452/95)....	128
SOBRERREMUNERACION-No es factor salarial	(Sentencia C-470/95) ..	219
TELECOM	(Sentencia C-470/95) ..	219
TEORIA DE LA INFORMACION-Cambio de sexo	(Sentencia T-477/95) ..	598
TEORIA DE LAS ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES	(Sentencia C-444/95) ..	34
TESTIGO-Obligaciones	(Auto E-004/95).....	408
TRANSITO CONSTITUCIONAL	(Sentencia C-445/95) ..	50
TRANSITO CONSTITUCIONAL	(Sentencia C-484/95) ..	304
TRASLADO DE PRUEBAS DEL PROCESO PENAL -Salvamento de voto-	(Auto E-004/95).....	426

	PROVIDENCIA No.	PAGINAS
TRATADO DE DERECHOS HUMANOS -Fuerza vinculante	(Sentencia T-477/95) ..	602
TRATAMIENTO MEDICO DEL MENOR-Límites	(Sentencia T-477/95) ..	599
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO EN CONFLICTOS COLECTIVOS	(Sentencia C-450/95) ..	97
TUTELA CONTRA EL RUIDO-Cigarrería en zona residencial	(Sentencia T-453/95) ..	465
TUTELA CONTRA EL RUIDO-Difusión de cultos	(Sentencia T-454/95) ..	475
TUTELA CONTRA EL RUIDO-Límite de decibeles	(Sentencia T-456/95) ..	496
TUTELA CONTRA EL RUIDO-Prevención	(Sentencia T-456/95) ..	497
TUTELA CONTRA EL RUIDO-Procedencia frente a particulares	(Sentencia T-454/95) ..	476
TUTELA CONTRA JUNTA DIRECTIVA CONDOMINIO CAMPESTRE EL PEÑON -Improcedencia	(Sentencia T-440/95) ..	435
TUTELA CONTRA NOTARIO-Deber de responder	(Sentencia T-464/95) ..	538
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Copropietarios	(Sentencia T-474/95) ..	566
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Disgustos entre vecinos	(Sentencia T-457/95) ..	504
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Padre alcohólico	(Sentencia T-458/95) ..	508
TUTELA INTERPUESTA POR MENOR DE EDAD	(Sentencia T-456/95) ..	496
TUTELA INTERPUESTA POR PERSONERO	(Sentencia T-443/95) ..	454
TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS-No reintegro	(Sentencia T-455/95) ..	488
TUTELA TEMERARIA	(Sentencia T-441/95) ..	443
TUTELA TEMERARIA-Concepto	(Sentencia T-443/95) ..	455
TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por diferentes actores	(Sentencia T-456/95) ..	496
TUTELA TEMERARIA-Operancia	(Sentencia T-443/95) ..	455
TUTELA TEMERARIA-Responsabilidad	(Sentencia T-443/95) ..	456
TUTELA TRANSITORIA-No reajuste pensional	(Sentencia T-463/95) ..	522
VACACIONES DE PERSONAL DOCENTE	(Sentencia C-483/95 ...	293
VIOLENCIA ENDEMICA	(Sentencia C-466/95) ..	339
VIOLENCIA-Adopción de medidas permanentes -Aclaración de voto-	(Sentencia C-466/95) ..	391

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GACETA CONSTITUCIONAL, OCTUBRE DE 1995 TOMO 10»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN AGOSTO DE 1997.

IVSTITIA ET LITTERAE